Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CXXVII

2022

Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Número 7

Serie XIX

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

Es la titular y propietaria de los derechos de autor de los trabajos de investigación, compilación, selección de los fallos, resúmenes, formato y contenido de esta obra, de conformidad con 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.

Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Colaboradores:
Karen Nina Chica Mejía
Jorge Fernando Aguilera Quezada
María Gabriela Jaramillo Flores
María Lorena Merizalde Avilés
José Sebastián Cornejo Aguiar
Santiago Cristobal Ribadeneira Villacrés

Diagramación
Edison Proaño Tello
Unidad de Relaciones Públicas y Comunicación Social

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

ISSN: 13902369
Jefe de la Gaceta Judicial: Lcda. Gema Novoa Ramos
Av. del Maestro OE1-90 y Av. Galo Plaza Lasso
Teléfono: +593 (02) 3953 500 ext. 22465

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

Fecha de publicación
Noviembre de 2023

PRESENTACIÓN

La Corte Nacional de Justicia, de conformidad con las competencias establecidas en la Constitución y la Ley, de manera continua, a través de las causas que tramita y de los asuntos que resuelve, garantiza el efectivo goce de los derechos de los ciudadanos, lo que hace posible la vida en sociedad y la materialización del principio de justicia. En efecto, la justicia es la esencia de la Función Judicial, que se consigue por medio del trabajo independiente e imparcial llevado a cabo por las juezas y jueces del país.

En este contexto, tengo el agrado de presentar a ustedes el séptimo número de la serie XIX de la Gaceta Judicial, la obra más trascendente de la Corte Nacional de Justicia y del poder judicial ecuatoriano, que recoge las decisiones emitidas por las juezas y jueces en el conocimiento de los procesos de extradición, los recursos de casación y revisión, así como del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, durante el año 2022.

Esta edición de la Gaceta Judicial expone importantes precedentes jurisprudenciales obligatorios expedidos por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, por ejemplo, en materia laboral, acerca de las garantías de los dirigentes suplentes de las asociaciones de trabajadores y del inicio del período de protección de estabilidad de los empleados que constituyen una asociación sindical. En sentido similar, se incluyen resoluciones en caso de duda u oscuridad de la ley dictadas por el mismo órgano, dentro de las cuales es válido resaltar las normas que regulan el recurso especial de doble conforme, resolución que establece el procedimiento para hacer efectivo el derecho de impugnación en los casos en que una persona obtenga una sentencia condenatoria por primera vez en apelación o casación.

Una mención especial requiere la sentencia dictada dentro del expediente No. 61-2022, mediante la cual se concede la extradición de una ciudadana colombiana, solicitada por el Reino de España, para ser juzgada por los delitos de trata de seres humanos, prostitución, tráfico de drogas y blanqueo de capitales. A través de sentencias como esta se patentiza el principio de reciprocidad y de colaboración entre Estados.

Hay que destacar algunas sentencias que desarrollan criterios jurídicos relevantes en la aplicación e interpretación del Derecho. Así tenemos, en materia tributaria, el análisis con respecto a cómo opera la caducidad de la facultad determinadora de la administración tributaria en procesos de verificación complementarios. De la misma forma, no se puede dejar de revisar la tarea que realizan los jueces con relación a la determinación de la mayoría de edad a efectos de precisar la competencia en materia penal. También debemos distinguir el pronunciamiento que efectúa el órgano jurisdiccional de casación en una causa de nulidad de sentencia de declaratoria de unión de hecho *post mortem*, en materia de familia.

Espero que este número de la Gaceta Judicial sea recibido con satisfacción por jueces, abogados, juristas, académicos y estudiantes, al representar una muestra del desarrollo del Derecho que llevan a cabo cotidianamente los órganos jurisdiccionales, deseando que se convierta en un insumo que fomente el debate jurídico y evidencie la tarea que efectúan juezas y jueces por la construcción de un Estado de Derecho.

Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Gaceta Judicial

año 2022

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO

RESOLUCIONES 2022		
R: 01-2022	Resolución en caso de duda u oscuridad de la ley. Trámite de los expedientes de cambio de régimen de rehabilitación social.	3699
R: 02-2022	Precedente jurisprudencial obligatorio. Garantías de los dirigentes suplentes de las asociaciones de trabajadores.	3704
R: 03-2022	Precedente jurisprudencial obligatorio. Inicio del período de protección de estabilidad de los trabajadores que constituyen una asociación sindical.	3708
R: 04-2022	Resolución en caso de duda u oscuridad de la ley. Normas que regulan el recurso especial de doble conforme.	3712
R: 05-2022	Resolución en caso de duda u oscuridad de la ley. Designación de perito para retasa de bienes embargados.	3720
R: 06-2022	Resolución en caso de duda u oscuridad de la ley. Fuero de los notarios en caso de presuntas infracciones penales.	3722
R: 07-2022	Precedente jurisprudencial obligatorio. Confidencialidad de la información contenida en la base de datos del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador – SENAE	3725
R: 08-2022	Precedente jurisprudencial obligatorio. Contabilización del plazo de caducidad de la potestad sancionadora de la Contraloría General del Estado.	3729

PRESIDENCIA		
E: 38-2022	Resolución sobre la petición de extradición del ciudadano Robi William Gurganus, requerido por los Estados Unidos de América para ser enjuiciado por el presunto cometimiento de varios delitos.	3735
E: 61-2022	Resolución sobre la petición de extradición de la ciudadana colombiana Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, requerida por el Reino de España para ser enjuiciada por el presunto cometimiento de los delitos de trata de seres humanos, prostitución, tráfico de drogas y blanqueo de capitales.	3752

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. R: 238-2022 J: 13802-2017-00131	Controversias en materia de contratación pública - Resolución de contrato.	3763
II. R: 609-2022 J: 17811-2018-01798	Impugnación de un acto administrativo.	3782
III. R: 684-2022 J: 17741-2016-1201	Nulidad del acto administrativo.	3799
IV. R: 1106-2022 J: 17811-2013-3150	Nulidad de acto administrativo.	3808
V. R: 1111-2022 J: 17811-2018-00270	Nulidad e Ilegalidad del acto administrativo.	3819
VI. R: 11233-2022 J: 17811-2018-01279	Legalidad y validez de un acto normativo: resolución de la Superintendencia de Compañías.	3832
VII. R: 1239-2022 J: 17741-2015-0539	Indemnización de daños y perjuicios.	3862
VIII. R: 1252-2022 J: 17811-2020-00500	La impugnación en el juicio de expropiación.	3895

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

I. R: 31-2022 J: 09501-2020-00160	Procedencia de la determinación presuntiva.	3905
II. R: 98-2022 J: 09501-2018-00449	Deducción de gastos en el cálculo del impuesto a la renta de contribuyente en libre ejercicio profesional y obligación de llevar contabilidad.	3913
III. R: 436-2022 J: 11804-2018-00091	Responsabilidad por representación de representante legal de persona jurídica.	3922
IV. R: 494-2022 J: 17510-2019-00255	Caducidad de la facultad determinadora de la administración tributaria en procesos de verificación complementarios.	3933

V. R: 783-2022 J: 17510-2020-00044	Títulos de crédito válidos o liquidaciones o determinaciones firmes como solemnidad sustancial del procedimiento de ejecución.	3941
VI. R: 804-2022 J: 17503-2009-26679	Legitimación en la causa ante impugnación de actos de determinación que afectan a un consorcio.	3950

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

I. R: 105-2022 J: 23281-2018-01491	Incidencia de la modalidad y gravedad de la conducta en la solicitud de suspensión condicional de la pena.	3967
II. R: 244-2022 J: 17460-2020-04671	La comprobación de la culpa como elemento subjetivo dentro del delito de daños materiales.	3981
III. R: 520-2022 J: 17294-2020-00417	Análisis de las categorías dogmáticas del delito de usurpación.	4003
IV. R: 584-2022 J: 18571-2019-00897	Valoración de medios probatorios en el delito de violencia psicológica.	4033
V. R: 709-2022 J: 16281-2021-00230	Presunción de culpabilidad que transgrede el principio de presunción de inocencia en el delito de tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan.	4047
VI. R: 753-2022 J: 09124-2014-0555	Análisis del delito de violación sexual y sus elementos probatorios.	4053
VII. R: 1001-2022 J: 17294-2017-01351	Naturaleza y alcance del delito de falsificación y uso de documento falso.	4063
VIII. R: 900-2022 J: 09133-2022-00064	Determinación de la mayoría de edad a efectos de precisar la competencia en materia penal.	4089
IX. R: 979-2022 J: 05151-2016-00412	Vicios en la práctica del testimonio anticipado en relación con su valoración como prueba en un delito contra la integridad sexual.	4106
X. R: 110-2023 J: 17721-2019-00002	Análisis del delito de peculado en el Código Penal y la necesidad de contar con el informe previo de la Contraloría General del Estado.	4123
XI. R: 1031-2022 J: 01283-2020-00372	El principio non reformatio in peius en el tipo penal de lesiones.	4219

XII. R: 1032-2022 J: 17291-2020-00475	Vicios procedimentales y plazos para el cumplimiento de la reparación integral.	4235
XIII. R: 28-2023 J: 17283-2018-02208	La utilización de arma falsa como elemento de amenaza y o violencia en el delito de robo.	4248
XIV. R: 1090-2022 J: 17294-2017-00028	Adecuación típica del delito de abuso de confianza y aplicación de los principios de tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y favorabilidad.	4263

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL

I. R: 117-2022 J: 09359-2020-00162	Estabilidad laboral de persona que tiene a su cargo el cuidado de persona con discapacidad.	4295
II. R: 348-2022 J: 09359-2019-02612	Régimen jurídico de la relación laboral ante la derogatoria de la Ley de Zonas Francas.	4307
III. R: 354-2022 J: 01371-2020-00491	La pandemia del virus COVID-19 como caso de fuerza mayor o caso fortuito en la terminación de las relaciones laborales.	4316
IV. R: 459-2022 J: 09359-2019-03486	Terminación de relación laboral por visto bueno.	4330
V. R: 536-2022 J: 09359-2018-03597	Liquidación de persona sujeta al régimen laboral de las empresas públicas.	4346
VI. R: 493-2022 J: 09359-2020-00017	Indemnización especial por discapacidad prevista en el artículo 151 de la Ley Orgánica de Discapacidades.	4374
VII. R: 506-2022 J: 17233-2020-01651	Debido proceso en acción de despido ineficaz.	4383
VIII. R: 532-2022 J: 08332-2017-00156	Límite de indemnización por cualquier forma de terminación de la relación laboral.	4389

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

I. R: 15-2022 J: 17113-2014-2492	Naturaleza del daño moral.	4401
II. R: 146-2022 J: 17230-2018-10199	Conclusión contractual cuando existen obligaciones recíprocas entre las partes y cláusula resolutoria expresa.	4429
III. R: 171-2022 J: 06335-2019-01249	Prestaciones mutuas como derivación de la procedencia de la acción de dominio.	4448

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

I. R: 173-2022 J: 09202-2018-00620	Nulidad de sentencia de declaratoria de unión de hecho *post mortem.*	4475
II. R: 191-2022 J: 04334-2020-00057	Liquidación y partición del acervo de la sociedad conyugal.	4494
III. R: 236-2022 J: 10332-2019-00500	Naturaleza de la acción de impugnación de paternidad.	4502

Gaceta Judicial

año 2022

RESOLUCIONES
2022

RESOLUCIÓN EN CASO DE DUDA U OSCURIDAD DE LA LEY

TRÁMITE DE LOS EXPEDIENTES DE CAMBIO DE RÉGIMEN DE REHABILITACIÓN SOCIAL

RESOLUCIÓN No. 01-2022

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 juezas y jueces del país tienen dudas con respecto a la tramitación de los expedientes relativos al cambio de régimen de rehabilitación social, esto es del cerrado al semiabierto, y del semiabierto al abierto, debido a la obscuridad del artículo 670 del Código Orgánico Integral Penal, en relación a la participación o no de la Fiscalía en estos procesos, igualmente a la instalación o no de audiencias para resolver la totalidad de los expedientes, o solo en aquellos casos en que exista contradictorio. Así también existen dudas para la aplicación del principio de prevención procesal y sus reglas, establecidos en los artículos 159 y 160 del Código Orgánico de la Función Judicial, debido a que si una persona privada de libertad solicita el cambio de régimen, y cuando está en conocimiento de determinado jueza o juez, insiste en el pedido, y ante ello, se vuelve a sortear otro jueza o juez, y así ocurre en cada insistencia, beneficiándose de los múltiples sorteos. También sucede que una vez que ha sido negado el pedido, se lo vuelve a solicitar para aplicar la reconsideración, para ello, nuevamente se sortea a otro jueza o juez. La misma situación ocurre en caso de desistimiento. Cuando ya ha existido el cambio de régimen del cerrado al semiabierto, y corresponde el cambio del semiabierto al abierto, ese pedido también es sorteado nuevamente a otro jueza o juez. Finalmente existen dudas sobre la aplicación o no de los requisitos para el cambio de régimen, en base a los informes de las autoridades respectivas, ello debido a posibles ambigüedades con relación al contenido del artículo 696 del Código Orgánico Integral Penal, frente al principio de favorabilidad;

Que todas estas dudas, además de ocasionar inseguridad jurídica debido a la multiplicidad de criterios sobre los mismos puntos de derecho, provocan inconvenientes y retrasos en la tramitación de los expedientes relativos al cambio de regímenes de rehabilitación social, con la consecuente acumulación de causas sin resolver, lo que no permite que las personas privadas de su libertad que ya podrían acceder a estos beneficios por ley, no lo puedan hacer, permaneciendo encarcelados, empeorando así el hacinamiento carcelario y dando lugar a la violación de los derechos de las y los sentenciados;

Que el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, establece el derecho a la tutela judicial efectiva, indica que: *"Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley."* Por otro lado, dentro del derecho al debido proceso encontramos al principio de legalidad, siendo una de

sus dimensiones aquella que consiste en la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico exista un procedimiento aplicable al caso concreto claramente preestablecido, así la segunda parte del artículo 76.3 de la norma suprema manda: *"…Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento."*. Dentro del debido proceso, encontramos también al principio de favorabilidad*;*

Que el derecho a la seguridad jurídica esta preceptuado en el artículo 82 de la Constitución. Reconociendo la singularidad y autonomía de, por un lado, el derecho al debido proceso, con su arista la legalidad, y por otro, del derecho a la tutela judicial efectiva, logramos identificar la conexidad de éstos con el derecho a la seguridad jurídica, en tanto que el respeto al primero y al segundo comporta el simultáneo acatamiento del tercero;

Que los artículos 11 y 172 de la Constitución de la República establecen que las juezas y jueces administrarán justicia e interpretarán la norma, con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. De esta manera el artículo 13.1 del Código Orgánico Integral Penal, al tratar sobre la interpretación, establece alguna reglas, para nuestro estudio importante resulta recoger el numeral 1: *"La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos"*. Por otro lado, el artículo 6 del Código Orgánico de la Función Judicial determina que las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. De igual forma el artículo 29 *ibidem*, establece que al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material;

Que el artículo 195 inciso primero de la Constitución establece que la Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Abundando en ello, el artículo 442 del Código Orgánico Integral Penal determina: *"La Fiscalía dirige la investigación preprocesal y procesal penal e interviene hasta la finalización del proceso. La víctima deberá ser instruida por parte de la o el fiscal sobre sus derechos y en especial, sobre su intervención en la causa."* Desde el momento en que la sentencia causa ejecutoría, es decir adquiere toda su integridad jurídica, damos por fenecido el proceso penal de una manera normal y perfecta y con ello se da por terminada la intervención de Fiscalía, pues ha agotado su pretensión: el ejercicio de la acción penal pública y de hallar mérito, acusar e impulsarla en el juicio. Con esas consideraciones, y en atención a la ambigüedad del artículo 670 del Código Orgánico Integral Penal, en las audiencias relativas a los incidentes penitenciarios, entre ellos, el cambio de régimen de rehabilitación social, no es pertinente que intervenga la o el fiscal, cuyas prerrogativas precluyeron una vez fenecido el proceso penal, careciendo de competencia alguna para intervenir en la fase de ejecución de la pena, cuyo desarrollo compete al ejecutivo bajo supervisión judicial;

Que al desarrollar los preceptos constitucionales establecidos en el artículo 168 de la Constitución de la República, el artículo 5, numerales 13 y 17 del Código Orgánico Integral Penal, determinan: *"13.- Contradicción: los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra…17.- Inmediación: la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal."* En términos generales se debe entender que la necesidad de convocar a una audiencia a los sujetos procesales en inmediación ante la o el juez, se fundamenta en el ejercicio de la contradicción de la prueba y la réplica de los alegatos presentados por

cada uno de los intervinientes en el sistema penal adversarial, efectivamente el artículo 563.3 del Código Orgánico Integral Penal, determina que las audiencias se rigen por el principio de contradictorio. Con esos antecedentes, y en consideración a la ambigüedad del artículo 670 del Código Orgánico Integral Penal, es menester establecer que, en los trámites de cambio de régimen de rehabilitación social, si la certificación del organismo técnico, determina el cumplimiento de los requisitos para pasar del cerrado al semiabierto, o del semiabierto al abierto y no existan inconsistencias en el expediente penitenciario respecto a los requisitos, evidentemente no entraría en conflicto con la pretensión del interno de cambiar de régimen, sin que sea necesario convocar a audiencia, puesto que no hay contradicción; enmarcándose la tarea de la jueza o del juez a la verificación documental y la emisión de la decisión;

Que el artículo 159 del Código Orgánico de la Función Judicial reconoce al principio de prevención procesal, que tiene como finalidad lograr la continuidad del criterio judicial en la valoración de los hechos y el derecho, y responde a la consideración de que la o el juez que primero previno al conocimiento de una causa o a un asunto estrechamente relacionada, es el que mejor la conoce y por ello ofrece mayores garantías para el justiciable;

Que el artículo 160 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece los diversos modos de prevención: *"1. En todas las causas, la prevención se produce por sorteo en aquellos lugares donde haya pluralidad de juzgados, o por la fecha de presentación de la demanda, cuando exista un solo juzgador. Si se comprobase que una demanda ha sido presentada varias veces, con el propósito de beneficiarse de sorteo múltiple, será competente la jueza o el juez al que le haya correspondido el libelo presentado primero, en la oficina de sorteo, constatando fecha y hora. Este hecho será considerado como un indicio de mala fe procesal de la parte actora. Si de hecho se presentaren varias demandas con identidad subjetiva, objetiva y de causa, que hubieren sido sorteadas a diversos juzgados, será competente la jueza o el juez a cuyo favor se haya sorteado en primer lugar. Las demás demandas carecerán de valor y establecida la irregularidad, las juezas y jueces restantes dispondrán el archivo y oficiarán a la dirección regional del Consejo de la Judicatura respectiva para que sancione a la abogada o abogado que haya actuado incorrectamente, por constituir inducción al abuso procesal. 2. En las causas de protección de derechos se aplicarán las reglas antes mencionadas, y además se tomarán en cuenta para el sorteo a los tribunales penales. 3. En materia penal, será competente la jueza o el juez del lugar en donde se cometió la infracción; en los demás casos se estará a lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal.";*

Que conforme al principio de prevención procesal, se debe interpretar que la o el juez de garantías penitenciarias o quien haga sus veces, que previno en el conocimiento de una solicitud de cambio de régimen de rehabilitación social del cerrado al semiabierto, será quien deba conocer toda insistencia, nuevo pedido o incidente, la reconsideración, el desistimiento, y también será quien conozca el trámite del cambio de régimen del semiabierto al abierto, su reconsideración o desistimiento, ello además en virtud de que solo así podrá vigilar el cumplimiento de los requisitos, en base a los informes técnicos, es decir al conocimiento integral que esa autoridad jurisdiccional pueda tener sobre cada una de las personas privadas de su libertad, logrando así garantizar la efectividad del sistema de progresividad establecido en el artículo 695 del Código Orgánico Integral Penal, pero sobre todo, garantizar los derechos de las y los privados de su libertad. Hay que reiterar que, como hemos analizado, no estamos frente a un problema de que la o el juez haya anticipado criterio y por ende sea motivo para excusarse, puesto que, como hemos visto, las circunstancias individuales de cada persona y por tanto del propio sistema, van cambiando;

Que el artículo 696 del Código Orgánico Integral Penal establece que existen tres regímenes de rehabilitación social; el Cerrado; el Semiabierto y el Abierto. Indicando además que una persona privada de libertad podrá pasar de un régimen a otro en razón del cumplimiento del plan individualizado, de los requisitos previstos en el reglamento respectivo y el respeto a las normas disciplinarias y que la autoridad competente encargada del centro, solicitará a la o al juez de garantías penitenciarias la imposición o cambio de régimen o la persona privada de libertad lo podrá requerir directamente cuando cumpla con los requisitos previstos en la normativa respectiva y la autoridad no la haya solicitado. El Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, establece todos los requisitos que se deben cumplir para pasar

de un régimen a otro, por ello es que en estricto cumplimiento al principio de legalidad y en aras de los derechos a la tutela judicial efectiva y la a seguridad jurídica, para el cambio del régimen cerrado al semiabierto y del régimen semiabierto al cerrado, son necesarios múltiples informes, cómo los de la máxima autoridad del centro; de la Comisión Especializada de Beneficios Penitenciarios, Cambios de Régimen de Rehabilitación Social, Indultos y Repatriaciones; del equipo jurídico del centro; del área social del centro; etc; todo ello con el fin de que verificar que la persona privada de su libertad cumpla con el sistema de progresividad que rige al cumplimiento de la pena, por ello es que no es posible que la jueza o el juez de garantías penitenciarias o quien haga sus veces, resuelva sobre el cambio de régimen de rehabilitación sin cumplir con todos los requisitos que manda la ley y el respectivo reglamento. Si bien el principio de favorabilidad, que tiene sus propias formas y oportunidad de aplicación, es fundamental para la interpretación de la norma en materia de garantías penitenciarias, sin embargo no es menos cierto que no podemos sacrificar el ordenamiento jurídico a cuentas de aplicar favorabilidad, y con ese argumento, por ejemplo, no exigir el cumplimiento de todos los requisitos para el cambio de régimen de rehabilitación, o concederlo sin que existan de por medio los informes técnicos que sustenten su factibilidad. Debiendo además insistir que la decisión judicial no debe estar sometida al libre criterio de la jueza o del juez, sino, a la norma aplicable, caso contrario podrían generarse arbitrariedades;

Que es pertinente que en una sola resolución, se puedan aclarar las obscuridades y las dudas generadas en relación a los artículos 670, 696 del Código Orgánico Integral Penal, artículos 159 y 160 del Código Orgánico de la Función Judicial, puesto que todas ellas se refieren a la tramitación jurisdiccional de los expedientes de cambio de régimen de rehabilitación;

Que una de las garantías del derecho a la defensa radica en la motivación de las decisiones judiciales, tal como lo establece el artículo 76.7.l de la Constitución de la República. Esta garantía implica la comprensibilidad de la resolución, que a su vez empata con el derecho a la tutela judicial efectiva, con su faceta el acceso a la justicia, prevista en el artículo 75 ibidem. Con ese antecedente y en razón de la política de justicia abierta, que busca que las decisiones que adoptamos las y los jueces sean más compresibles y accesibles para la ciudadanía, al final del presente documento se realizará una breve relación de lo resuelto;

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

RESUELVE:

Art. 1.- Para resolver sobre el cambio de régimen de rehabilitación social, la jueza o el juez de garantías penitenciarias o quien haga sus veces, deberá exclusivamente verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley y el reglamento respectivo, sin que puedan exigirse requisitos diferentes, de acuerdo a lo previsto en el artículo 11 numeral 3 de la Constitución de la República.

Art. 2.- La o el juzgador de garantías penitenciarias, o quien haga sus veces, que previno en el conocimiento de una causa respecto de los regímenes de rehabilitación social, será el competente para conocer todo el sistema de progresividad en la ejecución de la pena, incluidos los incidentes. Si se presentare una nueva solicitud de cambio de régimen de rehabilitación social o de progresividad, el juez que conozca esta nueva solicitud deberá remitirla al juez que previno en el conocimiento de la causa.

Art. 3.- En caso de que la autoridad penitenciaria emita certificación favorable para la aplicación de los regímenes de rehabilitación semiabierto o abierto, la jueza o juez de garantías penitenciarias, o quien haga sus veces, una vez que verifique que no existen inconsistencias en el expediente, resolverá únicamente en mérito de la documentación presentada. Caso contrario, convocará a la respectiva audiencia.

Art. 4.- En caso de que la jueza o juez de garantías penitenciarias, o quien haga sus veces, convoque a audiencia para resolver sobre el cambio de régimen de rehabilitación social, no deberá llamar a comparecer a la o el fiscal.

Art. 5.- Esta resolución tendrá el carácter de general y obligatoria y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

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

RESOLUCIÓN DE FÁCIL COMPRENSIÓN:

Los jueces en el trámite de los beneficios penitenciarios no podrán exigir otros requisitos que los establecidos en la ley y deberán ser tramitados con agilidad.

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Javier de la Cadena Correa, Dr. Pablo Loayza Ortega, Dr. Bayardo Espinosa Brito, CONJUECES NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO

GARANTÍAS DE LOS DIRIGENTES SUPLENTES DE LAS ASOCIACIONES DE TRABAJADORES

RESOLUCIÓN No. 02-2022

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

1. Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del 2008, establecen como una función de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que 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 el procedimiento contenido en el artículo 185 de la Constitución, se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las salas que en un principio tiene efectos *inter partes* se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio con efectos erga omnes:

- Existencia de por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presente similar patrón fáctico;
- Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas al Pleno de la Corte Nacional de Justicia para su estudio;
- Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
- Expedición dentro del plazo de sesenta días de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.

3. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 544, de 9 de marzo del 2009, establece que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio;

4. Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 1A-2016, Publicada en el Registro Oficial 767 del 2 de junio del 2016, expidió el Procedimiento de identificación y sistematización

de Líneas Jurisprudenciales, unificación de la estructura de la Resolución de aprobación de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios.

5. Que se ha identificado que la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico desarrollado en las sentencias que se detallan a continuación:

a) **Resolución Nº 0046-2018**- expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación N° 17731-2016-0739, de fecha 16 de enero del 2018, a las 15h34; suscrita por el Tribunal de Casación conformado por la doctora María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional Ponente, doctor Alejandro Arteaga García y Dra. Rosa Jacqueline Alvarez Ulloa, Jueces Nacionales

b) **Resolución N° 0590 -2019**, expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación Nº 17731-2015-0896, de fecha 28 de agosto de 2019, a las 15h17; suscrito por el Tribunal de Casación conformado por la doctora María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional Ponente, doctor Alejandro Arteaga García; y, doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Jueces Nacionales.

c) **Resolución N° 0246 B-2020**, expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación N° 09100-2018-00028, de fecha 22 de octubre de 2020, a las 12h36; suscrita por el Tribunal de Casación conformado por la doctora Katerine Muñoz Subía; Jueza Nacional Ponente, doctora María Consuelo Heredia Yerovi; y, doctor Julio Enrique Arrieta Escobar, Jueces Nacionales

d) **Resolución Nº 0150-2021**, expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en el recurso de casación Nº 13352-2014-0219, de fecha 08 de junio de 2021, a las 12h31, suscrita por el Tribunal de Casación conformado por la doctora Katerine Muñoz Subía; Jueza Nacional Ponente, doctora Enma Tapia Rivera; y, doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Juezas Nacionales.

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

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

1) El artículo 187 del Código del Trabajo determina que el despido intempestivo del trabajador miembro de la directiva será considerado ineficaz, el efecto de esta primera disposición, se remite en general a aquellos trabajadores parte de la directiva, sin especificar condición o excepción alguna, más bien extiende la protección en el tiempo (1 año hasta después de finalizado del período), a los dirigentes de otras organizaciones de la misma empresa, e incluso de diferentes empresas siempre que trabaje bajo dependencia del empleador obligado. Por su parte el artículo 195.1 ibídem determina que las reglas de la ineficacia del despido correspondiente a mujeres embarazadas operará PARA LOS DIRIGENTES SINDICALES, además se debe entender que las funciones de los dirigentes sindicales no son exclusivas de los principales, pues, el nombramiento de tal calidad para éstos y los suplentes tienen efecto durante el período previsto. Mientras que el artículo 195.3 ibídem, determina los efectos de la declaratoria de despido ineficaz, disponiendo que una vez hecho lo anterior se considerará que el vínculo obrero-patronal no se ha interrumpido, ordenándose el pago de las remuneraciones pendientes con el 10% de recargo hasta la declaratoria y reintegro; y, en el evento que el trabajador decida no continuar con la relación laboral, percibirá como indemnización-además de la prevista para el despido intempestivo en general el valor de un año de remuneración.

2) El derecho a la libertad sindical no solo supone la simple organización de los trabajadores, sino abarca todos los actos necesarios para ello, entendiéndose implícito la facultad de elegir a sus

dirigentes, lo cual también es materia de protección; de ahí que, diferenciar entre garantías aplicables por la condición de dirigente principal o suplente sería desconocer la autonomía de la de la organización sindical para otorgar el estatus de miembros de la directiva a sus trabajadores, facultad que vale resaltar ha sido reconocida en la ley.

3) Utilizando varios métodos interpretativos (literal, sistemático, conforme) el sentido que disponen de las disposiciones que regulan el despido ineficaz es claro, al concebir esta garantía para proteger a las trabajadoras en estado de embarazo así como los dirigentes sindicales se entiende que comprende a los dirigentes principales como dirigentes suplentes, pues las normas individualmente consideradas, e incluso interpretadas desde una perspectiva contextual, no excluyen ni condicionan de forma alguna los efectos derivados de aquella circunstancia; además, asumir que el despido ineficaz opera para dirigentes sindicales, indistintamente de su estatus principal o suplente supone entender las normas conforme las disposiciones constitucionales que se han analizado, referidas a la igualdad, la libertad sindical y el desarrollo progresivo de los derechos.

4) La Constitución de la República en el artículo 11, numeral tres, inciso segundo, dispone *"Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley"*.

5) Nuestra legislación ha previsto un trato especialísimo para ciertos grupos que se pueden encontrar en circunstancias de vulnerabilidad dentro de las relaciones laborales, así que el Código del Trabajo, en su artículo 187, consagra la garantía para dirigentes sindicales como un método de estabilidad reforzada entendida como una tutela necesaria relacionada con la actividad sindical, dicha norma legal prohíbe el despido intempestivo y desahucio del trabajador/a miembro de la directiva. Al ocurrir alguna de esas circunstancias, el empleador deberá indemnizar al trabajador con la remuneración correspondiente a un año. Sin embargo, lo dicho no obsta que el empleador pueda terminar legalmente el contrato de trabajo, siempre y cuando, claro está, exista causa justa y previo visto bueno, conforme se entiende del último inciso de la disposición analizada.

En uso de la atribución prevista en los artículos 189 y 180.2 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

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

"Los dirigentes suplentes de las asociaciones de trabajadores tienen las mismas garantías que los dirigentes principales, de acuerdo con el artículo 187 del Código del Trabajo".

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

DISPOSICIÓN GENERAL

La Secretaria General de la Corte Nacional de Justicia remitirá copias certificadas de la presente resolución a la Dirección 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 nueve días del mes de marzo del año dos mil veintidós.

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZAS Y JUECES NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO

INICIO DEL PERÍODO DE PROTECCIÓN DE ESTABILIDAD DE LOS TRABAJADORES QUE CONSTITUYEN UNA ASOCIACIÓN SINDICAL

RESOLUCIÓN No. 03-2022

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 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 por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la Sala, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presente similar patrón fáctico;
- Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas al Pleno de la Corte Nacional de Justicia para su estudio;
- Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
- Expedición de la resolución de ratificación o rechazo del precedente, dentro del plazo de sesenta días.

3. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544, de 9 de marzo de 2009, establece que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio;

4. Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 1A-2016, publicada en el Registro Oficial No. 767, de 2 de junio de 2016, expidió el Procedimiento de identificación y sistematización

de líneas jurisprudenciales, unificación de la estructura de la resolución de aprobación de precedentes jurisprudenciales obligatorios;

IDENTIFICACIÓN DE LOS FALLOS QUE CONTIENEN EL PUNTO REITERADO:

La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, ha dictado las siguientes sentencias que recogen el mismo punto de derecho:

a) **Resolución No. 0019 -2021**, expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación No. 17233-2019-00250, de fecha jueves 28 de enero del 2021, a las 14h19; suscrito por el tribunal de casación conformado por la doctora Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional ponente, doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional (E), y; doctor Víctor Rafael Fernández Álvarez Conjuez Nacional (E).

b) **Resolución No. 0259-2021**, expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación No. 17233-2019-00256, de fecha jueves 19 de agosto del 2021, a las 15h58; suscrita por el tribunal de casación conformado por la doctora Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional ponente; doctora María Consuelo Heredia Yerovi; y, doctor Alejandro Arteaga García, Jueces Nacionales.

c) **Resolución No. 0305-2021,** expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación No. 17233-2019-00310, de fecha miércoles 29 de septiembre del 2021, a las 16h08; suscrita por el tribunal de casación conformado por la doctora Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional ponente; doctor Alejandro Arteaga García; y, doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Jueces Nacionales.

d) **Resolución No. 0371-2021**, expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación No. 17233-2019-00253, de fecha viernes 19 de noviembre del 2021, a las 15h26; suscrita por el tribunal de casación conformado por la doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional Ponente; doctora Katerine Muñoz Subía; y, doctora Enma Tapia Rivera, Juezas Nacionales.

e) **Resolución No. 0387-2021**, expedida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación No. 17233-2019-00773, de fecha jueves 02 de diciembre del 2021, a las 08h47; suscrita por el tribunal de casación conformado por la doctora Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional Ponente; doctor Julio Arrieta Escobar, Conjuez Nacional; y, doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional.

DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE RESUELVEN LAS SENTENCIAS:

Las sentencias antes mencionadas resuelven el siguiente problema jurídico:

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

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

1. La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ha sostenido reiteradamente que la protección del trabajador asociado, comienza desde el momento en que los trabajadores notifican al inspector del trabajo que están asociados y que termina el momento en que se integra la primera directiva. Los trabajadores están protegidos por la ley únicamente por ese período. En caso de que se produzca el despido intempestivo en ese tiempo, el empleador tendrá que indemnizar al trabajador con una cantidad equivalente a un año de salario de acuerdo a lo que establece el artículo 455 del Código del Trabajo.

2. La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ratifica en sus sentencias que según el artículo 454 del Código del Trabajo, el inspector del trabajo tiene que notificar al empleador en las siguientes veinticuatro horas de iniciado el trámite de constitución de la asociación con fines informativos. Aquello no quiere decir que el período de protección comienza desde el momento en que el empleador es notificado, porque la hipótesis fáctica del artículo 452 del Código del Trabajo es muy clara en su contenido. Si bien en los diferentes recursos el casacionista alega la falta de notificación evidencia que el demandado no actúo con culpa o dolo, y que la notificación es necesaria para que el empleador pueda ejercer su derecho a la defensa. Sin embargo el Tribunal Casacional de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en varios de sus fallos explica al recurrente que, en materia laboral, la ley no exige la prueba de la culpa o dolo como elementos de la responsabilidad subjetiva civil sino solamente que se pruebe el hecho, en este caso el despido intempestivo, para ordenar el pago correspondiente. De igual manera la falta de notificación por parte del inspector de trabajo tampoco vulnera el derecho a la defensa porque las garantías del debido proceso son aplicables cuando se está juzgando derechos y obligaciones de cualquier orden. En la hipótesis fáctica del artículo 454 del Código del Trabajo no se determina derechos y obligaciones de ninguna naturaleza, sino que se comunica de la existencia de un hecho con fines informativos, como lo expresa la misma disposición legal.

3. La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ha sostenido reiteradamente en varios fallos que según el artículo 452 del Código de Trabajo, la prohibición de despido inicia desde el momento en que los trabajadores notifican al inspector del trabajo competente con el trámite para constituir la asociación de trabajadores hasta la integración de la primera directiva. Y este sentido de la disposición se vuelve a reiterar en el artículo 453 ibídem, de cuyo contenido señala que la protección referida se extiende por 30 días y 5 más, en una circunstancia particularmente determinada desde la notificación a la autoridad administrativa antes nombrada. Vale destacar además que estas disposiciones regulan y se refieren expresamente al período de protección, determinando incluso un lapso de tiempo para su vigencia. Sin que se condicione la garantía señalada o el trámite constitutivo a la necesaria notificación al empleador dentro de un período determinado. Mientras que por su parte el artículo 454 ibídem prevé que el inspector del trabajo, una vez recibida la notificación del trámite de constitución de la asociación de trabajadores, notificará a su vez al empleador dentro de las 24 horas de haberla recibido. Obsérvese que, a diferencia de las disposiciones anteriores, esta no tiene ninguna referencia al período de protección de la prohibición de despido. Y si bien es cierto contiene una obligación para el inspector del trabajo de notificar al empleador dentro de las 24 horas siguientes el incumplimiento de tal plazo no puede condicionar el trámite de constitución de la organización o la eficacia de la prohibición de despido, sin que exista norma alguna que determine un efecto jurídico en ese sentido. Por el contrario, el artículo 454 ibídem señala que la notificación al empleador será con fines informativos. Es decir, no implica ni exige ninguna clase de actuación o respuesta por parte de este último frente a la intención de los trabajadores de asociarse. Obsérvese que para regularizar la discusión y aprobación de los estatutos de una organización se establece el plazo de 30 días, lapso durante el que garantiza también la protección de prohibición por despido. Entonces, existe un tiempo determinado en que la autoridad competente deberá registrar a la organización, y dentro del cual puede realizar las gestiones necesarias para ello. Siendo que dentro de ese plazo, el incumplimiento de las 24 horas para la notificación del inspector del trabajo al empleador no tiene un efecto determinado que implique la invalidez del trámite o de la eficacia de la protección citada. No sería legal ni legítimo aceptar que la falta de notificación por parte del inspector de trabajo al empleador dentro de las 24 horas siguientes a la presentación del trámite de constitución de la organización, afecte la eficacia de la prohibición por despido. Pues por un lado supondría cuestionar el trámite mismo, lo que podría obstaculizar el ejercicio del derecho a la libertad de organización prevista en el artículo 326 numeral 7 de la Constitución de la República; y por otro, atribuir consecuencias negativas en contra del trabajador al impedir la satisfacción de la garantía de prohibición por despido con fundamento en un acto a cargo de la autoridad administrativa. Escenario que además no se encuentra contemplado

en disposición legal alguna. Y aún de persistir duda en la eficacia de prohibición por despido y la indemnización de ahí derivada por la falta de notificación dentro de las 24 horas siguientes referida en este análisis, se deberá resolver en favor del trabajador conforme lo prevé el artículo 326 numeral 3 ibídem, esto es, determinando su procedencia. No obstante, conforme lo explicado, tal duda se despeja pues, se insiste, no existe disposición legal que en el escenario descrito determine la ineficacia de la prohibición por despido; por el contrario, tanto el artículo 452 como el 453 del Código de Trabajo establecen que el período de protección iniciará con la notificación al inspector de trabajo y no al empleador en un plazo determinado.

4. En conclusión, la prohibición de despido prevista en el artículo 452 y la indemnización de ahí derivada contemplada en el artículo 455 del Código de Trabajo, no se ve comprometida, impedida u obstaculizada por el incumplimiento del inspector de trabajo de notificar al empleador dentro de 24 horas sobre el inicio del trámite por parte de los trabajadores con ocasión de constituir una organización sindical o cualquier otra asociación. Es decir, en el escenario analizado, una interpretación sistemática de las disposiciones aquí examinadas no resta eficacia a la indemnización por despido ilegal. Consecuentemente, es correcto significado de los artículos referidos al reconocer la indemnización en cita.

5. Este análisis no implica dispensa ni exención de responsabilidades a las autoridades de trabajo por el incumplimiento de sus deberes informativos constantes en el artículo 452 del Código de Trabajo frente a los empleadores.

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE:

Art. 1.- Declarar como jurisprudencia vinculante el siguiente punto de derecho:

> ***LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 452 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO SERÁ QUE EL PERÍODO DE PROTECCIÓN DE ESTABILIDAD DE LOS TRABAJADORES INICIARÁ CON LA NOTIFICACIÓN AL INSPECTOR DEL TRABAJO RESPECTO DEL PROCESO DE CONSTITUCIÓN DE UNA ASOCIACIÓN SINDICAL, SIENDO LA NOTIFICACIÓN AL EMPLEADOR SÓLO CON FINES INFORMATIVOS.***

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

Dado en la ciudad de Santa Ana de los Cuatro Ríos de Cuenca, en el auditorio de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, a los dieciocho días del mes de marzo de dos mil veintidós.

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz (voto en contra), Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango (voto en contra), JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Pablo Loayza Ortega, CONJUEZ NACIONAL. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

RESOLUCIÓN EN CASO DE DUDA U OSCURIDAD DE LA LEY

NORMAS QUE REGULAN EL RECURSO ESPECIAL DE DOBLE CONFORME

RESOLUCIÓN No. 04-2022

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha desarrollado el contenido del derecho al doble conforme en el siguiente sentido: *"[…] la doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida... Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes, y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria […]"*; ([1])

Que el artículo 169 de la Constitución de la Republica determina que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, las normas procesales deben garantizar los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, y economía procesal, haciendo efectivas las garantías del debido proceso; por tanto, el proceso penal no es un fin en sí mismo sino un medio que por sobre todo debe garantizar un adecuado acceso a la justicia, y la realización de aquella dotando a los justiciables de los recursos y medios de defensa que le garanticen un juicio justo;

Que el derecho al doble conforme se encuentra garantizado a través del artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República, que reconoce el derecho a recurrir;

Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 párrafo 5, reconoce que *"[t]oda 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"*;

[1] Corte IDH, Caso Mohamed vs. Argentina, sentencia de 23 de noviembre de 2012, párrafos 97 y 100

Que la Corte Constitucional, en sentencia No. 1965-18-EP/21 de 17 de noviembre de 2021, declaró la vulneración del derecho al doble conforme, y dispuso que desde la ejecutoria de esa sentencia, la Corte Nacional de Justicia contará con un plazo de dos meses para regular provisionalmente, a través de una resolución, un recurso que garantice el derecho al doble conforme de las personas que son condenadas por primera vez en segunda instancia, de conformidad con los parámetros establecidos en el citado fallo, especialmente en sus párrafos 28 y 49.

Que la Corte Constitucional manifestó también que ese recurso procesal podrá ser interpuesto en la forma en que lo regule la Corte Nacional de Justicia, tanto por el accionante como las siguientes personas: (i) los procesados a los que después de la publicación de la presente sentencia en el Registro Oficial se les dicte sentencia condenatoria por primera ocasión en segunda instancia; y, (ii) los procesados que hayan recibido sentencia condenatoria en segunda instancia por primera ocasión y esté pendiente de resolución un recurso de casación o una acción extraordinaria de protección. Además, estableció que en ambos supuestos, presentado el recurso, la sentencia dictada será susceptible de ser impugnada mediante los recursos extraordinarios de casación y revisión y, eventualmente, mediante la acción extraordinaria de protección;

Que la Corte Constitucional, en sentencia No. 8-19-IN acumulados/21 de 8 de diciembre de 2021, resolvió declarar la inconstitucionalidad por la forma de la resolución No. 10-2015 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 5 de julio de 2015, y publicada en el Registro Oficial No. 563 del 12 de agosto de 2015; y, por conexidad, la inconstitucionalidad por omisión del Código Orgánico Integral Penal, por no prever un recurso que garantice el derecho al doble conforme. En esa misma sentencia dispuso que la Corte Nacional de Justicia, en aplicación de las facultades conferidas en el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el plazo de dos meses desde la notificación de la sentencia, emita una resolución con fuerza de ley mediante la cual regule un recurso *ad hoc* que garantice el derecho al doble conforme de los **procesados que han recibido una sentencia condenatoria por primera ocasión en casación**, observando los parámetros fijados por la Corte Constitucional y definiendo las personas beneficiarias de ese recurso;

Que en sentencia No. 987-15-EP/20, la Corte Constitucional determinó que *"el derecho al doble conforme no se garantiza con la mera posibilidad formal de plantear una impugnación a la sentencia condenatoria, sino que dicho recurso debe ser eficaz en el sentido de ser susceptible de permitir un análisis integral de la sentencia condenatoria impugnada"*;

Que la Corte Constitucional en la ya referida sentencia No. 8-19-IN acumulados/21, ha establecido que *"el derecho al doble conforme puede definirse como el derecho de los procesados a impugnar toda decisión judicial condenatoria, que haya sido emitida por primera ocasión, indistintamente de que se haya dictado en primera o segunda instancia, o en un grado jurisdiccional superior como la casación […]"*;

Que en vista de la especial gravedad de las sanciones penales, la Corte Constitucional en la sentencia No. 1965-18-EP/21, respecto al derecho al doble conforme, pretende dotar a la persona condenada de una instancia en la que se pueda corregir posibles errores judiciales. En este sentido, la Corte ha indicado que el derecho al doble conforme exige dos elementos básicos: a) En primer lugar, la existencia de un tribunal distinto al que dictó la sentencia condenatoria con competencia para revisarla, el que debe ser de superior jerarquía orgánica; y, b) en segundo lugar, un recurso –cualquiera fuere su denominación- ordinario; es decir, oportuno, eficaz y accesible para toda persona declarada culpable en un proceso penal. Además, el recurso es oportuno si puede ser interpuesto con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia condenatoria; es eficaz si brinda la posibilidad de que el tribunal superior revise de forma íntegra la sentencia impugnada, incluyendo la interpretación y aplicación del Derecho, así como la valoración de la prueba realizada en la sentencia impugnada;

Que en sentencia No. 8-19-IN acumulados/21, que se refiere al derecho al doble conforme por primera condena en casación, la Corte Constitucional reitera, *"la necesidad de que el medio impugnatorio a través del cual se garantice el derecho al doble conforme, deba caracterizarse por: (i) tener un carácter mínimamente formal, esto es, "que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente"; (ii) ser ordinario, es decir que permita "analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho"; (iii) ser amplio, consecuentemente "las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria"; y, (iv) ser directo, razón por la cual, no es pertinente que se le imponga requisitos o fases previas más rígidas que las exigidas para otros recursos ya previsto por el ordenamiento jurídico para revisar la responsabilidad de los procesados y la materialidad de los delitos. Así, en el caso ecuatoriano sería inviable que el recurso por medio del cual se garantice el derecho al doble conforme tenga una estructura más estricta que la establecida para el recurso de apelación, toda vez que, en este último, la legislación procesal penal no impone requisitos tales como la argumentación escrita del recurso o la existencia de una fase formal de admisión"*;

Que en las sentencias No. 1965-EP-18/21 y No. 8-19-IN acumulados/21, la Corte Constitucional dispuso que hasta que la Asamblea Nacional reforme el Código Orgánico Integral Penal, se debe garantizar transitoriamente el derecho al doble conforme mediante un recurso establecido en una resolución con fuerza de ley emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en virtud de su facultad establecida en el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial. Si bien esta norma hace relación a que esta potestad se puede activar solamente en caso de duda u obscuridad en la aplicación o interpretación de la ley, entendemos que, en este caso, es necesaria la emisión de la decisión, puesto que con ella se logrará garantizar a los justiciables los derechos a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica;

Que si bien en cada una de las sentencias No. 1965-18-EP/21 y No. 8-19-IN acumulados/21, la Corte Constitucional resuelve que la Corte Nacional de Justicia emita una resolución, no es menos cierto que en ambos casos se analiza el doble conforme desde una misma línea, y se reconoce la necesidad de garantizarlo mediante un recurso especial, el mismo que, tanto para las sentencias de primera condena en apelación como en casación, la Corte Constitucional establece unas mismas características y estándares, de ahí que resulta adecuado que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia regule en una sola resolución las dos situaciones jurídicas;

Que para cumplir con lo dispuesto por la Corte Constitucional, en primer término, es necesario establecer la competencia para conocer este recurso especial de doble conforme, tanto para los casos de condena por primera vez en sede de apelación como en sede de casación. Para ello debemos recordar que la Corte Constitucional ha establecido que el recurso sea conocido por un juzgador de superior jerarquía orgánica, es decir que tanto para el caso de la condena en apelación como de casación, debería ser competente en un Tribunal de la Corte Nacional de Justicia;

Que de acuerdo con el inciso tercero artículo 182 de la Constitución de la República, las y los conjueces forman parte de la estructura orgánica de la Corte Nacional de Justicia, como órganos jurisdiccionales dotados de plena capacidad jurisdiccional, por ello, están facultados para conocer el recurso especial de doble conforme en caso de sentencia condenatoria por primera vez en apelación de Corte Provincial de Justicia, tomando en cuenta además que la asignación de la competencia por medio de una resolución con fuerza de ley es excepcional y transitoria debido a la sentencia de la Corte Constitucional, hasta que se reforme la ley de la materia; y, además, se debe resaltar que el hecho de determinar la competencia de esta manera, sería congruente con la posibilidad de que sean las y los Jueces Nacionales quienes conozcan la casación, una vez resuelto el recurso especial por las y los Conjueces Nacionales;

Que tal como ha considerado la Corte Constitucional, tanto para los casos de primera condena en apelación como en casación, se debe regular los procedimientos de tal manera que tengan una estructura similar a la establecida para el recurso de apelación y logren garantizar ampliamente y sin restricciones el derecho al doble conforme, brindando la posibilidad de que un tribunal superior revise de forma íntegra la sentencia impugnada, incluyendo la interpretación y aplicación del Derecho y la valoración de la prueba;

Que en atención a lo establecido por la Corte Constitucional, este recurso especial es aplicable únicamente cuando exista una primera sentencia de condena, lo que no sucede si en primera instancia la persona procesada es declarada culpable, luego confirmada su inocencia en apelación, pero posteriormente en casación se vuelve a declarar su culpabilidad, porque en tales casos si existe doble conforme;

Que la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 175 establece el principio de especialidad en materia de justicia penal juvenil y recoge la doctrina de protección integral como fundamento rector de la Convención Sobre los Derechos del Niño, en tanto el Estado, la sociedad y familia, son responsables de garantizar el ejercicio de los derechos humanos y constitucionales de niños, niñas y adolescentes para propiciar su desarrollo integral y promover su autonomía en tanto plenos sujetos de derechos;

Que de conformidad con el artículo 15 del Código de la Niñez y Adolescencia, los derechos humanos en general, protegen a niños, niñas y adolescentes, y que, este grupo humano, en razón de su edad, goza de derechos específicos. Con fundamento en el principio rector de interés superior, y con base en los artículos 40 numeral 2 letra v) de la Convención sobre los Derechos del Niño; 44, 45, 46 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República, 14, 257 y 364 del Código de la Niñez y Adolescencia, es necesario establecer que, en materia de justicia penal juvenil, las y los adolescentes que resulten, por primera vez, en apelación o casación, responsables del cometimiento de conductas penalmente reprochables, tienen derecho a recurrir de la sentencia que atribuya su responsabilidad en el cometimiento de una conducta penalmente relevante;

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

RESUELVE:

Expedir las siguientes NORMAS QUE REGULAN EL RECURSO ESPECIAL DE DOBLE CONFORME

CAPÍTULO I

FINALIDAD Y OBJETO

Artículo 1.- Finalidad.- Las presentes normas tienen por finalidad garantizar el derecho al doble conforme reconocido en la Constitución de la República del Ecuador y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Dichas disposiciones serán de aplicación obligatoria hasta que la Asamblea Nacional regule dicho recurso en el Código Orgánico Integral Penal.

Artículo 2.- Objeto.- Este recurso especial tiene por objeto la revisión integral de las sentencias condenatorias dictadas por los Tribunales de apelación y por los Tribunales de casación de las Salas Especializadas competentes de la Corte Nacional de Justicia, cuando en dichas sentencias se declare por primera vez la culpabilidad de una persona procesada.

El Tribunal competente al conocer este recurso especial podrá revisar de forma íntegra la sentencia impugnada, incluyendo la determinación de los hechos, interpretación y aplicación del Derecho, así como la valoración de la prueba.

CAPÍTULO II

PARA LOS CASOS DE PRIMERA CONDENA EN RECURSO DE APELACIÓN

Artículo 3.- Legitimación activa.- Podrá interponer este recurso toda persona procesada que haya sido condenada por primera vez en sentencia dictada por un Tribunal de Apelación de las Cortes Provinciales de Justicia, por delitos cuyo ejercicio de la acción penal sea público o privado y para contravenciones.

Artículo 4.- Competencia.- Un Tribunal de Conjuezas o Conjueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, designado mediante sorteo, será competente para conocer y resolver este recurso especial.

Si se hubieren agotado los Conjueces hábiles de dicha Sala, conocerán las y los conjueces hábiles de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores como Sala afín; en caso de no existir Conjueces hábiles en ella, se sorteará entre los demás Conjueces hábiles de la Corte Nacional de Justicia.

Artículo 5.- Trámite. El recurso especial de doble conforme se sustanciará de acuerdo a las siguientes reglas:

1.- Se interpondrá por escrito ante el Tribunal de la Corte Provincial de Justicia que dictó la sentencia de apelación, dentro del término de tres días de notificada la misma.

2.- El Tribunal de Apelación de la Corte Provincial de Justicia resolverá sobre la concesión del recurso especial dentro del plazo de cinco días contados desde su interposición, para lo cual deberá verificar que sea interpuesto por el titular del derecho y dentro del término establecido, caso contrario, lo rechazará de plano.

3.- De conceder el recurso, el Tribunal remitirá el proceso a la Corte Nacional de Justicia en el plazo de cinco días contados desde que se encuentra ejecutoriada la providencia que lo conceda.

4.- Recibido el expediente, la Sala respectiva de la Corte Nacional de Justicia convocará a los sujetos procesales a una audiencia dentro del plazo de cinco días subsiguientes a la recepción del expediente, para que fundamenten el recurso y expongan sus pretensiones.

5.- La o el recurrente intervendrá primero y luego la contraparte. Habrá lugar a la réplica y contrarréplica.

6.- Finalizado el debate, el Tribunal procederá a la deliberación y en mérito de los fundamentos y alegaciones expuestas, anunciará su decisión oral en la misma audiencia.

7.- La sentencia o auto motivado que corresponda, deberá reducirse a escrito y notificarse en el plazo de tres días después de ser anunciada en audiencia.

Artículo 6.- Interposición de recursos.- Si no se presenta el recurso especial dentro del término legal establecido, fenecido éste, se abre el término legal para presentar el recurso de casación; caso contrario, el término para interponerlo se contará a partir de la notificación con la resolución del recuso especial.

CAPITULO III

PARA LOS CASOS DE PRIMERA CONDENA EN SENTENCIA DE CASACIÓN

Artículo 7.- Legitimación activa.- Podrá presentar este recurso toda persona procesada que haya sido condenada por primera vez en sentencia dictada por un Tribunal de Casación de la Corte Nacional de Justicia, por delitos cuyo ejercicio de la acción penal sea público o privado.

Artículo 8. Competencia.- Un Tribunal de Juezas y Jueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de Corte Nacional de Justicia, designado mediante sorteo, diferente al Tribunal que conoció el recurso de casación, será competente para resolver el recurso especial.

Si se hubieren agotado las y los Jueces hábiles de dicha Sala, conocerán sus Conjueces; en caso de haberse agotado éstos, conocerán los Conjueces de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores como Sala afín; a su falta, se sorteará entre los demás Conjueces hábiles de la Corte Nacional de Justicia.

Artículo 9.- Trámite.- El recurso especial de doble conforme se sustanciará de acuerdo a las siguientes reglas:

1.- Se interpondrá por escrito ante el Tribunal de la Corte Nacional de Justicia que dictó la sentencia de casación, dentro del término de tres días de notificada la misma.

2.- El Tribunal de Casación de la Corte Nacional de Justicia resolverá sobre la concesión del recurso especial dentro del plazo de cinco días contados desde su interposición, para lo cual deberá verificar que sea interpuesto por el titular del derecho y dentro del término establecido, caso contrario, lo rechazará de plano.

3.- De conceder el recurso, el Tribunal de Casación remitirá el proceso a la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, en el plazo de cinco días contados desde que se encuentra ejecutoriada la providencia que conceda el recurso especial.

4.- Recibido el expediente, el Tribunal respectivo de la Corte Nacional de Justicia convocará a los sujetos procesales a una audiencia dentro del plazo de cinco días subsiguientes a la recepción del expediente, para que fundamenten el recurso y expongan sus pretensiones.

5.-La o el recurrente intervendrá primero y luego la contraparte. Habrá lugar a la réplica y contrarréplica.

6.- Finalizado el debate, el Tribunal deliberará y en mérito de los fundamentos y alegaciones expuestos, anunciará su decisión oral en la misma audiencia.

7.- La sentencia o auto motivado deberá reducirse a escrito y notificarse en el plazo de tres días después de ser anunciado en audiencia.

Artículo 10.- Interposición de recursos.- La sentencia que resuelva este recurso especial de doble conforme sólo será susceptible de los recursos horizontales de aclaración y ampliación.

CAPITULO IV

PARA LOS CASOS DE FUERO DE CORTE PROVINCIAL Y CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Artículo 11.- Normas comunes.- Las disposiciones de los capítulos I, II y III de la presente Resolución, serán aplicables para los casos de fuero funcional de Corte Provincial y fuero personal de Corte Nacional de Justicia, observando además las siguientes reglas:

a) En caso de sentencia condenatoria por primera vez en sede de apelación en casos de fuero de Corte Provincial de Justicia, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial será de un Tribunal de Conjuezas y Conjueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.

Si se hubieren agotado los Conjueces hábiles de dicha Sala, conocerán las y los conjueces de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores como Sala afín; en caso de no existir Conjueces hábiles en ella, se sorteará entre los demás Conjueces de la Corte Nacional de Justicia.

b) En caso de sentencia condenatoria por primera vez en sede de apelación en casos de fuero de Corte Nacional de Justicia, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial será de un Tribunal de Juezas o Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado.

Si se hubieren agotado las y los Jueces hábiles de dicha Sala, conocerán las y los Conjueces de la misma Sala Especializada; en caso de haberse agotado éstos, conocerán los Conjueces de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores como Sala afín; a falta de Conjueces hábiles en dicha Sala, se sorteará entre los demás Conjueces de la Corte Nacional de Justicia.

CAPITULO V

PARA LOS CASOS DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Artículo 12.- Normas comunes.- Las disposiciones de los capítulos I, II y III de la presente resolución, serán aplicables para los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal, observando además las siguientes reglas:

a) En caso de sentencia condenatoria por primera vez en sede de apelación, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial será de un Tribunal de Conjuezas o Conjueces de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.

Si se hubieren agotado los Conjueces hábiles de dicha Sala, conocerán las y los Conjueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado como Sala afín; en caso de no existir Conjueces hábiles en ella, se sorteará entre los demás Conjueces de la Corte Nacional de Justicia.

b) En caso de sentencia condenatoria por primera vez en sede de casación, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial será de un Tribunal de Juezas o Jueces de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia diferente al que conoció el recurso de casación.

De haberse agotado el número de Jueces hábiles de dicha Sala, conocerá un Tribunal de Conjuezas o Conjueces de la misma; en caso de haberse agotado éstos, conocerán los Conjueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado como Sala afín; y a su falta, se sorteará entre los demás Conjueces hábiles de la Corte Nacional de Justicia.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA

Los procesados que hayan recibido sentencia condenatoria en apelación por primera ocasión y esté pendiente de resolución un recurso de casación, podrán presentar el recurso especial al que se refiere el Capítulo II de esta resolución, para cuyo efecto tendrán el término de quince días contados a partir de la fecha de la publicación de esta Resolución en el Registro Oficial. En este caso los recursos de casación en trámite se suspenderán, hasta que se resuelva el recurso especial y se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 5 numeral 2 y siguientes del Capítulo II de esta Resolución. De no presentarse el recurso especial se sustanciará el o los recursos de casación conforme lo establecido en la ley.

En los casos en que la Corte Constitucional al resolver una acción extraordinaria de protección deje a salvo el derecho a interponer el recurso especial de doble conforme, el procesado tendrá el término previsto en los artículos 5.1 y 9.1 de esta Resolución, a partir de la notificación de la providencia en que avoque conocimiento el respectivo juzgador.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA

De conformidad con el artículo 200 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia en coordinación con el Consejo de la Judicatura establecerán de manera inmediata el número de conjuezas y conjueces necesarios de la Salas competentes para conocer el recurso especial, indispensables para atender las necesidades de carácter jurisdiccional que resultan de la entrada en vigencia de la presente resolución y de la sentencia 8-19-IN acumulados/21 de la Corte Constitucional que declaró la inconstitucionalidad por la forma de la Resolución 10-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, referente al proceso de admisión en materia de casación penal. Asimismo, determinarán y ejecutarán a la mayor brevedad las acciones administrativas necesarias tendientes a dotar de personal de apoyo esencial para los despachos de Juezas, Jueces, Conjuezas y Conjueces nacionales del área penal, con el fin de garantizar a los usuarios del sistema de justicia el derecho a la tutela judicial efectiva.

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

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Pablo Loayza Ortega, Dr. Adrián Rojas Calle, Dra. Gabriela Mier Ortiz, CONJUECES Y CONJUEZA NACIONALES. Certifico, f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

RESOLUCIÓN EN CASO DE DUDA U OSCURIDAD DE LA LEY

DESIGNACIÓN DE PERITO PARA RETASA DE BIENES EMBARGADOS

RESOLUCIÓN No. 05-2022

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). 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 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 la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76.3, reconoce el derecho al debido proceso, una de cuyas expresiones es la legalidad, la que por un lado determina que la norma exista y sea conocida o pueda serlo, antes de que ocurra el acto o la omisión que la contravienen, para así poder ser sancionada; y, por otro, la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico exista un procedimiento aplicable al caso concreto claramente prestablecido. La legalidad empata a su vez con el artículo 76.7.k *ibidem* que garantiza para todas y todos ser juzgados por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, de conformidad con el artículo 82 *ibidem*;

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

Que de acuerdo con el artículo 221 del Código Orgánico General de Procesos, las y los peritos son órganos auxiliares de la Función Judicial que, en virtud de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales, están en condiciones de informar y orientar a la o al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con el proceso, y en el caso específico del remate de bienes, el

informe pericial tiene como propósito el valorar los bienes embargados a fin de que las personas interesadas en el remate puedan presentar sus posturas, en los términos y condiciones que señala la ley;

Que en los procesos de ejecución, cuando el deudor no hubiere dado cumplimiento a lo ordenado en el mandamiento de ejecución, se procederá al embargo, y cuando se trata de bienes muebles o inmuebles, al remate de aquellos para que con el producto del mismo se cancele la obligación al acreedor. De acuerdo con el artículo 375 del Código Orgánico General de Procesos, practicado el embargo, la o el juzgador ordenará el avalúo de los bienes con la intervención de una o un perito. El informe pericial se presentará con los sustentos técnicos que respalden el avalúo y será discutido en la audiencia de ejecución, a la que comparecerá la o el perito a fin de sustentarlo;

Que si el remate ha resultado fallido, el artículo 405 del Código Orgánico General de Procesos, ha previsto dos posibilidades a elección del ejecutante: a) solicitar la retasa de los bienes embargados y se reanudará el proceso de remate con el nuevo avalúo; y, b) pedir que se embarguen y rematen otros bienes liberando los bienes anteriormente embargados. En estos casos siempre será necesario se practique otro peritaje para el avalúo de los bienes embargados;

Que el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 405 es ambiguo respecto a si el nuevo informe pericial para la retasa deba hacerlo el mismo perito que elaboró el primer informe para el remate fallido, o se debe designar otro perito; siendo lo procedente que la jueza o el juez nombre uno distinto para que realice el nuevo avalúo de los bienes embargados, ya que no se trata de un alcance o ampliación del primer avalúo, sino de uno diferente, considerando que siempre la retasa significará una rebaja respecto del avalúo inicial; considerando además que, de disponerse al perito que ya emitió su criterio técnico, y pudiendo estar prejuiciado, podría traer dificultades en la correcta administración de justicia, eficaz e independiente;

Que por tales motivos, al existir duda u obscuridad en la disposición del mencionado artículo, amerita la expedición de una resolución general y obligatoria por parte del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, conforme lo previsto en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial;

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

RESUELVE:

Artículo 1.- En caso de que el ejecutante solicitare la retasa de los bienes embargados, de conformidad con el artículo 405 del Código Orgánico General de Procesos, la jueza o juez dispondrá se realice un nuevo peritaje y para el efecto designará un perito distinto.

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 veinte días del mes de abril del año dos mil veintidós.

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillén Zambrano, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Pablo Loayza Ortega, Dra. Liz Barrera Espín, Dr. Carlos Pazos Medina, CONJUEZA Y CONJUECES NACIONALES. Certifico, Dra. Sylvana León León, SECRETARIA GENERAL (E).

RESOLUCIÓN EN CASO DE DUDA U OSCURIDAD DE LA LEY

FUERO DE LOS NOTARIOS EN CASO DE PRESUNTAS INFRACCIONES PENALES

RESOLUCIÓN No. 06-2022

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 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 la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76.3 reconoce el derecho al debido proceso, una de cuyas expresiones es la legalidad, la que por un lado determina que la norma exista y sea conocida o pueda serlo, antes de que ocurra el acto o la omisión que la contravienen, para así poder ser sancionada; y, por otro, la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico exista un procedimiento aplicable al caso concreto claramente prestablecido. La legalidad empata a su vez con el artículo 76.7.k ibidem que garantiza para todas y todos ser juzgados por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, de conformidad con el artículo 82 ibidem;

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

Que en cuanto a fuero personal ante la Corte Nacional de Justicia, el artículo 169 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: *"Mantenimiento de competencia por fuero.- El fuero personal comprende los actos y hechos de la funcionaria o del funcionario ocurridos o realizados en el desempeño de sus funciones, aun cuando al momento del proceso haya cesado en sus funciones. En consecuencia, los tribunales y juzgados conservarán su competencia para conocer de las causas que se hubieren iniciado contra las funcionarias, funcionarios o autoridades públicas que se sujetaban a fuero en los casos establecidos en la ley, aunque posteriormente hubieren cesado en el cargo, o éste hubiere sido suprimido. Sin embargo, si el juicio se inició antes de que la funcionaria o funcionario se hubiera posesionado del cargo, se aplicarán las reglas generales y, por lo tanto, el juez que estaba conociendo del mismo conservará la competencia.(…)";*

Que en cuanto al fuero funcional ante las Cortes Provinciales de Justicia, el artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: *"A las salas de las cortes provinciales les corresponde: (…) 2. Conocer, en primera y segunda instancia, toda causa penal y de tránsito que se promueva contra las personas que se sujetan a fuero de corte provincial. Se sujetan a fuero de corte provincial, por infracciones cometidas con ocasión del ejercicio de sus atribuciones, las Gobernadoras y los Gobernadores, la Gobernadora o el Gobernador Regional, las Prefectas o los Prefectos, las Alcaldesas y los Alcaldes, las y los Intendentes de Policía, las juezas y jueces de los tribunales y juzgados, el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, el Comandante General del Ejército, el Comandante General de la Marina, el Comandante General de la Fuerza Aérea, y el Comandante General de la Policía. En estos casos de fuero de Corte Provincial, la investigación pre procesal y procesal penal, así como el ejercicio de la acción penal según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, estarán a cargo de las o los Fiscales Provinciales";*

Que el artículo 6 de la Ley Notarial establece: *"Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las Leyes. Para juzgarlos penalmente por sus actos oficiales gozarán de fuero de Corte";*

Que entre las y los jueces de instancia y tribunales de Cortes Provinciales existen dudas y diferentes criterios jurídicos en cuanto a la aplicación del artículo 208.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, en relación con el artículo 6 de la Ley Notarial, respecto a si los notarios gozan o no de fuero de Corte Provincial de Justicia, toda vez que la referida norma del Código Orgánico de la Función Judicial no los menciona entre los funcionarios que gozarían de este fuero según la jerarquía de su cargo, sin embargo está establecido el fuero de Corte Provincial para las y los notarios en el artículo 6 de la Ley Notarial;

Que con la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544, de 9 de marzo de 2009, si bien el legislador no incluyó a los notarios dentro del listado de personas que en razón de sus funciones se someten a fuero de Corte Provincial, no se derogó o reformó el artículo 6 de la Ley Notarial, que establece que los notarios gozan de fuero de Corte Provincial;

Que el artículo 37 del Código Civil establece que la derogación de leyes podrá ser expresa o tácita, es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua y es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial. El artículo 38 ibidem señala: *"La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley".* Por su parte, el artículo 39 ibidem señala que la *"ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa"*;

Que es posible colegir que el artículo 6 de la Ley Notarial no ha sido derogado expresa o tácitamente, pues no existe contraposición entre el artículo 208.2 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 6 de la Ley Notarial, al contrario, ambas normas pueden complementarse y coexistir en el ordenamiento jurídico. De igual manera, considerando que la Ley Notarial es una ley especial que regula el servicio notarial, ésta únicamente podría ser derogada de manera expresa conforme lo dispuesto en el

artículo 39 del Código Civil. Por lo tanto, al no haberse derogado expresa o tácitamente el artículo 6 de la Ley Notarial, éste se mantiene vigente y aplicable;

Que una de las garantías del derecho a la defensa radica en la motivación de las decisiones judiciales, tal como lo establece el artículo 76.7.l de la Constitución de la República. Esta garantía implica la comprensibilidad de la resolución, que a su vez empata con el derecho a la tutela judicial efectiva, con su faceta el acceso a la justicia, prevista en el artículo 75 ibidem. Con ese antecedente y en razón de la política de justicia abierta, que busca que las decisiones que adoptamos las y los jueces sean más compresibles y accesibles para la ciudadanía, al final del presente documento se realizará una breve relación de lo resuelto;

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

RESUELVE:

Art. 1.- De conformidad con el artículo 6 de la Ley Notarial, las y los notarios del país gozan de fuero de Corte Provincial de Justicia, acorde al territorio del cantón donde ejercen sus funciones, en el caso de presuntas infracciones penales en el ejercicio de sus funciones notariales.

Art. 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 ocho días del mes de junio del año dos mil veintidós.

RESOLUCIÓN DE FÁCIL COMPRENSIÓN:

Si una o un notario en el desempeño de sus actividades, presuntamente cometiese una infracción penal, debe ser juzgado por la Corte Provincial de Justicia de su provincia.

f) Dra. Katerine Muñoz Subía, PRESIDENTA (E); Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dra. Mónica Heredia Proaño, Dra. Gabriela Mier Ortiz, Dra. Hipatia Ortiz Vargas, Dr. Pablo Loayza Ortega, CONJUEZAS Y CONJUEZ NACIONALES. Certifico, f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO

CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LA BASE DE DATOS DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR – SENAE

RESOLUCIÓN No. 07-2022

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

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

   - Existencia de, al menos, tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre que los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;
   - Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas al Pleno de la Corte Nacional de Justicia para su estudio;
   - Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
   - Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.

3. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial número 544, de 9 de marzo de 2009, establecen que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio;

4. Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 1A-2016, publicada en el Registro Oficial número 767, de 2 de junio de 2016, expide el Procedimiento de identificación y sistematización de líneas jurisprudenciales, unificación de la estructura de la resolución de aprobación de precedentes jurisprudenciales obligatorios;

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

   a) **Resolución Nº 97-2021,** expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N° 17751-2014-0538, de 02 de marzo de 2021, 12h10, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: José Dionicio Suing Nagua, Juez Nacional Ponente; Gilda Rosana Morales Ordóñez y Gustavo Adolfo Durango Vela, Jueces Nacionales.

   b) **Resolución N° 229-2020**, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en el recurso de casación N° 17510-2016-00277, de 06 de octubre de 2020, 14h40, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: José Dionicio Suing Nagua, Juez Nacional Ponente; Gustavo Adolfo Durango Vela y Fernando Antonio Cohn Zurita, Jueces Nacionales.

   c) **Resolución N° 105-2020**, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N° 09501-2018-00086, de 11 de junio de 2020, 12h21, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: Mónica Alexandra Heredia Proaño, Jueza Nacional Ponente; Marco Aurelio Tobar Solano y Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueces Nacionales.

   d) **Resolución N° 199-2020**, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N° 09501-2018-00149, de 01 de septiembre de 2020, 09h50, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: Miguel Ángel Bossano Rivadeneira, Juez Nacional Ponente; José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela, Jueces Nacionales.

   e) **Resolución N° 299-2021**, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N° 09501-2018-00397, de 08 de junio de 2021, 12h43, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: José Dionicio Suing Nagua, Juez Nacional Ponente; Gustavo Adolfo Durango Vela y Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueces Nacionales.

   f) **Resolución N° 399-2021**, expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N° 17510-2016-00056, de 23 de agosto de 2021, 17h13, suscrita por el tribunal que lo conforman las y los doctores: José Dionicio Suing Nagua, Juez Nacional Ponente; Fernando Antonio Cohn Zurita y Gustavo Adolfo Durango Vela, Jueces Nacionales.

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

   a) El artículo 225, inciso 2 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en adelante COPCI, determina que el contenido de las bases de datos del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador es información protegida y que su acceso no autorizado o la utilización indebida de la información contenida en ella, se sanciona conforme con el Código Penal, sin que se especifique condición o excepción alguna.

b) El artículo 25 de la Decisión 571 "Valor en Aduana de las Mercancías Importadas" prevé que los países miembros de la Comunidad Andina, del que forma parte el Ecuador, deben constituir bancos de datos a los efectos de la valoración aduanera, que faciliten la correcta aplicación de las disposiciones del Acuerdo sobre Valoración de la OMC y sus respectivas Notas Interpretativas. La utilización de los bancos de datos no debe llevar al rechazo automático del valor de transacción de las mercancías importadas, sino que debe permitir la verificación de los valores declarados y la constitución de indicadores de riesgo para generar y fundamentar las dudas a que se refiere el artículo 17 de la Decisión, para el control y la elaboración de programas sobre estudios e investigaciones de valor. Asimismo, agrega que la información de los bancos de datos puede ser tomada para la aplicación de los métodos sobre valoración de que trata este Acuerdo, siempre que se cumpla con los requisitos exigidos para cada método. En otras palabras, al amparo del inciso tercero del artículo 25 de la Decisión 571 de la CAN, la información de los bancos de datos puede ser tomada para la aplicación de los métodos de valoración, siempre que se cumpla con los requisitos exigidos para cada método y en la medida en que faciliten la correcta aplicación de las disposiciones del Acuerdo sobre Valoración de la OMC.

c) El artículo 63, numerales 2 y 4 de la Resolución N° 1684 "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 Valor en Aduana de las Mercancías Importadas" de la Comunidad Andina de Naciones (anterior Art. 62 de la Resolución 846 de la CAN) señala que la información de la transacción comercial contenida en los bancos de datos a los efectos de valoración aduanera a que se refiere el artículo 25 de la Decisión 571, así como los valores que se encuentren en proceso de investigación o estudio por la administración aduanera gozan del carácter de confidencial, por lo que no puede ser revelada sin la expresa autorización de la persona que lo proporcione, salvo orden de autoridad judicial.

d) Mediante la utilización de los métodos de interpretación sistemático y finalista se puede concluir que el sentido de las disposiciones que regulan el tratamiento de las bases de datos de las administraciones aduaneras de los países miembros de la Comunidad Andina, en cuanto faciliten la correcta aplicación de las disposiciones del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, es claro en señalar el carácter reservado de la base de valor de las mercancías en cuanto a su entrega o utilización indebida; sin embargo, la autoridad aduanera, al determinar los ajustes al valor de las mercancías, debe basarse en fundamentos razonables y comprobables, tanto en su forma como en su contenido y exponerlos, de tal manera, que se garantice el derecho a la defensa del administrado conforme los principios de debido proceso en su faceta de motivación en los términos del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República. Según esta reconstrucción, la solución normativa que sería consecuencia jurídica del principio (derecho a la defensa en este caso) se asienta en el hecho de que si bien las normas nacionales y supranacionales determinan que la información de la base de datos del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador – SENAE es confidencial, salvo las excepciones legales; no obstante, dicha información puede utilizarse para efectos de valoración aduanera, en el contexto de un proceso judicial o en cuanto facilite la correcta aplicación de las disposiciones del Acuerdo sobre Valoración de la OMC en un proceso administrativo y que dichos datos, puestos en conocimiento del administrado, demuestren que los ajustes al valor de las mercancías son razonables y exactos.

e) En conclusión, conforme con una interpretación sistemática y teleológica de los enunciados normativos que se examinan se deja en claro que la confidencialidad de la información contenida en la base de datos del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador – SENAE no es absoluta sino relativa, pues cabe su difusión y revelación en el contexto de un procedimiento judicial o cuando facilite la correcta aplicación del Acuerdo sobre Valoración de la OMC en un proceso administrativo**,** cuando se intenta proveer certeza del fundamento de las actuaciones administrativas, en procura de los derechos de tutela judicial efectiva, debido proceso en

la garantía del derecho a la defensa en favor del administrado, desde la perspectiva procesal y sustancial.

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

RESUELVE:

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

"La confidencialidad de la información contenida en la base de datos del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador - SENAE es relativa en tanto es factible que sea puesta en conocimiento del administrado no únicamente previa autorización judicial sino también cuando facilite la correcta aplicación del Acuerdo sobre Valoración de la OMC en sede administrativa".

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

DISPOSICIÓN GENERAL

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

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dr. José Suing Nagua, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Felipe Córdova Ochoa, Dr. Byron Guillén Zambrano, Dr. Walter Macías Fernández, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Patricio Secaira Durango JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dra. Gabriela Mier Ortiz (voto en contra), Dr. Javier de la Cadena Correa, Dr. Julio Arrieta Escobar, Dra. Hipatia Ortiz Vargas (voto en contra), Dr. Pablo Loayza Ortega y Dr. Carlos Pazos Medina CONJUEZAS Y CONJUECES NACIONALES.- Certifico f) Dra. Sylvana León León, SECRETARIA GENERAL (E).

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO

CONTABILIZACIÓN DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

RESOLUCIÓN No. 08-2022

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

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

   - Existencia de por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la Sala para resolver los casos, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;
   - Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas del Pleno de la Corte Nacional para su estudio;
   - Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
   - Expedición dentro del plazo de sesenta días de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.

3. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 544, de 9 de marzo del 2009, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio;

4. Que la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución Nro. 1A-2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 767, de 2 de junio del 2016, expidió el Procedimiento de Identificación

y Sistematización de Líneas Jurisprudenciales, Unificación de la Estructura de las Sentencias de la Corte Nacional de Justicia y la Estructura de la Resolución de Aprobación de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios.

5. Que se ha identificado que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado el criterio jurídico desarrollado en las sentencias que se detallan a continuación:

   a) **Resolución N° 1038-2020,** expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 10 de diciembre de 2020, las 12h12, dentro del recurso de casación No. 17811-2018-00488, suscrita por el Tribunal conformado por los doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño, Juez Nacional (E) Ponente; y, Marco Aurelio Tobar Solano, Conjuez Nacional y Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional.

   b) **Resolución N° 760-2021,** expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de septiembre de 2021, las 14h42, en el recurso de casación N° 17811-2018-00721, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Milton Enrique Velásquez Díaz, Juez Nacional Ponente; y, doctores Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango, Jueces Nacionales.

   c) **Resolución N° 838-2021,** expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 21 octubre de 2021, las 14h50, en el recurso de casación N° 11804-2019-00018, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Milton Enrique Velásquez Díaz, Juez Nacional Ponente; y, doctores Patricio Adolfo Secaira Durango y Fabián Patricio Racines Garrido, Jueces Nacionales.

   d) **Resolución N° 860-2021,** expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 10 de noviembre de 2021, las 16h20, en el recurso de casación N° 11804-2018-00070, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño, Juez Nacional Ponente; y, doctores Fabián Patricio Racines Garrido y Patricio Adolfo Secaira Durango, Jueces Nacionales.

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

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

- Que el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado contempla, de modo expreso, que el plazo comienza a contabilizarse desde el cometimiento del hecho, siendo este el *dies a quo* (día de inicio), teniendo como fecha máxima de determinación de responsabilidad siete años posteriores al día de inicio, es decir, el *dies a quem.*
- Que es improcedente que la entidad de control otorgue al artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado un alcance o sentido distinto al previsto en dicha norma, al pretender cambiar o alterar el punto de inicio para la contabilización del plazo de caducidad, pues el referido artículo de forma clara y contundente dispone que el plazo para que opere la caducidad se debe contar *"desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos"*
- Que el periodo de tiempo que goza la Contraloría General del Estado para ejercer su potestad sancionadora frente a una infracción, se cuenta desde el día en que sucedió la actividad o acto que produce la responsabilidad civil frente al Estado, pues así lo establece el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su tenor literal y que no resulta razonable aceptar la propuesta de interpretación del ente de control porque aquello sería establecer, como día de inicio de contabilización, un supuesto que no está regulado en la ley, contrariando la seguridad jurídica.

- Que la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece fases para la sustanciación y emisión de las actuaciones correspondientes, las cuales deben sujetarse a los plazos previstos en la propia ley; que estos periodos de tiempo constituyen plazos fatales dentro de los cuales el ente de control está autorizado para ejercer sus competencias; y, que, en tal medida, la caducidad puede ocurrir respecto a estas etapas del procedimiento, así como respecto a la facultad general de control establecida en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dentro de la cual se considera que superado el plazo de siete años contados desde la fecha en que ocurrieron los hechos motivo de control, caduca definitivamente la potestad.
- Que cada una de las fases procedimentales del proceso de control se encuentran plenamente identificadas y normadas en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, estableciéndose un tiempo específico para su sustanciación y resolución; de tal suerte que dicho procedimiento debe someterse a los principios de legalidad y seguridad jurídica contemplados en los artículos 226 y 82 de la Constitución de la República; y, que, fundamentalmente, en su sustanciación debe garantizarse el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa de los servidores auditados.

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

RESUELVE:

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

El plazo de caducidad de la potestad de la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado y los actos de las personas sujetas a su Ley Orgánica, de conformidad con el primer inciso del artículo 71 de dicho cuerpo legal, se contabilizará exclusivamente a partir de la realización de dichas actividades o actos objeto de control.

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

DISPOSICIÓN GENERAL

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

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

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE; Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. José Suing Nagua, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Milton Velásquez Díaz, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Enma Tapia Rivera, Dra. Rosana Morales Ordóñez, Dr. Fabián Racines Garrido, Dr. Byron Guillen Zambrano, Dr. Luis Rivera Velasco, Dr. Gustavo Durango Vela, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZAS Y JUECES NACIONALES; Dr. Carlos Pazos Medina, CONJUEZ NACIONAL. Certifico.- f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

Gaceta Judicial

año 2022

PRESIDENCIA

I

Expediente Nro. 38-2022
Fecha de Resolución: 27 de septiembre del 2022, las 08h10

TEMA: Resolución sobre la petición de extradición del ciudadano Robi William Gurganus, requerido por los Estados Unidos de América para ser enjuiciado por el presunto cometimiento de varios delitos.

SENTENCIA DE EXTRADICIÓN PASIVA

Expediente Nro. 38-2022

Juez Ponente: Dr. Iván Saquicela Rodas

PRESIDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR.

Quito, 27 de septiembre de 2022, las 08h10.

VISTOS:

ANTECEDENTES:

a) Mediante oficio No. MREMH-DAJIMH-2022-0222-O y anexos, de fecha 2 de junio de 2022, el doctor Miguel Sandro Naranjo Naranjo, Director de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana, Encargado, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, remitió a este despacho la Nota Diplomática No. POL 189/2022 de 9 de mayo de 2022, mediante la cual la Embajada de los Estados Unidos de América acreditada en Ecuador, trasladó la solicitud de arresto y extradición del ciudadano estadounidense Robi William Gurganus, quien es requerido por el Tribunal de Circuito del Estado de Oregón, Condado de Multnomah, para ser juzgado dentro de una acusación en el caso número 16CR78935 (también conocido como DA2341321-1), por los siguientes delitos: *"**Delito Uno a Cinco:** Abuso Sexual en Primer Grado, en violación del estatuto Revisado de Oregón 163.427; **Delito Seis**: Entrega Ilegal de un Artículo de Marihuana a un Menor, en violación del Estatuto Revisado de Oregón 475.906; **Delito Siete**: Abuso Sexual en Primer Grado, en violación del Estatuto Revisado de Oregón 163.427; **Delito Ocho**: Entrega Ilegal de una Sustancia Controlada a un Menor, en violación del Estatuto Revisado de Oregón 475.906; **Delito Nueve**: Abuso Sexual en Tercer Grado, en violación del Estatuto de Oregón 163.415; y, **Delitos del diez al doce**: Entrega Ilegal de una Sustancia Controlada a un Menor, en violación del Estatuto revisado de Oregón 475.906.";*

b) realizado el análisis correspondiente a la solicitud y documentación enviada, este despacho mediante providencia de 16 de junio de 2022, de conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 8 de la Ley de Extradición, ordenó, la detención con fines de extradición del ciudadano estadounidense Robi William Gurganus;

c) mediante oficio No. PN-DIGIN-UNDP-2022-0158-O de 22 de junio de 2022, y anexos, el Teniente Coronel de Policía de E.M. José Luis Villacís Bonilla, Jefe de la Unidad Nacional de Detención de Personas de Alta Peligrosidad Requeridas por la Ley, informó a este despacho, que el ciudadano estadounidense Robi William Gurganus, ha sido detenido el 22 de junio de 2022, a las 11h00, en el barrio Evaristo Montenegro, calles Dionicio A. Núñez y Pichincha del cantón Salinas, provincia de Santa Elena. Su detención se legalizó mediante auto de 23 de junio de 2022, y se emitió la Boleta Constitucional de Encarcelamiento No. 011-2022-PCNJ, a fin de que Robi William Gurganus o Robi Williams Gurganus, permanezca detenido en el Centro de Rehabilitación Social -Masculino- Guayas- 4. Por este procedimiento de extradición y en aplicación del artículo 11 de la Ley de Extradición, se convocó a audiencia de comparecencia para el día jueves 27 de junio del año en curso a las 16h00, misma que fue suspendida por petición de la defensora pública doctora Teresa Andrade, para que el requerido cuente con el tiempo prudencial y las facilidades necesarias para designar un defensor particular;

d) el 4 de julio de 2022, se convocó a las partes procesales a la reinstalación de la audiencia de comparecencia para el día miércoles 6 de julio de 2022, a las 15h00, la cual no se llevó a cabo por cuanto el requerido desde el Centro de Rehabilitación Social -Masculino- Guayas- 4, no se pudo conectar para la audiencia;

e) con oficio No. MREMH-DAJIMH-2022-0278-O y anexos, de 5 de julio de 2022, el Director de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana, Encargado, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, envió a este despacho la Nota Diplomática No. POL 307/2022 de 30 de junio de 2022, por la cual la Embajada de los Estados Unidos de América en Ecuador, aclara que el nombre correcto del ciudadano requerido es *"Robi Williams GURGANUS",* información que, en la misma fecha, fue puesta en conocimiento de las partes procesales;

f) el 7 de julio de 2022, con el objeto de continuar con el trámite correspondiente y asegurar la comparecencia del requerido ante esta autoridad, se dispuso que el ciudadano Robi Williams Gurganus, sea trasladado desde el Centro de Rehabilitación Social -Masculino- Guayas- 4, e ingresado en el Centro de Privación Provisional de Libertad de Varones Pichincha N°1 "El Inca";

g) el 17 de agosto de 2022, el Director del Centro de Privación Provisional de Libertad Pichincha N°1 "El Inca", informó que el mencionado ciudadano ya se encuentra ingresado en ese centro; en tal virtud, el 18 de agosto de 2022, se convocó a las partes procesales a la reinstalación de la audiencia de comparecencia para el día miércoles 24 de agosto de 2022, a las 16h00;

h) la audiencia de comparecencia se instaló en la ciudad de Quito el día y hora señalados, y contó con la presencia del requerido Robi Williams Gurganus a través de videoconferencia desde el Centro de Privación Provisional de Libertad de Varones Pichincha N°1 "El Inca, asistido del traductor Licenciado Patricio Villota Miño y patrocinado por el abogado Paúl Guerrero Godoy, Defensor Público; compareció, además, la doctora Paulina Garcés Cevallos, en representación de la señora Fiscal General del Estado; en esta audiencia, el requerido manifestó expresamente que no consiente en ser extraditado;

i) realizada la audiencia, y de acuerdo al trámite correspondiente, el 24 de agosto de 2022, las 16h00, se dictó auto de procesamiento de extradición y con fundamento en los artículos 5 numeral 7, 6, 13 y 20 de la Ley de Extradición, se solicitó al Estado Requirente que en el plazo de treinta días presente las garantías reconocidas por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos;

j) cumpliendo lo dispuesto en auto mencionado, dentro del plazo otorgado la Embajada de los Estados Unidos de América, mediante Nota Diplomática No. POL 544/2022 de 15 de septiembre de 2022, remitió a este despacho las garantías solicitadas; y,

k) el 16 de septiembre de 2022, se convocó a las partes procesales a la audiencia oral de extradición a realizarse el día miércoles 21 de septiembre de 2022, a las 16h00; la audiencia oral se instaló en la ciudad de Quito el día y hora señalados, y contó con la presencia del requerido Robi Williams Gurganus a través de videoconferencia desde el Centro de Privación Provisional de Libertad de Varones Pichincha N°1 "El Inca", asistido de la traductora licenciada Camila Alejandra Ambuchi López y patrocinado por el abogado José Patricio Escandón Loayza, defensor particular del requerido; compareció, además, la doctora Paulina Garcés Cevallos, en representación de la señora Fiscal General del Estado.

En esta diligencia la doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada de la señora Fiscal General del Estado, representando los intereses del Estado requirente, manifestó:

> "Conforme lo dispone el Art. 12 de la Ley de Extradición y una vez que el auto de Procesamiento ha cumplido ya su tiempo, la Fiscalía considera que se reúnen todos los requisitos establecidos en la Ley de Extradición, en especial el Art. 5, pues los casos contemplados en esta norma establecen cuándo no se podrá conceder la extradición, en este caso existen todos los documentos relativos a la petición que hace la Embajada de los Estados Unidos sobre su ciudadano el señor Robi Williams Gurganus, que es un ciudadano norteamericano, nacido en Portland, Oregon, el primero de julio de 1959, el señor Gurganus de conformidad a lo que dispone el Art. 1 de la Ley de Extradición está siendo requerido por los Estados Unidos de Norteamérica y se atiende esta petición en virtud de lo que disponen los

tratados existentes entre Ecuador y Estados Unidos y en lo establecido en el Art. 1 de la Ley de Extradición. La extradición no se puede conceder, dice el Art. 5 de la Ley de la materia, cuando los extranjeros deban ser juzgados por tribunales ecuatorianos, caso que no se cumple en cuanto al señor Gurganus, él no tiene abierta ninguna investigación dentro del territorio nacional, por lo tanto, él puede irse. El segundo caso por el que no se puede conceder la extradición es cuando se trate de delitos de carácter político y aquí queda claro que el señor Gurganus cometió dos tipos de delitos: el abuso sexual por una parte y luego la entrega de drogas a menores de edad a cambio de que estas chicas dejen tocar su cuerpo, pueda él abusar con carácter sexual. El tercero cuando son delitos militares y este no es el caso y cuando la persona reclamada pueda ser juzgada por un tribunal de excepción, el cual tampoco es el caso. El quinto punto es cuando se hubiere verificado la prescripción de la acción o de la pena y quedó claro ya, de acuerdo a los documentos que nos envían, que la acción no está prescrita y tampoco la pena. En este caso no existe pena, lo que existe es una orden de detención para que pueda presentase al proceso y pueda enfrentar los doce cargos por abuso sexual y por tenencia y entrega de droga a menores de edad, deba enfrentar los doce cargos de tenencia de drogas y suministro a menores de edad. Luego también dice la norma que cuando la persona reclamada hubiese sido juzgada, condenada o absuelta en el Ecuador por estos mismos hechos, lo cual tampoco es el caso, pues como dije anteriormente, el señor Gurganus no tiene ningún enjuiciamiento en el país; y, finalmente cuando el estado requirente no diere la garantía de que la persona reclamada en extradición no será ejecutada o sometida a penas que atenten contra su dignidad corporal, tratos inhumanos degradantes y cuando el Estado requirente no hubiese dado esta garantía; al respecto debo señalar que mediante oficio No. MREMH-DAJIMH-2020-0421-0, de 16 de septiembre de 2022, remite a su autoridad el doctor Miguel Sandro Naranjo Naranjo, en su calidad de Director de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana Encargado del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, la Nota Diplomática No. POL 544/2022, de 15 de septiembre de este mismo año, proveniente de la Embajada de los Estados Unidos, en la que señala, entre los principales puntos, que el gobierno de los Estados Unidos de América asegura al gobierno del Ecuador que el señor Gurganus no será sometido a penas que atenten contra su integridad física ni tampoco a tratos crueles o degradantes; el segundo, que bajo la Constitución de los Estados Unidos se prohíbe la persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o de nacionalidad y que, además el Art. 3 del Tratado dispone que una persona extraditada de conformidad con este cuerpo legal no será procesada por ningún otro delito cometido con anterioridad a no ser aquel por el que se pidió su extradición. Además, los Estados Unidos se compromete a no extraditar al señor Gurganus a ningún otro país sin el consentimiento del Ecuador y además se compromete también a restar de la sentencia el tiempo que ha permanecido bajo arresto en las cárceles ecuatorianas. Con lo que se cumple aquella petición que realizó tanto la Fiscalía cuanto usted señor Presidente a la Embajada de los Estados Unidos en relación a este punto. En lo demás debo señalar que se han agregado todos los documentos, tenemos que los doce cargos son por delitos sexuales, delitos de drogas, hay una orden de arresto del 13 de diciembre de 2016 sobre estos cargos emitida por el Tribunal del Circuito del Estado de Oregón, del Condado de Clackamas y esta orden sigue siendo válida, sigue siendo ejecutable, razón por la cual la Fiscalía considera que en aplicación del Art. 12 de la Ley de Extradición y habiéndose cumplido todos los requisitos legales debería procederse a aceptar la extradición y entregar al ciudadano Gurganus Robi Williams a su país de origen que es los Estados Unidos de Norteamérica."

Por su parte el abogado José Patricio Escandón Loayza, defensor particular del requerido, oponiéndose a la extradición, alegó:

"Los supuestos delitos cometidos por mi defendido el señor Robi Williams Gurganus, fueron cometidos mientras en el Ecuador se encontraban vigentes dos leyes, me refiero

concretamente al Código Penal y el Código Orgánico Integral Penal, ya que de los documentos que han sido remitidos se deduce que estos delitos fueron supuestamente cometidos entre los años 2011 y 2016. En ese sentido para que una persona pueda ser extraditada tienen que cumplirse ciertos principios, entre esos principios tenemos lo que es el principio de legalidad establecido en el Art. 76 numeral 3 de la Constitución de la República, si estos delitos se cometieron en el año 2011, antes de que entre en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, que entró en vigencia el 10 de agosto del 2014, como todos lo sabemos, en ese sentido señor Juez, el delito de abuso sexual propiamente dicho, no está tipificado en el Código Penal anterior, fue incorporado como tal en el Código Orgánico Integral Penal, en consecuencia el principio de legalidad no se estaría cumpliendo cabalmente; por otro lado tenemos el principio de doble tipicidad, que es otro de los requisitos para que una persona pueda ser extraditada, en ese sentido es la misma argumentación ya que como manifesté el delito de abuso sexual no se encuentra establecido como tal en el Código Penal, si está de esa manera en el Código Orgánico Integral Penal. El Art. 5 de la Ley de Extradición establece los casos en que no se concede la extradición y en el numeral 5, dice cuando se hubiere verificado la prescripción de la acción o de la pena según la ley ecuatoriano del estado requirente, de acuerdo a la información remitida por el estado requirente tenemos que al señor Robi Williams Gurganus el gran jurado del Condado de Multnomah, Estado de Oregón, formuló cargos el 13 de diciembre de 2016, dentro de esos cargos existen cinco cargos por entrega ilegal de una sustancia controlada a un menor de edad, delito que lo encontraríamos en el Art. 220 del Código Orgánico Integral Penal, que se refiere a tráfico Ilícito de Sustancias Catalogadas o Sujetas a Fiscalización, me refiero al literal a) del referido artículo que dice mínima escala de 1 a 3 años, porque obviamente dentro de la documentación que ha sido remitida por la Embajada Americana no se establece cuál fue el peso de la sustancia que supuestamente fue entregada a dicho menor, en consecuencia señor Juez, estos delitos están, bajo la legislación ecuatoriana, sancionados con una pena de uno a tres años, de lo que se determinaría que estarían prescritos por cuanto han transcurrido más de los cinco años que establece el artículo 417 del Código Orgánico Integral Penal, que establece que de haberse iniciado el proceso penal el ejercicio público de la acción penal, prescribirán en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad, previsto en el tipo penal contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción, en ningún caso el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de tres años. De igual manera tenemos que el cargo número nueve, que se refiere a abuso sexual en tercer grado, también se encontraría prescrito, ya que Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal, prevé una sanción de tres años, ese delito también se encontraría prescrito. El Art. 5, establece una sanción de tres a cinco años y como lo manifesté en base al Art. 417 del Código Orgánico Integral Penal, ese delito también se encontraría prescrito. El numeral 7 del Art. 5 también se refiere a que no se concede la extradición cuando no se diere la garantía de que la persona reclamada en extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes; a criterio de esta defensa, las garantías ofrecidas por el estado requirente no son suficientes dado que por todos los delitos por los que se le ha formulado cargos al señor Gurganus enfrentaría una condena de ochenta y seis años de prisión, con esa condena tan elevada no se estarían respetando sus derechos humanos, más aún cuando mi cliente tiene sesenta y dos años de edad y está próximo a entrar en la tercera edad. Nuestra legislación establece que la pena máxima que se puede poner a una persona, por más grave que sea el delito, no puede exceder de cuarenta años. Finalmente debo manifestar que no existen las garantías para que mi defendido reciba un juicio justo en el estado requirente, ya que si nos remitimos a la información de los cargos uno al cargo número cinco, tenemos que se trata de abuso sexual en contra de la señorita Emily O'conor, es un solo delito que se

ha dividido en cinco delitos, que sería una sola acción penal, un delito continuado lo dividen en cinco delitos, bajo nuestra legislación estaríamos frente a un delito continuado, que sería una sola acción penal, sin embargo el estado requirente ese mismo delito lo divide en cinco delitos, de acuerdo a las fechas que constan aquí, me refiero específicamente a los cargos del uno al cinco, es por ese motivo que insisto en el sentido de que mi defendido no recibiría un juicio justo, por lo que solicito que no se conceda la extradición de mi defendido por cuanto no se cumplen los requisitos contenidos en los numerales 5 y 7 del Art. 5 de la Ley de Extradición."

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

PRIMERO: COMPETENCIA.-

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

SEGUNDO: LEY APLICABLE.-

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

«**Art. 1.-** El Gobierno del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América convienen en entregarse mutuamente las personas condenadas por o acusadas de los crímenes enumerados en el artículo que sigue, cometidos dentro de la jurisdicción de una de las partes contratantes y que hayan buscado asilo o se encuentren dentro del territorio de la otra [...].»

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

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

TERCERO: VALIDEZ PROCESAL.-

En el presente caso, se ha cumplido con todas las garantías del debido proceso previstas en la Constitución de la República y los requisitos formales establecidos en la Ley de la materia. El señor Robi Williams Gurganus, contó con la defensa técnica de la doctora Teresa Andrade y el abogado Paúl Guerrero Godoy defensores públicos y de los defensores particulares doctora Lolita del Pilar Montoya Moreta y abogado José Patricio Escandón Loayza, quienes representaron sus intereses durante el desarrollo de todo el procedimiento; a su vez el requerido contó con la asistencia de la interprete traductora Camila Alejandra Ambuchi López y fue escuchado en audiencia.

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

CUARTO: LA EXTRADICIÓN Y SU NATURALEZA.-

La palabra extradición proviene del término latín compuesto por: EX, que significa Fuera De, y TRADITIO que significa Entrega, desde su etimología se evidencia la intención del legislador al regular este procedimiento. En cuanto a su definición, el doctor Alfredo Etcheberry, en su texto "Derecho Penal", Tomo uno, página 113, señala que: *"Se llama extradición, la institución jurídica en virtud de la cual, un estado entrega a otro estado a una persona que se encuentra en el territorio del primero y que es reclamada por el segundo para su juzgamiento en materia penal o para el cumplimiento de una sentencia de este carácter ya dictada".* En el presente caso estamos frente a una extradición de carácter pasiva, en virtud de que la solicitud de entrega la realizan las autoridades de los Estados Unidos de América.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en [la adecuación] de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico."[1]

Por su parte, el fundamento constitucional lo encontramos en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que dispone: *"...Nadie podrá ser* ***juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal,*** *administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente, en observancia del trámite propio de cada procedimiento." (énfasis me corresponde).*

En tanto que, en el ordenamiento legal, el principio de legalidad se encuentra previsto en los artículos 5.1 y 16.1[2] que formulan la garantía criminal,

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

[2] **"Art. 5.- Principios procesales.-** El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla. (...)"

"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."

los artículos el 51 y 53[3] que se refieren a la garantía jurisdiccional y el artículo 666[4] que recoge la garantía de ejecución.

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

Ahora bien, en lo pertinente a las infracciones por las cuales Gurganus, es requerido, constan descritas en la acusación formal presentada por el Gran Jurado del Condado de Multnomah ante el Tribunal de Circuito del Estado de Oregón para el Condado de Multnomah (fs. 61 - 63), estableciéndose que Gurganus es acusado por un total de doce (12) cargos, siendo siete (7) cargos por abuso sexual en primer y tercer grado y cinco (5) cargos por entrega ilegal de una sustancia controlada a menores.

Del análisis a los cargos 1 a 5 y 7 acusados al requerido, se establece que habrían sido cometidos desde el año 2011 al 2016, en contra de la menor de iniciales E.C., y entre los años 2014 al 2016, en contra de la menor de iniciales Y.P., de acuerdo a los cargos, el acusado de manera repetida y constante a sabiendas e ilegalmente sometió a las *víctima*s menores de catorce años de edad a contactos sexuales al tocarles las nalgas, los senos y los labios. Esa reiterada conducta en el tiempo nos ubica frente a lo que en Ecuador se conoce como un "delito continuado", que ha sido conceptualizado desde la doctrina como una ficción jurídica en la cual "se constata la ejecución del mismo delito, autónomamente en reiteradas ocasiones, pero para fines procesales, se considera que la agrupación de todos los delitos autónomos constituyen un único delito, es decir, se considera que el primer acto ejecutivo es el primer acto ejecutivo del primer delito (en la línea de tiempo) y la finalización de la ejecución se configura con la última parte de le ejecución del último delito autónomo cometido.".[5]

En tal sentido, como se manifiesta en la sentencia dictada dentro del juicio No. 0592-2016-HPA, el 27 de septiembre de 2017, por los Jueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, para la configuración del delito continuado se requiere verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: *"(i) unidad de sujeto activo: (ii) unidad o pluralidad del sujeto pasivo; (iii) unidad de acción final; (iv) similitud del precepto penal violado; y, (v) existencia de una sola intención delictiva continua..."*. Estos requisitos se cumplen cabalmente en este caso, pues de los hechos acusados al requerido, aparece que las conductas penalmente relevantes acusadas fueron ejecutadas por Robi Williams Gurganus, sujeto activo realizador de la infracción, la cual recayó sobre las mismas titulares del bien jurídico protegido, las menores de iniciales E.C y Y.P., llevado a cabo a través de una pluralidad de acciones enmarcadas como delito único- contactos sexuales al tocarles las nalgas, los senos y los labios- realizados desde el 2011 al 2016 y de 2014 al 2015, respectivamente, cuyos actos infringen de manera reiterada para la legislación ecuatoriana el mismo precepto legal del artículo 170, incisos primero y segundo del Código Orgánico Integral Penal y de los cuales se observa la intención delictiva continua.

Así pues, queda claro que en este caso estamos ante un delito continuado, que para todos los efectos legales, en nuestra legislación penal, se considera como la fecha de cometimiento del delito, la del último acto ilícito, cuyos hechos finales que generaron el procesamiento penal tienen una fecha posterior a la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, esto es, el 10 de agosto de 2014, toda vez que, conforme el relato expuesto, varios de los actos de naturaleza sexual fueron realizados

---

[3] **"Art. 51.- Pena.-** La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada."
"Art. 53.- Legalidad de la pena.- No se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código. El tiempo de duración de la pena debe ser determinado. Quedan proscritas las penas indefinidas."

[4] **"Art. 666.- Competencia.** – (...)
La ejecución de penas y medidas cautelares corresponderá al Organismo Técnico encargado del Sistema de Rehabilitación Social, bajo el control y supervisión de las o los jueces de garantías penitenciarias."

[5] Felipe Rodríguez Moreno, Curso de derecho Penal Parte General, Tomo II, Teoría del Delito, 3ra. Edición, Edt. Cevallos, Quito, 2022, p. 358.

hasta el *año 2016,* (finalización de la ejecución) es decir que el último acto ejecutivo se realizó con posterioridad a la entrada en vigencia del COIP, por lo que corresponde aplicar esta normativa, como un único delito de abuso sexual, tipificado y sancionado en el artículo 170, incisos primero y segundo del Código Orgánico Integral Penal. Respecto del cargo número 9 de abuso sexual en tercer grado, cometido por el acusado el 2 de mayo de 2016, en contra de la adolescente de dieciséis años de edad de iniciales T.K., esa conducta se encuentra tipificada y sancionada en el artículo 170, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, vigente desde el año 2014.

Por su parte, los cargos 6, 8, 10, 11 y 12, acusados al requerido por la entrega ilegal de una sustancia controlada a un menor, de manera reiterada fueron cometidos entre los años 2014 al 2016, conducta que en nuestra legislación es considerada punible y se encuentra prevista y sancionada en el artículo 220.1, literal a) del *Código Orgánico Integral Penal*, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, es decir de manera previa a la fecha de los hechos por los que se requiere su extracción, en consecuencia, respecto de todos los cargos mencionados, se cumple con el principio de legalidad.

b. **Doble Tipicidad y Gravedad del Delito:** Se refiere a que el hecho por el que se concede la extradición, que fue objeto de una calificación jurídica delictiva en el Estado requirente, sea a su vez también una conducta penalmente relevante sancionada como delito en el Estado requerido[6] y la misma no encuadre en alguna de las prohibiciones taxativas descritas por el artículo 5 de la Ley de Extradición. Sobre este principio el doctor José C. García Falconí, en su *texto "Manual Teórico Practico en Materia Constitucional, de Derecho Internacional Privado y Penal La Extradición en la Legislación Ecuatoriana e Internacional"*, Tomo Primero, señala: *"...para esto se debe establecer si los elementos materiales del hecho tal y como se expone en la demanda de extradición pueden concretar una entre las especies delictivas previstas por las dos leyes, independientes de la consideración de las circunstancias..."*. De igual forma lo reitera la Corte Suprema de Argentina en el Fallo 320:1775: "...*el principio de doble incriminación se satisface cuando la sustancia de la infracción está prevista como delictiva en ambos ordenamientos jurídicos...*". En cuanto a la gravedad del delito por el que se pretenda obtener la extradición, este debe ser sancionado con una pena mínima de privación de libertad de un año, este principio es aceptado mundialmente, por cuanto la intención de legislar un procedimiento tan especial como el de extradición revierte una cierta gravedad de los delitos por los cuales se debe solicitar la entrega del *"delincuente"*. Los mencionados principios se encuentran contemplados en el artículo 2 de la Ley de Extradición[7].

En el caso que nos ocupa, en la Nota Diplomática No. POL-189/2022 de 9 de mayo de 2022,(fojas 6 - 9), la Embajada de los Estados Unidos de América, expresa que el ciudadano estadounidense Robi Williams Gurganus, es requerido para ser juzgado en los Estados Unidos por delitos de abuso sexual y drogas*;* la mención de los delitos acusados se encuentra en la acusación formal (fojas 61 - 63), presentada el 13 de diciembre de 2016, por el Gran Jurado del Condado de Multnomah, Estado de Oregón ante el Tribunal de Circuito del Estado de Oregón para el Condado de Multnomah de los Estados Unidos de América; y, la descripción de las conductas en particular acusadas al requerido se encuentran en las *"partes pertinentes de las disposiciones legales correspondientes"*, que definen los delitos que se acusa a Robi Williams Gurganus, constantes a fojas 55 a 59 del expediente, siendo estas: Conductas que se encuentran contempladas en los artículos 170, incisos primero y segundo y 220.1, literal a) del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, que establecen:

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

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

«Sección 163.427 de las Leyes Revisadas de Oregón.	Abuso sexual en primer grado.
(1) Una persona comete el delito de abuso sexual en primer grado cuando dicha persona: (a) Somete a otra persona a contactos sexuales y: (A) La víctima es menor de 14 años de edad; (B) La víctima es sometida a coacción forzosa por parte del autor; o (C) La víctima no tiene capacidad para dar su consentimiento por motivo de defecto mental, incapacidad mental o estado de indefensión física; o ... (b) Intencionadamente hace que una persona menor de 18 años de edad toque o haga contacto con la boca, el ano o los órganos sexuales de un animal con el fin de provocar o satisfacer los deseos sexuales de una persona. (2) El abuso sexual en primer grado es un delito grave de Clase B.»	

«Sección 163.415 de las Leyes Revisadas de Oregón.	Abuso sexual en tercer grado.
(1) Una persona comete el delito de abuso sexual en tercer grado si: (a) Dicha persona somete a otra persona al contacto sexual y: (A) La víctima no consiente dicho contacto sexual; o (B) La víctima no tiene capacidad para dar su consentimiento por tener menos de 18 años de edad; o ... (c) Con el fin de provocar o satisfacer los deseos sexuales de dicha persona u otra persona, la persona lanza intencionadamente cualquier sustancia peligrosa hacia una víctima sin el consentimiento de la víctima. (d) Abuso sexual en tercer grado es un delito menor de Clase A.»	

«Sección 475.906 de las Leyes Revisadas de Oregón.	Penas por entrega ilegal a menores de edad.
Es ilegal que cualquier persona entregue una sustancia controlada a una persona menor de 18 años de edad. Toda persona que contravenga esta sección con respecto a: (1) Una sustancia controlada de Categoría I o II es culpable de un delito grave de Clase A.»	

«Sección 161.605 de las Leyes Revisadas de Oregón.	Penas máximas Previstas para delitos graves.
La duración máxima de una condena indeterminada de prisión por un delito grave se establece de la siguiente manera: (1) Para un delito grave de Clase A, 20 años. (2) Para un delito grave de Clase B, 10 años. (3) Para un delito grave de Clase C. 5 años.»	

«Sección 161.615 de las Leyes Revisadas de Oregón.	Condenas de prisión por delitos menores.
Las condenas por delitos menores tendrán una duración definida. El juez establecerá la condena de prisión según los siguientes límites máximos: (1) Para un delito menor de Clase A, 1 año.»	

«Art. 170.- Abuso sexual. - La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico

permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.
Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años.»
«**Artículo 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. -** La persona que directa o indirectamente, sin autorización o incumpliendo requisitos previstos en la normativa correspondiente:
1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe
tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la
normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:
a) Mínima escala de uno a tres años.
(...).
Si las sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, se oferten, vendan, distribuyan o entreguen a niñas, niños o adolescentes, se impondrá el máximo de la pena aumentada en un tercio.
(...).»

En cuanto al delito de abuso sexual, de acuerdo con las disposiciones legales antes transcritas, se establece que ambas legislaciones concuerdan en que el bien jurídico protegido es la integridad sexual, la cual protege como expresa Edgardo Alberto Donna en su texto "Derecho Penal", Tomo I, pág. 512: "...la reserva sexual de la víctima, entendida como el respeto a su incolumidad física y dignidad en tanto persona, especialmente desde la óptica de su pudicia personal-sexual.".

Las dos conductas delictivas en su esencia buscan sancionar a toda persona (Sujeto activo), que voluntariamente (Elemento subjetivo: dolo), haya decidido ejecutar una agresión sexual en contra de otra persona (Resultado material de la infracción), y en caso de que la víctima no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, ambas legislaciones contemplan tal condición como un agravante propio del tipo que eleva la cuantificación de la sanción tipificada.

En lo relativo al requisito de doble tipicidad en cuanto al delito de abuso sexual, conforme al análisis constante en la letra a) de este Considerando, al tratarse de delito continuado, la fecha de cometimiento no es en la que se inicia la conducta delictiva, sino la fecha en que terminó o cesó la misma, que para este caso corresponde a momentos temporales en los que estaba vigente en Ecuador el Código Orgánico Integral Penal.

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

En conclusión, las dos legislaciones reconocen como delictivas las conductas ilícitas por las cuales se encuentra acusado, el ahora requerido.

Ahora bien, en cuanto a las penas contempladas como sanción de las conductas descritas, existe una clara diferencia entre ambas legislaciones, ya que la norteamericana establece un período de encarcelamiento máximo de hasta veinte años para un delito grave clase A, de hasta diez años para un delito grave clase B, de hasta cinco años para un delito grave clase C y de hasta un año para un delito menor clase A. Por su parte, en la legislación nacional respecto del delito de abuso sexual en el artículo 170 establece un mínimo de cinco años de privación de libertad y un máximo de siete años, cuando la víctima es menor de catorce años. Mientras que para delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en el artículo 220 ibidem se

establece una tabla de graduación de la pena privativa de libertad, con base en la cantidad (gramos) de la sustancia traficada, siendo la de mínima escala, sancionada en un rango de 1 a 3 años y la de gran escala de 10 a 13 años. Sin embargo, cabe aclarar, que dicha diferencia en el máximo de la pena no afecta al cumplimiento del Principio de Gravedad, ya que en éste se analiza exclusivamente el mínimo de la condena, que en ambas figuras delictivas supera el año de privación de libertad exigido en materia de extradición.

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

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

En el presente caso, la persona extraditada no será juzgada por ningún delito cometido anteriormente o distinto a los delitos objeto de esta extradición, conforme lo expresa y garantiza el Estado requirente a fojas 328 y 330 del expediente, con lo que se cumple el principio de especialidad.

SEXTO: REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN.-

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

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

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

> «**Art. 5.-** Las requisitorias para la extradición de fugitivos entre la justicia, serán hechas por los agentes diplomáticos respectivos de las Partes Contratantes o en caso de su ausencia del país o de la capital del Gobierno pueden practicarse por los superiores oficiales consulares. Si la persona de que pide la extradición está condenada por un crimen, la requisitoria debe ser acompañada de una copia de la sentencia del tribunal que le ha condenado, autenticada con su sello y con atestación del carácter oficial el juez firmante dada por la autoridad ejecutiva propia y legalización de la última por el Ministro o Cónsul del Ecuador o de los Estados Unidos respectivamente. Al contrario, cuando el fugitivo solo está acusado de crimen una copia debidamente legalizada del auto de prisión para arrestarle en el país donde el crimen ha sido cometido y de las deposiciones sobre que tal auto ha sido expedido, debe acompañar tal requisición. El Presidente o la autoridad ejecutiva propia del Ecuador o el Presidente de los Estados Unidos, pueden, pues acordar la prisión del fugitivo con el fin de llevarle a presencia de la autoridad judicial competente para examinar la cuestión de entrega.
>
> Si entonces se decidiere según la ley y el testimonio que la extradición es debida conforme a esta Convención, el fugitivo será entregado según las formalidades prescritas en tales casos.»

En el presente caso la solicitud formal de extradición realizada por los Estados Unidos de América, cumple con todos los requisitos expuestos; ya que

fue realizada por escrito, se la transmitió por vía diplomática y, fue acompañada de las siguientes copias certificadas y traducidas al idioma español:

I) Nota Diplomática No. POL 189/2022 de 9 de mayo de 2022, que contiene la solicitud de arresto y extradición del ciudadano estadounidense Robi William Gurganus, en la cual consta los datos de identificación del requerido;
II) declaración jurada en apoyo a la solicitud de extradición de 29 de julio de 2019, suscrita por el señor Nathan Sheppard, Detective del Departamento de Policía de Portland, en la cual se describen, entre otros datos, las pruebas que motivan la solicitud de extradición;
III) acusación formal de fecha 13 de diciembre de 2016, emitida en contra de Robi William Gurganus, por el Tribunal de Circuito del Estado de Oregón para el Condado de Multnomah;
IV) orden de aprehensión de fecha 13 de diciembre de 2016, emitida en contra de Gurganus, por el Tribunal de Circuito del Estado de Oregón para el Condado de Multnomah;
V) declaración jurada en apoyo a la solicitud de extradición de 21 de octubre de 2019, suscrita por el doctor Nicole Hermann, Fiscal Auxiliar de Distrito del Condado de Multnomah, en la cual se detallan, entre otros datos, la fecha y lugar de los hechos que motivan la solicitud de extradición;
VI) copia de una fotografía del ciudadano Gurganus; y,
VII) copia de las disposiciones legales aplicables al caso.

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

En la legislación de los Estados Unidos, según la Declaración Jurada en apoyo a la Solicitud de Extradición realizada por la Fiscal Auxiliar de Distrito del Condado de Multnomah, Nicole Hermann, *"…Una vez se presenta una acusación formal ante un Tribunal de Circuito de Oregón, tal como se hizo en el caso de los cargos contra GURGANUS la ley de prescripción y su término correspondientes se suspenden…*", (fojas 44 a 51 del expediente); en cuanto a la legislación ecuatoriana es aplicable el numeral 4to, del artículo 417 Código Orgánico Integral Penal, que dispone:

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

En el presente caso, desde el 13 de diciembre de 2016, fecha en que El Gran Jurado presentó ante el Tribunal de Circuito del Estado de Oregón para el Condado de Multnomah, la acusación formal en contra de Robi Williams Gurganus, inculpándolo de seis cargos de abuso sexual cometidos en contra de dos menores de catorce años de edad, un cargo de abuso sexual en contra de una adolescente y cinco cargos por entrega ilegal de una sustancia controlada a menores de edad. Respecto de los seis cargos de abuso sexual acusados al requerido, se verifica que nuestra legislación prevé una pena máxima de siete años de privación de libertad para el delito de abuso sexual cometido en contra de menores de catorce años de edad, artículo 170 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, por lo tanto, desde el 13 de diciembre de 2016, fecha en que se presentó la acusación formal, hasta la presente fecha, no ha transcurrido el tiempo legal necesario para que opere la prescripción de la acción. Mientras que, para el cargo número 9 de abuso sexual en tercer grado cometido en contra de una persona mayor de catorce años de edad, la pena máxima en nuestra legislación es de cinco años, artículo 170 inciso primero, ibídem, por lo tanto, el tiempo transcurrido desde el 13 de diciembre de 2016, fecha en que se presentó la acusación formal, hasta el presente supera los cinco años, en consecuencia, el ejercicio de la acción para perseguir este cargo, en nuestra legislación se encontraría prescrito.

Por su parte, el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se encuentra tipificado y sancionado en el artículo 220.1, literal a) del Código Orgánico Integral Penal, que dispone un máximo de pena de privación de libertad de tres años; sin embargo, conforme la parte final

del numeral 4 del artículo 417, ibidem, en ningún caso el ejercicio de la acción prescribe en menos de cinco años. En este caso, se verifica que el tiempo transcurrido desde la fecha en que se presentó la acusación formal desde el 13 de diciembre de 2016, hasta la presente fecha supera los cinco años, en consecuencia, el ejercicio de la acción para perseguir los cinco cargos por entrega ilegal de una sustancia controlada a menores de edad formulados por el Gran Jurado del Condado de Multnomah, en nuestra normativa interna se encontraría prescrito.

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

SÉPTIMO: DE LAS GARANTÍAS.-

Con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales del requerido mediante auto de procesamiento dictado el 26 de agosto de 2022, esta Presidencia, solicitó a las autoridades de los Estados Unidos de América, las siguientes garantías:

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

Requerimiento que fue otorgado y remitido a este despacho mediante Nota Diplomática No. POL 544/2022 de 15 de septiembre de 2022, por la que, las autoridades del Gobierno de los Estados Unidos, expresan:

> "En consideración a la solicitud del Gobierno del Ecuador, luego de consultar con la autoridad fiscal competente, los Estados Unidos está preparado en este caso particular para notificar al Gobierno de Ecuador lo siguiente: I) El Gobierno de los Estados Unidos de América asegura al Gobierno de la República del Ecuador que GURGANUS no será sometido a penas que atenten contra su integridad física, ni tratos crueles, inhumanos o degradantes; II) Bajo la Constitución de los Estados Unidos, se prohíbe la persecución por motivos políticos, raciales, creencias religiosas o de nacionalidad. Estas protecciones se aplicarán igualmente GURGANUS; III) El artículo 3ro. del Tratado dispone que una persona extraditada de conformidad con el Tratado "no será procesada por ningún delito cometido con anterioridad a aquel por el que se pueda solicitar su extradición". Por lo tanto, los Estados Unidos está prohibido de enjuiciar a GURGANUS por actos anteriores distintos de aquellos por los que se concede la extradición; IV) Los Estados Unidos no extraditará a GURGANUS a un tercer país sin el consentimiento del Gobierno del Ecuador. Los Estados Unidos señala que, para efectos de esta nota diplomática, la extradición se refiere al traslado de una persona de los Estados Unidos a otro país de conformidad con un tratado bilateral de extradición con el fin de enjuiciar o cumplir una sentencia; V) Cualquier tiempo cumplido por GURGANUS en el Ecuador pendiente de extradición se restará de cualquier sentencia impuesta por el tribunal de los Estados Unidos." (sic)

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

OCTAVO: SOBRE LOS ARGUMENTOS Y PRUEBAS ACTUADAS EN LA AUDIENCIA.-

Las alegaciones expuestas por el abogado defensor del requerido en la audiencia oral, se definen en los siguientes tres puntos:

1. Falta de cumplimiento de los principios de legalidad y doble tipicidad del delito de "abuso sexual" a la fecha del cometimiento de los hechos;
2. Prescripción de los cargos 6, 8, 9,10,11 y 12, por abuso sexual y entrega ilegal de una sustancia controlada a un menor; y,
3. Falta de garantías por parte de los Estados Unidos de América, de que al requerido no se le impondrá una pena superior a cuarenta años conforme lo establece nuestra legislación.

Para dar respuesta a esas alegaciones se hace las siguientes consideraciones:

1.- Respecto a la alegación de falta de cumplimiento de los principios de legalidad y doble tipicidad del delito de "abuso sexual" a la fecha del cometimiento de los hechos;

La defensa técnica del requerido, manifestó lo siguiente: *"...los supuestos delitos cometidos por mi defendido el señor Robi Williams Gurganus, fueron cometidos mientras en el Ecuador se encontraban vigentes dos leyes, me refiero concretamente al Código Penal y el Código Orgánico Integral Penal, ya que de los documentos que han sido remitidos se deduce que estos delitos fueron supuestamente cometidos entre los años 2011 y 2016 (...) si estos delitos se cometieron en el año 2011, antes de que entre en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, que entró en vigencia el 10 de agosto del 2014, (...) en ese sentido señor Juez, el delito de abuso sexual propiamente dicho, no está tipificado en el Código Penal anterior, fue incorporado como tal en el Código Orgánico Integral Penal, en consecuencia el principio de legalidad no se estaría cumpliendo cabalmente; por otro lado tenemos el principio de doble tipicidad, que es otro de los requisitos para que una persona pueda ser extraditada, en ese sentido es la misma argumentación ya que como manifesté el delito de abuso sexual no se encuentra establecido como tal en el Código Penal, si está de esa manera en el Código Orgánico Integral Penal."*.

Al respecto, tenemos que, del análisis realizado en el considerando QUINTO literales a) y b) de esta sentencia, la conducta de abuso sexual por la que los Estados Unidos de América, requiere al ciudadano Robi Williams Gurganus, se encuentra tipificada y sancionada en las legislaciones estadounidense y ecuatoriana, buscando proteger el mismo bien jurídico (la integridad sexual), reuniendo los mismos elementos objetivos y subjetivos. Además, como quedó determinado que la conducta al haberse ejecutado entre los años 2011 al 2016, nos ubica frente a un delito continuado que inicia antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, pero que continúa después de la vigencia de dicho cuerpo legal por lo que en este caso procede aplicar la normativa vigente a la fecha de cese de la conducta, por tanto, los principios de legalidad y tipicidad se encuentran cumplidos, quedando desvirtuada esta alegación.

2.- Como segunda alegación, la defensa del requerido manifiesta que conforme se establece en nuestra legislación los cargos 6, 8, 9,10,11 y 12, por abuso sexual y entrega ilegal de una sustancia controlada a un menor, se encuentran prescritos.

En el análisis realizado en el considerando SEXTO de esta resolución, queda establecido que efectivamente de acuerdo a nuestra legislación el ejercicio de la acción penal para perseguir los cargos 6, 8, 9,10,11 y 12, se encontraría prescrito.

3.- Finalmente, la defensa del requerido expuso la falta de garantías por parte de los Estados Unidos de América, de que al requerido no se le impondrá una pena superior a cuarenta años conforme lo establece nuestra legislación.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5.7[8] de la Ley de Extradición, el Estado requirente obligatoriamente debe otorgar garantías al Estado requerido, de que el ciudadano del cual se pretende su extradición, no será objeto de ejecución (pena de muerte), penas, tratos crueles y degradantes. Al respecto es preciso aclarar que conforme queda expuesto en el considerado SÉPTIMO de esta resolución, las autoridades de los Estados Unidos de América han concedido todas las garantías previamente requeridas por esta autoridad, sin embargo, en atención a la garantía adicional solicitada por la defensa de la persona reclamada, la misma será requerida en esta resolución.

Por lo expuesto, y una vez analizados todos los argumentos planteados en audiencia por la defensa

[8] **Art. 5.-** No se concederá la extradición en los casos siguientes:
(...)
7) Cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes."

del requerido, resulta evidente que éstos no aportan con desvirtuar integralmente el objeto de la extradición.

NOVENO: REVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.-

En la audiencia oral, la defensa del requerido solicitó se atienda su pedido de sustitución de medidas alternativas a la prisión preventiva de su defendido, manifestando lo siguiente:

> "El Art. 8 inciso tercero de la Ley de Extradición establece que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, ahora Corte Nacional, podrá, en cualquier momento y en atención a las circunstancias del caso, ordenar la libertad del detenido, adoptando alguna o algunas de las medidas siguientes para evitar su fuga; vigilancia a domicilio, orden de no ausentarse de un lugar determinado sin la autorización del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, orden de presentarse periódicamente ante la autoridad designada por el Presidente, retiro de pasaporte y prestación de una fianza. En ese sentido he solicitado, mediante escrito de fecha 16 de septiembre, la sustitución de la medida cautelar, ya que es sabido que el Art. 77 numeral 1 de la Constitución de la República, entre otras cosas, determina que la prisión preventiva se aplicará de manera excepcional para garantizar la comparecencia en el juicio, así mismo el numeral 11 del referido artículo, dice, conmina a los jueces a aplicar en forma prioritaria medidas y sanciones cautelares alternativas a la prisión preventiva. Estamos frente a un proceso de extradición y la naturaleza de la extradición es de carácter procedimental, no es sancionatoria, no establece criterio de culpabilidad o inocencia ni impone pena, es bien sabido que las cárceles en el Ecuador son unas verdaderas bombas de tiempo que en cualquier momento pueden estallar y obviamente la seguridad de mi defendido no se encuentra debidamente garantizada, más aún que se trata de un ciudadano extranjero que tiene sesenta y dos años de edad y está próximo a cumplir la tercera edad. (...) Solicito, señor Presidente, se sirva sustituir la medida cautelar de prisión preventiva que pesa en contra de mi defendido y en su lugar disponga las medidas que considere pertinentes para asegurar la presencia del señor Gurganus en este proceso, puede ser la presentación diaria del señor Gurganus ante una autoridad que usted designe, puede ser el uso de un dispositivo electrónico, y obviamente la prohibición de salida del país, que el señor Gurganus no lo puede hacer ya que él no tiene su pasaporte."

Adicionalmente, presentó la siguiente documentación relativa a justificar su arraigo personal en el Ecuador:

1) Dos copias de información materializada de la página web de la Función Judicial, en la que se establece que el señor Gurganus, no tiene juicios penales en el país;
2) los certificados No. P202205816 y No. P202205816 otorgados por el Registro de la Propiedad y Mercantil del cantón Salinas, de los que se establece que el señor Gurganus tiene dos propiedades en el cantón Salinas, provincia de Santa Elena; y,
3) la denuncia No. 240301822090088, presentada en contra de Karelys Mercedes Miranda Lozada, el 22 de junio de 2022, ante la Fiscalía General del Estado.

Petición, a la cual la doctora Paulina Garcés, Delegada de la Fiscalía General del Estado, se opuso expresando lo siguiente:

> "Voy a referirme a este segundo punto que es este pedido de revocatoria de la medida cautelar que usted señor Juez ordenó con fines de extradición. El abogado defensor nos ha indicado que el Art. 11 numeral 3 de la Ley de Extradición, permite que su autoridad, pueda, en cualquier momento y en atención a las circunstancias del caso, ordenar la libertad adoptando varias medidas de las establecidas en la ley, al respecto quisiera aclarar dos puntos: el primero que tiene relación con el trámite de la extradición: este no es un trámite procedimental, es un trámite administrativo que se sustenta en instituciones del derecho penal y sobre todo del derecho procesal penal, pero ciertamente no es un trámite procedimental. Por otra parte, nos ha dicho el señor abogado que el requerido está próximo a cumplir los sesenta y cinco años, faltan tres años, tiene sesenta y dos años, para cumplir los sesenta y cinco años y acogerse a lo dispuesto por el Art. 537.2 del Código Orgánico Integral Penal, más allá de eso señalo que la prueba que nos pone para poder justificar esta posición de

no movilidad del señor Gurganus, tiene relación a con que tiene dos propiedades en Salinas, que ha presentado una denuncia que ni siquiera la presenta él sino otra persona y, que no tiene proceso en el Ecuador, pero realmente no nos puede garantizar esto el arraigo de una persona aquí al Ecuador, quiero recordar que estamos hablando de delitos sexuales. En la prueba presentada y que se encuentra a fs. 55 y 56 del expediente de extradición, encontraremos que existen unos cargos menores y también existen unos cargos graves; estos cargos graves que están relacionados con los delitos sexuales pueden iniciarse en un plazo máximo de doce años para que puedan prescribir, las penas para este tipo de delitos se encuentran establecidos a fs. 58 del expediente, ahí se establece que la duración máxima de una condena indeterminada de prisión por un delito grave, que son los cuatro cargos que fueron señalados por el señor abogado; y, tienen sanciones de veinte años, de diez años, los delitos graves por los que es acusado de acuerdo a la sección 161 y 605 de las leyes de Oregón establece que como penas máximas previstas para los delitos graves, en este caso clase A, que son los cargos que el señor Gurganus tiene, son penas de veinte años, por esa razón el abogado nos ha indicado que podría ponérsele una condena de ochenta y seis años. Me remito a lo que dice el Art. 536 del Código Orgánico Integral Penal, en donde habla de la sustitución de la prisión preventiva y en ella se señala que no cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con penas privativas de libertad superiores a cinco años; en este caso son penas que superan los cinco, diez y veinte años que son las señaladas para estos delitos sexuales; llama la atención que el señor abogado dice que el Art. 220.a, donde dice mínima escala de droga, cuando no se señala nada y ciertamente no es verdad lo indicado; considero que ninguno de los argumentos planteados, y menos todavía esta prueba, puede considerarse que genere un arraigo de la persona bajo el régimen de extradición para permanecer en el país, recordemos que él ya huyó una vez de los Estados Unidos y ahora sería muy fácil salir por cualquier frontera sin ningún documento, así que por estas consideraciones solicito que no se revoque la medida cautelar en virtud de lo que dice el Art. 536, ya que son delitos sexuales cuyas penas aquí y allá son mayores de cinco años."

Ante tal petición, el suscrito Presidente se pronunció en audiencia y resolvió declarar improcedente la revisión de medida cautelar solicitada por la defensa particular del requerido Robi Williams Gurganus, en los siguientes términos:

> "...de acuerdo al Art. 8 de la Ley de Extradición me corresponde pronunciarme sobre el pedido realizado por el señor abogado defensor del requerido respecto de la revisión de la medida cautelar, el Art. 8 de la Ley de Extradición, dice, lo que determina es la detención con fines de extradición y luego la prisión preventiva que se ha resuelto en este caso concreto. La propia norma también prevé que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia puede en cualquier momento y en atención a las circunstancias del caso ordenar la libertad del detenido, adoptando algunas medidas para evitar su fuga como son la vigilancia en el domicilio, la orden de ausentarse de un lugar determinado, orden de presentarse periódicamente, entre otros; por lo tanto, en principio existe la posibilidad legal de revisarse la medida cautelar; sin embargo, señala, en el presente caso, vale recordar que en la primera audiencia el Defensor Público ya hizo esta solicitud de sustitución la cual fue negada, las circunstancias fácticas, los presupuestos fácticos, no han variado, se mantienen, lo cual hace improcedente revisar la medida, además el Art. 13 de la Ley de Extradición determina que una vez que concluya esta audiencia deberá en el plazo de tres días dictarse sentencia, de modo tal que en esa sentencia, en el evento que no se conceda la extradición, quedaría resuelta la situación jurídica y, de la misma manera, si se concede la extradición; consecuentemente se considera que no habiendo variado las circunstancias fácticas y en vista de lo expuesto, es improcedente la revisión de la medida cautelar."

DÉCIMO: RESOLUCIÓN DE FÁCIL COMPRENSIÓN.-

Uno de los mecanismos para hacer valer los derechos de los ciudadanos cuando acceden al sistema de justicia, radica en que las resoluciones emitidas por las y los jueces, sean explicadas de tal forma

que facilite la compresión para el auditorio social, tal como lo establece el artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, asegurando a su vez que los ciudadanos reciban una respuesta a una petición concreta.

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

DÉCIMO PRIMERO: DECISIÓN.-

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

a) Conceder la extradición del ciudadano de nacionalidad estadounidense ROBI WILLIAMS GURGANUS, nacido el 1 de junio de 1959, con pasaporte No. 483771572, a fin de que sea entregado a las autoridades de los Estados Unidos de América, y pueda ser enjuiciado únicamente por los cargos 1 a 5 y 7 de abuso sexual en primer grado cometidos en contra de las menores de iniciales E.O. y Y.P;

b) condicionar la entrega de la persona reclamada, al ofrecimiento del compromiso de que el Estado requirente garantice al Estado ecuatoriano, que en caso de Robi Williams Gurganus sea encontrado culpable por los delitos por los cuales se concede su extradición, no va a recibir una pena superior a cuarenta años de privación de libertad, garantía que deberá ser otorgada en un plazo improrrogable de treinta días contados a partir de la notificación de esta resolución;

c) ratificar la medida cautelar de carácter personal de detención con fines de extradición impuesta en su contra, por lo que deberá permanecer privado de su libertad en el Centro de Privación Provisional de Libertad de Varones Pichincha N°1, a órdenes de esta Presidencia, hasta que concluya el procedimiento de extradición en su contra;

d) en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Extradición, una vez ejecutoriada la presente sentencia y trascurrido el plazo establecido en el literal b) de la presente decisión o recibidas las garantías solicitadas, notifíquese al señor Presidente Constitucional de la República, así como al señor Ministro del Interior; y,

e) hágase saber el contenido de esta sentencia a las autoridades del Estado requirente a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana; a la señora Fiscal General del Estado; al Director del Centro de Privación Provisional de Libertad de Varones Pichincha N°1 "El Inca", a la Jefe de la Unidad Nacional de Interpol; y, al requerido a través de sus defensores.- **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.

RESOLUCIÓN DE FÁCIL COMPRENSIÓN.-
El 13 de diciembre de 2016, un Tribunal de los Estados Unidos ordenó la detención de Robi Williams Gurganus, por supuestamente haber agredido sexualmente y entregado drogas a menores de edad. Luego de conocer que ese ciudadano fue localizado en Ecuador, el 9 de mayo de 2022, Estados Unidos envió una solicitud para que se realice el trámite necesario para que Robi Williams Gurganus, sea trasladado a ese país. Hoy, 27 de septiembre de 2022, resuelvo que Robi Williams Gurganus sea entregado a las autoridades de Estados Unidos para que, cuando se encuentre en ese país, esté presente en el juicio que se sigue en su contra. **Firma:** Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

II

Expediente Nro. 61-2022
Fecha de Resolución: 7 de diciembre de 2022; las 11h15

TEMA: Resolución sobre la petición de extradición de la ciudadana colombiana Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, requerida por el Reino de España para ser enjuiciada por el presunto cometimiento de los delitos de trata de seres humanos, prostitución, tráfico de drogas y blanqueo de capitales.

SENTENCIA DE EXTRADICIÓN PASIVA

Expediente Nro. 61-2022

Juez Ponente: Dr. Iván Saquicela Rodas

PRESIDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR.

Quito, 7 de diciembre de 2022; las 11h15,

VISTOS:

Agréguese los oficios No. MREMH-DAJIMH-2022-0556-O y No. MREMH-DAJIMH-2022-0567-O anexos, recibido el 25 de noviembre y 6 de diciembre de 2022, suscritos por el Director de Asistencia Judicial Internacional y de Movilidad Humana, Encargado, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

ANTECEDENTES:

a) Mediante oficio No. MREMH-DAJIMH-2022-0491-O y anexos, recibido el 24 de octubre de 2022, el doctor Miguel Sandro Naranjo Naranjo, Director de Asistencia Judicial Internacional y de Movilidad Humana, Encargado, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, remitió a este despacho la Nota No. 232 de 14 de octubre de 2022, proveniente del Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de España, por la que las autoridades de ese país solicitan la detención con fines de extradición de la ciudadana colombiana Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, nacida el 10 de julio de 1985, en Pereira-Colombia, quien es requerida por el Juzgado de Instrucción n°4 de Elche (España), en Diligencias Previas 748/2021, para ser enjuiciada por la comisión de los delitos de trata de seres humanos, prostitución, tráfico de drogas y delito de blanqueo de capitales.

b) analizado el cumplimiento de requisitos básicos de la solicitud de detención con fines de extradición, en providencia de 25 de octubre de 2022; a las 09h30, se dispuso la detención con fines de extradición de la ciudadana colombiana Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez;

c) mediante oficio No. PN-INTERPOL-2022-1612-O y anexos, recibido el 28 de octubre de 2022, la Teniente Coronel de Policía Mirian Son Kwak, Jefe de la Unidad Nacional de Interpol, informó a este despacho, que la ciudadana colombiana Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, ha sido detenida el 28 de octubre de 2022, a las 08h10, en la provincia de El Oro, cantón Machala, calle 9 de Mayo entre Klever Franco Cruz y Marcel Laniado, exteriores del local de comida "Piqueteadero pedacito de mi Colombia". En tal virtud, mediante auto de 29 de octubre de 2022, se giró la Boleta Constitucional de Encarcelamiento No. 019-2022-PCNJ, a fin de que Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, permanezca detenida en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas Regional Sierra Centro Norte Cotopaxi-Latacunga, por este procedimiento de extradición; además, se otorgó el plazo de cuarenta días para que las autoridades del Reino de España presenten la solicitud formal de extradición con toda la documentación de soporte; así mismo, en aplicación de del artículo 11 de la Ley de Extradición, se convocó a audiencia de comparecencia para el día jueves 8 de noviembre del año en curso a las 15h00. La audiencia de comparecencia se instaló en la ciudad de Quito, el día y hora señalados, y contó con la presencia de la requerida Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, a través de videoconferencia desde el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas Regional

Sierra Centro Norte Cotopaxi-Latacunga, patrocinada por el abogado Diego Jaya Villacrés, Defensor Público, compareció, además, el abogado Alfredo Rodríguez, en representación de la señora Fiscal General del Estado;

d) realizada la audiencia, y en virtud de que la requerida manifestó de viva voz su consentimiento para ser extraditada, previo a resolver, con providencia de 9 de noviembre de 2022, se solicitó al Estado Requirente que en el plazo de treinta días presente las garantías reconocidas por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos; y,

a) cumpliendo lo dispuesto en providencias de 28 de octubre y 9 de noviembre de 2022, la Embajada del Reino de España, mediante Nota Diplomática No. 261 de 23 de noviembre de 2022, dentro del plazo otorgado, remitió a este despacho la solicitud formal de extradición acompañada de la documentación de soporte pertinente y las garantías solicitadas.

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

PRIMERO: COMPETENCIA.-

El Presidente de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer, sustanciar y resolver los pedidos de extradición pasiva, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1, 8 y 11 de la Ley de Extradición y, numeral 3 del artículo 199, del Código Orgánico de la Función Judicial, que señala entre sus facultades: *"...Conocer y resolver si fuera del caso, los asuntos de extradición, con arreglo a los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado...".*

SEGUNDO: LEY APLICABLE.-

La República del Ecuador y el Reino de España, han celebrado el Tratado de Extradición, suscrito en Madrid el 23 de junio de 1989, instrumento internacional, que en su artículo 1, establece:

> ***«Art. 1.-*** **Obligación de extraditar**. - Cada una de las Altas Partes contratantes conviene en extraditar al territorio de la otra, conforme a las disposiciones del presente Tratado, a cualesquiera personas que sean reclamadas judicialmente para ser sometidas a juicio o para el cumplimiento de una sentencia ya dictada en razón de un delito que sea extraditable.»

Además, es aplicable la Disposición General de la Ley de Extradición ecuatoriana, que dispone:

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

TERCERO: VALIDEZ PROCESAL.-

En el presente caso, se ha cumplido con todas las garantías del debido proceso y los requisitos formales previstos en la Constitución de la República, así como en la Ley de la materia. La señora Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, fue escuchada en audiencia y contó con la defensa técnica del doctor Diego Jaya Villacrés, quien representó sus intereses durante el desarrollo de todo el procedimiento.

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

CUARTO: LA EXTRADICIÓN Y SU NATURALEZA.-

La palabra extradición proviene del término latín compuesto por: EX, que significa Fuera De, y TRADITIO que significa Entrega, desde su etimología se evidencia la intención del legislador al regular este procedimiento. En cuanto a su definición, el doctor Alfredo Etcheberry, en su texto "Derecho Penal", Tomo uno, página 113, señala que: *"Se llama extradición, la institución jurídica en virtud de la cual, un estado entrega a otro estado a una persona que se encuentra en el territorio del primero y que es reclamada por el segundo para su juzgamiento en materia penal o para el cumplimiento de una sentencia de este carácter ya dictada".* En el presente caso estamos frente a una extradición de carácter pasiva, en virtud de que la solicitud de entrega la realizan las autoridades del Reino de España.

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

En Ecuador la competencia del Juez de extradición radica exclusivamente en: Comprobar que estén satisfechos los requisitos señalados en el Tratado o

Convención internacional respectivo y en la Ley de Extradición; que se oiga al reclamado a fin de garantizar su derecho a la defensa, quien, en caso de oponerse a la extradición, deberá desvirtuar el cumplimiento de los requisitos necesarios que señale la Ley.

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

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

a. **Legalidad:** El numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República, dispone: *"... Nadie podrá ser* ***juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal,*** *administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente, en observancia del trámite propio de cada procedimiento." (énfasis me corresponde).*

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

   Ahora bien, en lo pertinente a las infracciones por las cuales Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, es requerida, consta en el apartado II del auto acusatorio emitido el 3 de mayo de 2022, por el Juzgado de Instrucción N°4 de Elche- Alicante, los cargos por el presunto cometimiento del delito trata de seres humanos previsto y penado en los artículo 177 bis 1 y 6 del Código Penal, prostitución en los términos previstos y penados en los artículo 187 y siguientes del Código Penal, delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos y penados en el artículo 318 bis del Código Penal, delito contra la salud pública previsto y penado en los artículos 368 y siguientes del Código Penal, delito de blanqueo de capitales previsto y penado en los artículos 302 y siguientes del Código Penal español, cometidos en el año 2019, conductas que en nuestra legislación son consideradas punibles y se encuentran previstas y sancionadas en los artículos 91, 92, 101, 213, 220 y 317 del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, es decir de manera previa a la fecha del presunto cometimiento de los hechos por los que se requiere la extracción.

b. **Doble Tipicidad y Gravedad del Delito:** Se refiere a que el hecho por el que se concede la extradición, que fue objeto de una calificación jurídica delictiva en el Estado requirente, sea a su vez también una conducta penalmente relevante sancionada como delito en el Estado requerido[1] y la misma no encuadre en alguna de las prohibiciones taxativas descritas por el artículo 5 de la Ley de Extradición. Sobre este principio el doctor José C. García Falconí, en su *texto "Manual Teórico Practico en Materia Constitucional, de Derecho Internacional Privado y Penal La Extradición en la Legislación Ecuatoriana e Internacional"*, Tomo Primero, señala: *"...para esto se debe establecer si los elementos materiales del hecho tal y como se expone en la demanda de extradición pueden concretar una entre las especies delictivas previstas por las dos leyes, independientes de la consideración de las circunstancias…".* De igual forma lo reitera la Corte Suprema de Argentina en el Fallo 320:1775: "*...el principio de doble incriminación se satisface cuando la sustancia de la infracción está prevista como delictiva en ambos ordenamientos jurídicos...*". En cuanto a la gravedad del delito por el que se pretenda obtener la extradición, este debe ser sancionado con una pena mínima de privación de libertad de un año, este principio es aceptado mundialmente, por cuanto la intención de legislar un procedimiento tan especial como el de extradición revierte una cierta gravedad de los delitos por los cuales se debe solicitar la entrega del *"delincuente".* Los mencionados principios se

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

encuentran contemplados en el artículo 2 de la Ley de Extradición[2].

En el caso que nos ocupa, en la solicitud formal de fecha 8 de noviembre de 2022,(fojas 86 a 89), la Magistrada Iris Valero Paredes, expresa que la ciudadana colombiana Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, es requerida para ser juzgada en el Reino de España por delitos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, prostitución, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, contra la salud pública y blanqueo de capitales; la mención de los delitos acusados se encuentran en el auto acusatorio emitido el 3 de mayo de 2022, por el Juzgado de Instrucción N°4 de Elche- Alicante (fojas 113 a 118); y, la descripción de las conductas en particular acusadas a la requerida se encuentran en las disposiciones legales aplicables a este caso, que describen los delitos que se acusa a Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, constantes a fojas 75 a 82 del expediente.

Siendo estas las contempladas en los artículos 177 bis, 188, 189, 189 bis, 189 ter, 318bis**,** 368, 369, 369 bis, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 301, 302, 303, 304 del Código Penal Español.

Conductas que se encuentran contempladas en los artículos 91, 92, 101, 213, 220 y 317 del *Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano*.

Con respecto al tipo penal de trata de personas, las legislaciones de los dos Estados al establecer como delictiva esta conducta, intentan proteger la libertad individual, que según Ernesto Albán Gómez en su "Manual de Derecho Penal Ecuatoriano" (2014), el bien jurídico protegido *"en este caso es tanto la libertad individual como el derecho de las personas a desarrollar libremente su personalidad (Constitución, Art. 66, numeral 19 quinto)"*; a través de esta conducta delictiva el legislador busca sancionar a toda persona (sujeto activo), que con conocimiento y voluntad a través de amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta, capte, traslade, acoja, recepte o entregue personas (elemento subjetivo: dolo), con finalidad de explotación ilícita de tales personas (resultado material de la infracción); el (sujeto pasivo) o titular del bien jurídico protegido es cualquier persona.

En ese sentido la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito, de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en sentencia de 9 de febrero de 2017, caso No. 146-2016, sobre el delito de trata de personas, expresó: *"El delito de trata de personas ha sido materia de análisis no solo nacionalmente, sino internacionalmente, es claro que es un mal que nos aqueja aún hoy en día en todo el mundo, por lo que es deber de los Estados trabajar conjuntamente para su erradicación, por ser atentatoria a los derechos humanos como el de la libertad y la dignidad humana, por lo que las medidas para su prevención y sanción, son indispensables para eliminar estas prácticas que ocultan toda una red delictiva que negocia con vidas humanas."*.

En relación al tipo penal de tráfico ilícito de migrantes, en la sentencia STS 659/2016 de 19 de julio de 2016, el Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal de España, se señal***ó***: *"...De esta manera en el bien jurídico protegido en este delito confluyen dos tipos de intereses, como destaca la doctrina científica y la jurisprudencia: el interés general del Estado de controlar los flujos migratorios, evitando que estos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y por otro lado el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los emigrantes..."*.

Conducta que al ser calificada como ilícita por el legislador de los dos Estados, busca sancionar a toda persona (sujeto activo), que con conocimiento y voluntad capte, acoja, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración ilícita de personas (elemento subjetivo: dolo), hacia otros países o viceversa (resultado material de la infracción); el (sujeto pasivo) o titular del bien jurídico protegido es cualquier persona.

---

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

[3] (SSTS 1397/2001, 1045/2003, 349/2005, 372/2005, 13/6/2005, 740/2005, 191/2007, 405/2007, 15/2008, 1106/2009, 1171/2009, 1238/2009, 208/2010)

Sobre el tipo penal de prostitución forzada, en varias de sus sentencias[3] el Tribunal Supremo de España, ha resaltado que; *"El bien jurídico protegido no es otro que la libertad sexual de la persona afectada y su autodeterminación para ejercer voluntariamente la prostitución."*. Por su parte, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito, de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en sentencia de 28 de junio de 2018, caso No. 11258-2016-00163, al referirse al delito de prostitución forzada, concluyó que: *"…la prostitución forzada es la situación en la cual la víctima es manipulada u obligada a ejecutar actos de contenido sexual que involucran su cuerpo, para satisfacer deseos sexuales de otras personas, con o sin remuneración por ello."*.
En tal sentido, al establecer como delictiva esta conducta el legislador pretende sancionar a toda persona (sujeto activo), que con conocimiento y voluntad cometa alguno de los verbos rectores del delito descrito (elemento subjetivo: dolo), el (sujeto pasivo) o titular del bien jurídico protegido puede ser cualquier persona.
En lo que respecta al delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, se evidencia que ambas legislaciones concuerdan en que el bien jurídico protegido es la salud pública, tal como lo expresa Efraín García Ramírez en su libro "Droga. Análisis Jurídico del Delito Contra la Salud" pág. 241: *"El bien jurídico tutelado es la salud pública ya que cuando existen situaciones en común que se dan en una multitud de hombres congregados en una sociedad estable, un derecho individual viene a convertirse en un derecho social, común a todos ellos, porque efectivamente, todos las necesitan y las aprovechan o porque un determinado número de ellos puede llegar a necesitarlas o aprovecharlas."* Mediante esta conducta delictiva el legislador busca sancionar a toda persona (sujeto activo), que con conocimiento y voluntad (elemento subjetivo: dolo), cometa alguno de los verbos rectores de los delitos descritos, indistintamente de que tal acción implique un resultado material, pues estamos frente a un delito de peligro, es decir que la sola consumación del verbo rector vulnera directamente el bien jurídico protegido y es por esto que la "víctima" del delito es toda la sociedad (sujeto pasivo).
Cabe resaltar que la lucha contra el tráfico de sustancias estupefacientes es un compromiso de carácter mundial y por tal, la República de Ecuador y los Estados Unidos de América han suscrito múltiples instrumentos internaciones, entre los que se destaca la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Substancias Estupefacientes y Psicotrópicas en la cual los Estados parte reconocen *"...la importancia de robustecer e intensificar medios jurídicos eficaces de cooperación internacional en asuntos penales para suprimir las actividades delictivas internacionales de tráfico ilícito."*.
En cuanto al delito de lavado de activos, Edgardo Alberto Donna, (2012) en su libro *"Derecho Penal"* Parte Especial, Tomo IV, pág. 606, en torno a bien jurídico protegido señala *"...Para un grupo de autores (...) el objeto de protección es el orden socioeconómico..."*; ergo, el objeto jurídico según la ubicación del tipo penal en el Código Orgánico Integral Penal es el orden socioeconómico del Estado; el objeto material, el resultado, en estos casos, se configura en la vulneración del orden socioeconómico de una sociedad. A través de esta conducta delictiva el legislador prevé sancionar a toda persona (sujeto activo) o autor del hecho que con conocimiento y voluntad (elemento subjetivo: dolo), cometa alguno de los verbos rectores que en el caso son el tener, adquirir, transferir, poseer, administrar, utilizar, mantener, resguardar, entregar, transportar, convertir o beneficiarse de cualquier manera, de activos de origen ilícito, vulnera directamente el bien jurídico protegido (orden socioeconómico) y es por esto que la "víctima" del delito es toda la sociedad (sujeto pasivo).
En conclusión, las dos legislaciones reconocen como delictivas las conductas ilícitas por las cuales se encuentra acusada, la ahora requerida.
Ahora bien, en cuanto a las penas contempladas como sanción de las conductas descritas, se verifica que tanto en la legislación española como la ecuatoriana se establece un período de encarcelamiento máximo que supera un año de privación de libertad, es así que el Código Penal español establece una pena de hasta ocho años para el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, de hasta diez años para un delito de prostitución, de hasta un año para un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y de hasta seis años para un delito de blanqueo de capitales. Por su parte, en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, para el delito de trata de personas establece una pena de hasta dieciséis años, para el delito de prostitución forzada un máximo de dieciséis años, para el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización una pena de hasta trece años y para delitos de lavado de activos establece una pena de hasta trece años. Sin embargo, cabe aclarar, que las diferencias en el quantum de la

pena no afectan al cumplimiento del Principio de Gravedad, ya que en éste se analiza exclusivamente que la condena en su grado máximo no debe ser inferior a un año de privación de libertad. Con lo que se cumple con Principio de Gravedad exigido en materia de extradición.

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

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

En el presente caso, la persona extraditada no será juzgada por ningún delito cometido anteriormente o distinto a los delitos objeto de esta extradición, conforme lo expresa y garantiza el Estado requirente a fojas 72 del expediente, con lo que se cumple el principio de especialidad.

SEXTO: REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN.-

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

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

En igual sentido, el artículo 5 del Acuerdo sobre Extradición suscrito entre la República del Ecuador y el Reino de España, dispone:

«**Art. 5.-** Procedimiento de Extradición y documentos requeridos. - 1. La solicitud de extradición se presentará por escrito y será tramitada por la vía diplomática. 2. La solicitud de extradición estará acompañada: a) Si la persona cuya extradición se pide está acusada de un delito, de la orden de detención o una copia de la orden de la misma, un resumen descriptivo de cada delito cometido por el cual se pide la extradición, así como la descripción de los actos u omisiones que se alegan en contra de la persona imputada, con respecto a cada uno de los delitos; b) Si la persona ha sido condenada, de la sentencia o una copia de la misma, de la certificación de que la sentencia es de inmediato cumplimiento y de la medida en que no ha sido cumplida; c) Transcripción de las disposiciones legales que tipifican y sancionan el delito con expresión de la pena, de las que establecen la competencia de la Parte requirente para conocer del mismo, así como también de las referentes a la prescripción de la acción y de la pena; d) En todos los casos: de una descripción lo más precisa posible de la persona cuya extradición se pide, conjuntamente con cualquier información adicional que pueda ayudar al establecimiento de su identidad y de su nacionalidad; (...)».

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

- Notificación roja con numero de control A-7895/9-2021 publicada el 22 de septiembre de 2011, en la cual consta los datos de identificación de Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez;

- disposiciones legales relativas al delito, la pena y la prescripción aplicables al caso;
- orden de detención europea dictada el 8 de septiembre de 2021, por la Magistrada Iris Valero Paredes, Juez del Juzgado de Instrucción 4 de Elche, en la cual consta una descripción sucinta de los hechos, tiempo y lugar de la comisión de los presuntos delitos;
- auto acusatorio dictado el 3 de mayo de 2022, por la Magistrada Iris Valero Paredes, Juez del Juzgado de Instrucción N°4 de Elche;
- auto de procesamiento dictado el 3 de mayo de 2022, por la Magistrada Iris Valero Paredes, Juez del Juzgado de Instrucción N°4 de Elche;
- auto de conclusión del sumario 000509/2022 emitido el 14 de octubre de 2022, por la Magistrada Iris Valero Paredes, Juez del Juzgado de Instrucción N°4 de Elche;
- auto dictado el 7 de noviembre de 2022, por la Magistrada Iris Valero Paredes, Juez del Juzgado de Instrucción N°4 de Elche, por el cual se acuerda la prisión provisional para puesta a disposiciones ante ese Juzgado de Viviana Vallejo Gutiérrez;
- auto acordando la proposición de extradición emitido el 8 de noviembre de 2022, por la Magistrada Iris Valero Paredes, Juez del Juzgado de Instrucción N°4 de Elche;
- diligencias previas No. 001651/2022 ejecutadas ante el Juzgado de Instrucción No. 4 de ELX en contra de la requerida;
- registro de la denuncia presentada el 1 de abril de 2021, en contra de Viviana Vallejo Gutiérrez; e,
- informes de diligencias policiales investigativas efectuadas en el proceso seguido en contra de Viviana Vallejo Gutiérrez.

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

De la documentación agregada relativa a las disposiciones legales aplicables (foja 81) se desprende que los artículos 131 y 132 del Código Penal español, regulan este presupuesto, destacando que el tiempo de vigencia de la acción penal será de diez *años en delitos que requieren más de cinco años y menos de* diez *años de prisión; en cuanto a la legislación ecuatoriana* es aplicable el numeral 4to, del artículo 417 Código Orgánico Integral Penal, que dispone:

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

Por lo tanto, desde el 14 de octubre de 2022, fecha en que la Magistrada Iris Valero Paredes, Juez del Juzgado de Instrucción N°4 de Elche, emitió el auto de conclusión del sumarios en contra de Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, a quien se le acusa de la presunta comisión de los delitos de trata de seres humanos, prostitución, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, contra la salud y blanqueo de capitales, delitos que en nuestra legislación se encuentran tipificados y sancionados en los artículos 91, 92, 101, 213, 220 y 317 del Código Orgánico Integral Penal, que establecen un máximo de pena de privación de libertad de 16 *años, en consecuencia, hasta la presente fecha, no ha transcurrido el tiempo legal necesario para que opere la prescripción de la acción.*

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

SÉPTIMO: CONSENTIMIENTO DE LA EXTRADICIÓN.-

Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, compareció a la audiencia celebrada el 8 de noviembre de 2022, patrocinada por el Defensor Público doctor Diego Jaya Villacrés, y al ser preguntada por este despacho, de sí conoce las razones que motivan el presente procedimiento extraditorio y si acepta o se opone al mismo, en uso de la palabra manifestó que si conoce y que si acepta ser extraditada.

Ante lo cual, es preciso resaltar que la figura de la extradición simplificada o voluntaria se encuentra contemplada en el segundo párrafo del artículo 11 de la Ley de Extradición que establece: *"...identificado el detenido el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, le invitará a que manifieste con expresión de sus razones si consiente en la extradición o intenta*

oponerse a ella; si consintiera y no se suscitaran obstáculos legales que a ello se opongan el Presidente de la Corte Suprema de Justicia podrá acceder a la demanda de extradición...", por su parte el doctor José García Falconí, en su obra previamente mencionada señala que la extradición simplificada *"Es cuando el individuo se entrega y lo acepta de manera voluntaria...",* de igual forma el doctor Augusto Durán Ponce, en su artículo "*la extradición se concede no se impone*", afirma que la extradición abreviada se produce "*Cuando el extraditado da su conformidad o allanamiento para ser extraditado ante las autoridades judiciales al tomar conocimiento de la pretensión judicial del Estado requirente y acepta ser extraditado.".*

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

OCTAVO: DE LAS GARANTÍAS.-

Con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de la requerido mediante providencia dictada el 9 de noviembre de 2022, esta Presidencia, solicitó a las autoridades del Reino de España, las siguientes garantías:

> "I) Que se garantizará la seguridad de Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, quien no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes; II) Que Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, no será perseguida por motivaciones políticas, raza, creencia religiosa o nacionalidad; III) Que la reclamada no será enjuiciada por hechos anteriores o distintos a los delitos por los cuales se requiere la extradición; IV) De ser el caso, no será extraditada, deportada o entregada a un tercer Estado sin previo consentimiento de las autoridades competentes de la República del Ecuador; y, V) En caso de que la requerida sea condenada a una pena privativa de libertad se le computará a la pena que deba cumplir en el Reino de España, el tiempo que estuviere detenida en Ecuador por motivos de esta extradición."

Requerimiento que fue otorgado y remitido a este despacho mediante Nota Diplomática No. 261 de 23 de noviembre de 2022, por la que, las autoridades del Gobierno de España, expresan:

> "...**el gobierno de España** en salvaguarda de los derechos y garantías fundamentales que le asisten a la requerida, es especial las reconocidas en la Constitución de la república del Ecuador, en los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables a este proceso y al tenor de los dispuesto en el artículo 14 del Tratado de Extradición suscrito en Madrid el 23 de junio de 1989, entre la República del ecuador y el Reino de España y los artículos 5 numeral 7, 6, 13 y 20 de la Ley de Extradición, **garantiza a las Autoridades de Ecuador los siguientes extremos**: 1) Que se garantizará la seguridad de Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, quien no será ejecutada o que no será sometida a penas que atentes a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes; 2) Que Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, no será perseguida por motivaciones políticas, raza, creencia religiosa o nacionalidad; 3) Que la recamada no serpa enjuiciada por hechos anteriores o distintos a los delitos por los cuales se requiere la extradición; 4) De ser el caso, no será extraditada, deportada o entregada a un tercer Estado sin previo consentimiento de las autoridades competentes de la República del Ecuador; y, 5) En cado de que la requerida sea condenada a una pena privativa de libertad se le computará a la pena que deba cumplir en el Reino de España, el tiempo que estuviere detenida en Ecuador por motivos de esta extradición...".

De lo expuesto se desprende que las autoridades del Reino de España, asumen el compromiso de respetar las garantías solicitadas, así como los derechos humanos de Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, recalcando que no será sometida a penas que atenten contra su integridad física, ni tratos crueles, inhumanos o degradantes. En tal virtud, esta Presidencia considera que, bajo las condiciones antes señaladas, las garantías solicitadas son satisfactorias.

NOVENO: RESOLUCIÓN DE FÁCIL COMPRENSIÓN.-

Uno de los mecanismos para hacer valer los derechos de los ciudadanos cuando acceden al sistema de justicia, radica en que las resoluciones emitidas por las y los jueces, sean explicadas de tal forma

que facilite la compresión para el auditorio social, tal como lo establece el artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, asegurando a su vez que los ciudadanos reciban una respuesta a una petición concreta.

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

DÉCIMO: DECISIÓN.-

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

a) Conceder la extradición de la ciudadana de nacionalidad colombiana **VIVIANA ANDREA VALLEJO GUTIÉRREZ**, nacida el 10 de julio de 1985, con documento de identificación número 33967179, a fin de que sea entregada a las autoridades del Reino de España, y pueda ser enjuiciada exclusivamente por los hechos descritos en la solicitud formal de extradición y que motivan este proceso;
b) Ratificar la medida cautelar de carácter personal de detención con fines de extradición impuesta en su contra, por lo que deberá permanecer privada de su libertad en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas Regional Sierra Centro Norte Cotopaxi-Latacunga, a órdenes de esta Presidencia, hasta que concluya el procedimiento de extradición en su contra.
c) En virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Extradición, una vez ejecutoriada la presente sentencia notifíquese al señor Presidente Constitucional de la República, así como al señor Ministro del Interior.
d) Hágase saber el contenido de esta sentencia a las autoridades del Estado requirente a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana; a la señora Fiscal General del Estado; al Director del Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas Regional Sierra Centro Norte Cotopaxi-Latacunga, al Jefe de la Unidad Nacional de Interpol; y, a la requerida a través del defensor público.- **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, PRESIDENTE DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.

RESOLUCIÓN DE FÁCIL COMPRENSIÓN.-
El 8 de septiembre de 2021, un Juez de España ordenó la detención de Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez, quien habría cometido varios actos en perjuicio de personas. Luego de conocer que esa ciudadana fue localizada en Ecuador, el 24 de octubre de 2022, España envió una solicitud para que se realice el trámite necesario para que Vallejo, sea trasladada a ese país. Hoy, 7 de diciembre de 2022, resuelvo que Viviana Andrea Vallejo Gutiérrez sea entregada a las autoridades de España para que, cuando se encuentre en ese país, esté presente en el juicio que se sigue en su contra. **Firma:** Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

Gaceta Judicial

año 2022

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

I

Juicio Nro. *13802-2017-00131*
Resolución Nro. *238-2022*
Fecha: *14 de marzo del 2022, las 16h10*

TEMA: Controversias en materia de contratación pública - Resolución de contrato.

ASUNTO

Comparece la compañía JVSEIMEC INGENIERIA CIA. LTDA. y deduce acción contencioso administrativa, solicitando la resolución del contrato No. 2012041, celebrado el 30 de octubre de 2012 entre la EP PETROECUADOR y la compañía TLV ENGINEERING S. A. de C. V. y asumido por JVSEIMEC INGENIERIA CIA. LTDA. mediante cesión de derechos y obligaciones.

La actora solicita que se declare la resolución del mencionado contrato, la ilegalidad de las dos multas que EP PETROECUADOR pretende imponerle por presunto incumplimiento y paralización de los trabajos y que se reconozca el pago de daños y perjuicios por la suma de USD 1´684.293,11.

La empresa pública, en su contestación, refiere que mediante memorando No. 00035-ASC-AJC-2017, el procurador de EP PETROECUADOR emite el criterio legal respecto de la cesión de derechos y obligaciones en relación al contrato No. 2012041 *"Gerenciamiento de trampas de vapor de Refinería Esmeraldas"*, concluyendo que en virtud del marco normativo, esto es, el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como lo estipulado en la Cláusula Décimo Segunda del contrato: *"Cesión de Contratos y Subcontratación"*, existe prohibición expresa de ceder los derechos y obligaciones emanadas del mismo. PETROECUADOR EP postula como principal excepción que existe falta de derecho del actor, ya que no puede requerir la resolución de un contrato del cual no es parte.

La demandante menciona que mediante oficio N° 04817-CCI-OSC-2017 de 24 de febrero de 2017, dirigido al representante legal de TLV ENGINEERING S. A. de C. V., el gerente de refinación de EP PETROECUADOR notifica la decisión de terminar unilateralmente el contrato, por configurarse una serie de incumplimientos, entre los cuales se señaló expresamente el referente a la cesión del contrato, así como el retardo en la ejecución de los trabajos del rubro 2 para la recuperación de condensado, por lo que, al no haberse justificado la mora o remediado el incumplimiento, se habilitó a EP PETROECUADOR a dar por terminado el contrato materia del litigio.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Portoviejo acepta parcialmente la demanda presentada por la compañía JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA, resolviendo declarar la resolución del contrato No. 2012041, por incumplimiento de la entidad contratante de las obligaciones por más de 60 días. De igual forma, declara la ilegalidad de las dos multas que EP PETROECUADOR estableció en contra de la compañía actora, pues si bien a decir de la parte demandada existió un retraso de más de 390 días,

fue contabilizado a través de un cronograma, el cual no fue agregado como prueba dentro de la causa, sino que exclusivamente se reprodujo el contrato, en el cual se establece un plazo general de cinco años, contabilizado desde el inicio de trabajos.

Los jueces añaden que el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prohíbe expresamente al contratista ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato, sin embargo, las autoridades de turno de EP PETROECUADOR consintieron en la cesión realizada entre TLV ENGINNERING S.A. Y JVSEIMEC y, en aceptación de la cesión del contrato, continuaron realizando pagos y demás actos contractuales con la empresa JVSEIMEC, por lo que declaran la responsabilidad de los funcionarios de EP PETROECUADOR que emitieron los informes favorables para que proceda la cesión de derechos del contrato No. 2012041.

Por último, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Portoviejo rechaza la petición de la compañía actora para el pago de daños y perjuicios, por cuanto los mismos no fueron probados dentro del proceso.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 13802-2017-00131

Juez Ponente: Dr. Milton Velásquez Díaz

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

Quito, lunes 14 de marzo del 2022, las 16h10.

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, Fabián Racines Garrido y Patricio Secaira Durango, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 13802-2017-00131:

I. Conformación y competencia de la Sala

1.1. 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.

1.2. 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").

1.3. En este caso, el sorteo electrónico de 24 de junio de 2021 radicó la competencia para resolver el presente recurso de casación en el tribunal conformado por los jueces nacionales Milton Velásquez Díaz (ponente), Fabián Racines Garrido y Patricio Secaira Durango.

II. Antecedentes

2.1 El 27 de marzo de 2017 la compañía JVSEIMEC INGENIERÍA CÍA. LTDA. ("JVSEIMEC") presentó una acción contencioso-administrativa en contra de EP PETROECUADOR y la Procuraduría General del Estado para que se declare (i) la resolución del contrato No. 2012041 por incumplimiento de las obligaciones contractuales de EP PETROECUADOR ("PETROECUADOR) por más de 60 días; (ii) la ilegalidad de las multas impuestas por un total de USD 9'776.228,00; (iii) se ordene el pago de USD 1'684.293,11 más los intereses legales y de mora, y las costas procesales

por concepto de daños y perjuicios; y, finalmente (iv) para el cálculo de los valores totales, se ordene la práctica de una liquidación en la que se incluya el reajuste de precios.

2.2 Mediante sentencia de 27 de noviembre de 2018, las 12h07, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo aceptó parcialmente la demanda y declaró: a. la resolución del contrato No. 2012041, por incumplimiento de la entidad contratante de las obligaciones contractuales por más de 60 días; b. la ilegalidad de las multas impuestas por EP PETROECUADOR; b. sin lugar el pago de daños y perjuicios, por cuanto estos no fueron probados; c. que EP PETROECUADOR pague los valores pendientes en las planillas 32 a 41, más los respectivos intereses; y, d. la responsabilidad de los funcionarios de EP PETROECUADOR que emitieron los informes favorables para que proceda la cesión de derechos del contrato 2012041.

2.3 Contra esta decisión, la Procuraduría General del Estado, PETROECUADOR y JVSEIMEC interpusieron recurso de casación los días 25 de noviembre de 2019, 5 de diciembre de 2019 y 2 de enero de 2020, en su orden. Elevado el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 23 de junio de 2020, el conjuez nacional Javier Cordero López admitió los recursos propuestos por la Procuraduría General del Estado y JVSEIMEC. El primero, por la causal quinta del artículo 268 del COGEP, y el segundo, por la causal tercera *ibídem*.

2.4 En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 272 del COGEP se celebró audiencia de fundamentación del recurso, de manera telemática, el 20 de enero de 2022, a las 16h00; no obstante, esta fue suspendida por la complejidad del caso. La reanudación de la audiencia se llevó a cabo el 17 de febrero de 2022, en la cual por mayoría se resolvió aceptar los recursos de casación interpuestos por la Procuraduría General del Estado y JVSEIMEC, y emitir en su lugar sentencia de méritos. En virtud de lo dispuesto en el artículo 93 *ibídem*, se emite la resolución escrita motivada al tenor de las consideraciones que se expresan a continuación:

III. 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.

IV. Análisis del recurso

a. JVSEIMEC INGENIERÍA CÍA. LTDA.

Análisis de la causal tercera del artículo 268 del COGEP, por cuanto se omitió resolver sobre los puntos de la controversia.

4.1 JVSEIMEC alegó que en la sentencia se omitió resolver sobre la pretensión de reajuste de precios planteada en la demanda, y con ello, se infringió el artículo 92 del COGEP, que dispone: "*Congruencia de las sentencias (…) Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso*". Así mismo, que se inaplicó el artículo 82 de la LOSNCP.

4.2 La incongruencia, según la causal tercera del artículo 268 del COGEP, es un error *in procedendo*, que puede ocurrir en tres situaciones: i. cuando se otorga más de lo pedido (*plus o ultra petita*); ii. cuando se otorga algo diferente a lo solicitado (*extra petita*); y, iii. cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citra petita*).

4.3 En este orden, cuando se analiza este cargo casacional, el tribunal deberá observar la "*inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones previas*" [Santiago Andrade, La casación civil en el Ecuador (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2005) 147].

4.4 Criterio similar ha sido el de nuestra jurisprudencia cuando señaló que: *"[E]l Tribunal de Casación ha de realizar el cotejo o confrontación de la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas, para de allí concluir si el fallo casado se halla conforme con tal contenido o si, por el contrario, hay incongruencia*" [Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 31 de enero del 2001. R.O. No. 289. 21/marzo/2001, pág. 38].

4.5 En el presente caso, el recurrente ha optado por el vicio *citra petita*, que según el tratadista Jorge Cardozo, acaece cuando "*se deja de resolver sobre alguna o algunas de las pretensiones de la demanda o sobre las excepciones*" [Jorge Cardoso, Manual Práctico de Casación Civil (Bogotá: Temis, 1984) 84]. En tal medida, esta Sala procede a examinar el contenido de la demanda propuesta por JVSEIMEC y

la sentencia emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo, en orden de establecer si en la especie se ha incurrido en el vicio acusado.

4.6 Del acto de proposición, se advierte que JVSEIMEC solicitó que "*se ordene que se practique una liquidación por medio de un perito, en la que se incluya el reajuste de precios contemplado en la cláusula 11va del contrato 2012041*" [acápite VI. inciso 6 de la demanda]. Sin embargo, de la revisión de la sentencia recurrida, no se observa que el tribunal *a quo* haya negado o aceptado el reajuste de precios, por cualesquiera consideraciones [acápite TERCERO y parte resolutiva de la sentencia].

4.7 Lo previamente aducido permite constatar que, en efecto, el tribunal de instancia omitió pronunciarse sobre una de las pretensiones de la parte accionante. En consecuencia, se configura el yerro invocado por JVSEIMEC.

4.8 No obstante lo anterior, el cargo relativo a la presunta falta de aplicación del artículo 82 de la LOSNCP, que en esencia regula qué contratos y qué tipo de pagos se sujetarán al reajuste de precios, no resulta procedente que sea atendido por medio de esta causal debido a que en su argumentación el recurrente pretende demostrar que era procedente el reajuste de precios, lo que excede la verificación de la congruencia en la decisión.

b. Procuraduría General del Estado

Análisis de la causal quinta del artículo 268 del COGEP, por errónea interpretación del artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

4.9 La violación directa de la ley por errónea interpretación ocurre "*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 o restringiendo el que realmente ostenta; que es contrario al espíritu de la ley*" [CNJ, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 16 de mayo del 2011, Juicio No. 476-2010-MAS]; o le ha dado un sentido o alcance diferente, sin profundizar en el pensamiento latente en la norma, en el espíritu de la ley y en la intrínseca intención del legislador [Manuel Tama Viteri, *El recurso de casación en la jurisprudencia nacional* (Guayaquil: Edilex, 2010), p. 151].

4.10 En otras palabras, el juzgador selecciona correctamente la norma que se subsume a los hechos materia de la *litis*, pero comete un yerro al interpretar la disposición, atribuyéndole un sentido y alcance, ya restrictivo o extensivo, que no tiene; incurriendo de esta forma, en la violación directa de la ley.

4.11 De otro lado, esta Sala ya ha indicado que cuando se alega la errónea interpretación, 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 el juzgador dio a esa norma, explicando ese razonamiento judicial; iv. explicar el método de interpretación utilizado en la decisión judicial; v. 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; 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 lógico-jurídico que viabilice un entendimiento claro y preciso que demuestre la existencia del vicio acusado y de este modo de infracción. Ello no obsta, por supuesto, a que el tribunal de casación infiera algunos de estos requisitos de la fundamentación del recurso; pues de otra forma, la revisión de estos se convertiría en una tarea en demasía formalista.

4.12 Ahora bien, la norma acusada como erróneamente interpretada, se encuentra prevista en el artículo 78 de la LOSNCP, y dispone: **"***Cesión de los Contratos.-El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato*".

4.13 En relación con esta regla y su interpretación, la entidad pública manifestó:

4.13.1 Que, a pesar de que los juzgadores estimaron que el artículo 78 de la LOSNCP prevé una prohibición expresa, afirmaron que "las autoridades de PETROECUADOR consintieron en la cesión del contrato realizado" y que "en aceptación de la cesión del contrato, continuaron realizando pagos y demás actos contractuales con la empresa JVSEIMEC". Es decir, establecieron que el consentimiento de PETROECUADOR habría dejado sin efecto la prohibición establecida en la ley.

4.13.2 Que, la sentencia le otorgó a dicha norma un alcance y sentido contrario a su espíritu, "*pues por el hecho de que las autoridades de PETROECUADOR hayan consentido en la cesión del contrato, ello no implica que esto no se haya encontrado*

expresamente prohibido por la ley"; siendo de relevancia señalar que los actos que prohíbe la ley no pueden ser convalidados.

4.13.3 Que, la correcta interpretación de la norma debe realizarse en cuanto a su tenor literal, es decir, la expresa prohibición de ceder el contrato público. Sin embargo, para dotarle de un sentido adecuado, y de modo que la proposición jurídica se halle completa, invocó además los artículos 9, 10, 1478, 1480, 1485 y 1699 del Código Civil, en virtud de los cuales, acaecería la nulidad por la prohibición legal; consecuencia que no podía ser convalidada por el juzgador.

4.14 De lo anterior, se observa que la entidad recurrente cumple con señalar la disposición sustantiva infringida, argumentando sobre la pertinencia al caso concreto, puntualizando claramente cuál ha sido la interpretación dada por el tribunal de origen, dando cuenta de las razones de su incorrección, y finalmente, cual es, a su criterio, la hermenéutica correcta de tal disposición. En suma, recoge los requisitos del párr. 4.11 *ut supra*.

4.15 Por su parte, en cuanto a la norma acusada, el fallo recurrido afirmó que:

> "*el art. 78 de la [LOSNCP], prohíbe expresamente al contratista ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato*", pero que "*a pesar de la prohibición antes referida, las autoridades de turno de EP PETROECUADOR, consintieron en la cesión del contrato realizada entre TLV ENGINNERING S.A. y JVSEIMEC*" y, "*en aceptación de la cesión del contrato, continu[ó] realizando pagos y demás actos contractuales con la empresa JVSEIMEC*" [considerando tercero, específicamente los puntos 8, 9 y 10, fj. 3247].

4.16 De acuerdo con estas consideraciones, corresponde a esta Sala examinar la inteligencia del artículo 78 de la LOSNCP. Para ello, se realizará primero una mención conceptual de las normas. Las normas, en general, son proposiciones que expresan un deber ser con relación a conductas o comportamientos [Hernán Salgado, *Introducción al derecho: un esbozo de teoría general del Derecho* (Quito: CEP, 2014) 47]. No obstante, no toda norma tiene el mismo alcance en cuanto a su finalidad y modo de obligar, ya que su mandato puede ir dirigido en diversos sentidos [Jan Sieckmann, *Filosofía y teoría del Derecho* (México: UNAM, 2015, 907]. En cuanto a las normas prohibitivas, estas niegan o impiden ejecutar determinada acción u omisión, de suerte que, sus mandatos o abstenciones han de cumplirse inexorablemente.

4.17 Con estos antecedentes, corresponde determinar, (i) si el artículo 78 de la LOSNCP regula, en efecto, una norma imperativa-prohibitiva, y siendo esto cierto, precisar (ii) si cabía su inaplicación, en virtud de alguna excepción.

4.18 El artículo 78 de la LOSNCP establece que "*el contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato*". Por lo tanto, es innegable que nos encontramos ante una prohibición expresa de hacer.

4.19 No obstante, habrá ocasiones en que una prohibición, resulte inaplicable, ya por coexistir en el ordenamiento jurídico dos normas en contradicción, ya por haberse regulado una excepción a la prohibición. En primer lugar, no existe en el ordenamiento jurídico norma alguna que disponga que la cesión del contrato público se encuentra permitida bajo las regulaciones de la LOSNCP o, al menos, alguna que contenga dicha permisión respecto del contrato en específico. En segundo lugar, la LOSCNP tampoco contiene excepción alguna a la prohibición o requisitos de procedencia para la cesión del contrato.

4.20 Pues bien, dadas estas circunstancias, el supuesto bajo el cual el tribunal *a quo* interpretó permitida la cesión de derechos y obligaciones fue la existencia de consentimiento o autorización previa otorgada por PETROECUADOR y la realización de pagos y demás actos contractuales con JVSEIMEC. No obstante, si analizamos la norma citada desde una interpretación literal, todas las cesiones de contratos públicos sujetos a la LOSNCP se encuentran expresamente prohibidas; y de otro lado, desde una interpretación sistemática, el consentimiento, autorización, ejecución material o pago efectivamente realizado no se configuran como requisitos de procedencia de la cesión del contrato, como tampoco resultan ser excepciones.

4.21 En tal punto, es evidente que los juzgadores le han concedido al artículo 78 de la LOSNCP un sentido y alcance diferente al otorgado por el legislador. No es aceptable la interpretación de un precepto legal en el sentido realizado por el tribunal de origen, que traiga como conclusión que los funcionarios y servidores públicos puedan autorizar la realización de actos prohibidos por nuestra legislación, aspecto también contrario al principio

de vinculación positiva ordenamiento jurídico establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República.

4.22 Por todo lo expuesto, dada la procedencia de los recursos de casación interpuestos por JVSEIMEC y la Procuraduría General del Estado, en virtud de lo previsto en el artículo 273.3 del COGEP, se casa la resolución y se emite en su lugar la sentencia de méritos bajo las siguientes consideraciones:

V. Sentencia de méritos

5.1 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].

5.2 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

5.3 JVSEIMEC pretende que se declare (i) la resolución del contrato No. 2012041 por incumplimiento de las obligaciones contractuales de EP PETROECUADOR ("PETROECUADOR) por más de 60 días; (ii) la ilegalidad de las multas impuestas por un total de USD 9'776.228,00; (iii.) se ordene el pago de USD 1'684.293,11 más los intereses legales y de mora, y las costas procesales por concepto de daños y perjuicios; y, finalmente (iv) para el cálculo de los valores totales, se ordene la práctica de una liquidación en la que se incluya el reajuste de precios.

5.4 El fundamento de derecho de su demanda, lo desarrolló de la siguiente forma:

5.4.1 (1) **Incumplimiento del contrato No. 2012041 por parte de PETROECUADOR**. El demandante alegó que, PETROECUADOR incumplió de manera sistemática el contrato, al punto que al 28 de febrero de 2017 adeuda la suma de USD 1'577.600,00 correspondiente a los trabajos efectivamente ejecutados por JVSEIMEC. El accionante invocó los artículos 1505, 1561 y 1568 del Código Civil, los artículos 95.3 y 4 y 96.1 de la LOSNCP, así como la cláusula 19va del contrato en mención.

5.4.2 (2) **Inexistencia de causal para declarar la terminación unilateral y anticipada del contrato**. Sobre esto, precisó que el Oficio No. 05365-CCI-OSC-2017 de 24 de febrero de 2017, se sustenta en el informe del administrador; documento que fue impugnado, especialmente por las siguientes consideraciones: 1. El plazo del contrato vencía el 16 de noviembre de 2017, faltando 8 meses para su conclusión. 2. Restaba por ejecutar únicamente el 5,32%. 3. La garantía de buen uso del anticipo no se encontraba vigente, pues este fue amortizado en su totalidad. Así mismo que, a la fecha de la presentación de la demanda, se debían 11 planillas.

5.4.3 De igual manera, que los órganos competentes de PETROECUADOR permitieron, viabilizaron y estuvieron de acuerdo con la cesión de los derechos y obligaciones del contrato. El oficio No. 16909-RGER-2013 de 22 de mayo de 20133, es un acto administrativo que gozó de las presunciones de legitimidad y de ejecutoriedad. En tal sentido, señala que "*en el supuesto no admitido que la autorización conferida por la Gerencia de Refinación para la cesión del contrato adoleciera de ilegalidad u otro vicio, ello no podía ser calificado por la entidad que confirió tal autorización, porque ello afectaría el principio de buena fe y seguridad jurídica*". De esta manera, en virtud de la doctrina de los actos propios, los órganos de la institución que emitió la autorización no estarían habilitados para alegar que esta se ejecutó contra ley o cláusula contractual, porque dicha autorización fue aprobada por la Gerencia de Refinación previa emisión de ciertos informes favorables.

5.4.4 En razón de lo anterior, JVSEIMEC no podría ser perjudicada en el supuesto no consentido de que la autorización hubiese vulnerado alguna norma legal o una cláusula contractual. Los únicos responsables serían los funcionarios que viabilizaron y autorizaron la cesión. Seguidamente, indicó que no es aplicable el artículo 64 de la LOSNCP puesto que JVSEIMEC no celebró el contrato. Por lo que no se configuró dicha causal de terminación.

Y que, si bien según el artículo 78 de la LOSNCP, TLV ENGINEERING S.A. se encontraba imposibilitada de ceder los derechos y obligaciones del contrato; esta prohibición fue levantada por la propia entidad contratante, por razones de interés público. De acuerdo con esto, la cesión del contrato no constituye causal para su terminación.

5.4.5 De ahí, la parte demandante se refiere a las multas impuestas por PETROECUADOR, y su presunta ilegalidad. Respecto la primera, que la empresa pública aplicó una causal inexistente, pues no hubo suspensión de los trabajos por decisión del contratista por más de 60 días. En cuanto la segunda, lo propio, es decir, que no hubo retraso en la ejecución del trabajo. En tal sentido, no hubo causales para la terminación unilateral del contrato.

5.4.6 (3) **El informe de la CGE no recomendó la terminación unilateral y anticipada del contrato, ni la imposición de otras multas a parte de las ya cobradas.**

b. Contestación a la demanda

5.5 En relación con la pretensión de la demanda, PETROECUADOR realizó las siguientes consideraciones:

5.5.1 TLV ENGINEERING celebró una cesión del contrato público a favor de JVSEIMEC inobservando y contraviniendo lo estipulado por las partes en este. La cesión del contrato, por tanto, carece de legalidad en todos sus aspectos y no posee validez jurídica alguna. Por lo que, la compañía actora no puede solicitar la resolución de un contrato del cual no es parte, en virtud de que la cesión de derechos realizada a su favor, es nula y así debe ser declarada en sentencia.

5.5.2 Respecto los daños y perjuicios, señaló que la indemnización solicitada no guarda relación con los hechos y argumentos expuestos en la misma; no existe conexión lógica, por lo que no se puede establecer con precisión qué se demanda.

5.5.3 Por último, plantea como excepciones previas la incompetencia del juzgador, la falta de legitimación en la causa, negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho y falta de derecho del demandado y, en consecuencia, la improcedencia de la acción.

c. Consideraciones de la Sala

5.6 Respecto la fundamentación de las excepciones previas, esta Sala hará uso de la figura conocida como motivación por relación 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, esta Sala encuentra adecuada y concuerda con la fundamentación realizada por el tribunal de instancia respecto de las excepciones previas.

5.7 El objeto de la controversia se delimitó de la siguiente forma: "*Establecer la procedencia o no de la resolución del contrato No. 2012041 celebrado el 30 de octubre de 2012 entre la EP PETROECUADOR y la compañía TLV ENGINEERING S.A. contrato respecto del cual JVSEIMEC INGENIERÍA CÍA. LTDA. asumió todos los derechos y obligaciones derivados de dicho contrato; así mismo, se establezca la procedencia o no de las multas establecidas por parte de PETROECUADOR en contra de JVSEIMEC CÍA. LTDA.; así como analizar la procedencia de la petición de daños y perjuicios*".

5.8 Para el examen de la prueba relevante para resolver, también se hará uso de la motivación *per relationem*, considerando lo desarrollado en el acápite TERCERO, desde el punto 3.1 hasta el 3.29 de la sentencia subida en grado.

1. Control de juridicidad como atribución de la jurisdicción contencioso-administrativa.

5.9 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].

5.10 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].

5.11 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]

5.12 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*".

5.13 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****"*.

5.14 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 01803-2019-00258, 17811-2013-0648, entre otros.

5.15 En tal contexto, esta Sala estima procedente, en virtud de los artículos 300 y 313 del COGEP, y en cumplimiento de su deber revisor de la legalidad, examinar la juridicidad de la autorización que el ente administrativo confirió para la suscripción del contrato de cesión realizado entre TLV ENGINEERING y JVSEIMAC, mediante Oficio No. 160909 de 22 de mayo de 2013, suscrito por el Gerente de Refinación Carlos Pareja Yannuzzelli. Ello, por las siguientes consideraciones.

5.16 El objeto de la controversia se delimitó de la siguiente manera:

> "*Establecer la procedencia o no de* ***la resolución del contrato*** *No. 2012041 celebrado el 30 de octubre de 2012 entre la EP PETROECUADOR y la compañía TLV ENGINEERING S.A. contrato respecto del cual JVSEIMEC INGENIERÍA CÍA. LTDA. asumió todos los derechos y obligaciones derivados de dicho contrato; así mismo, se establezca* ***la procedencia o no de las multas*** *establecidas por parte de PETROECUADOR en contra de JVSEIMEC CÍA. LTDA.; así como analizar la* ***procedencia de la petición de daños y perjuicios****"* [acápite 2.4 de la sentencia impugnada].

5.17 Bajo dicho escenario, se advierten tres puntos objeto de la controversia: i. la resolución del contrato, ii. la ilegalidad de las multas y iii. los daños y perjuicios. En cuanto al primero, y como se advierte del mismo objeto de la controversia, uno de los antecedentes de la resolución del contrato, es precisamente la cesión de derechos y obligaciones del contrato público, que ocurrió como consecuencia

de la autorización emitida por el Gerente de Refinación. Así mismo, la ilegalidad de las multas impuestas a JVSEIMEC, tienen como antecedente la cesión del contrato público y su previa autorización, pues únicamente en virtud de esta, habrían adquirido las obligaciones que permitirían la imposición de multas.

5.18 En tales circunstancias, resulta evidente que el acto sobre el cual se pretende la revisión de legalidad es un antecedente de las actuaciones impugnadas, y se encuentra vinculado con los puntos sobre el cumplimiento del contrato público y la ilegalidad de las multas impuestas en contra de la demandante. Por lo tanto, procede su análisis.

5.19 Además de ello, tanto en la demanda, como en la contestación a la misma, las partes han realizado consideraciones expresas respecto de la cesión de los derechos y obligaciones del contrato público y por su puesto, de la autorización, lo que ratifica la legitimidad de la revisión del acto.

5.20 En este sentido, la parte accionante mencionó: "*JVSEIMEC no podría ser perjudicada en el supuesto no consentido de que la autorización hubiese vulnerado alguna norma legal o una cláusula contractual*"; "*El oficio No. 16909-RGER-2013 de 22 de mayo de 20133, es un acto administrativo que gozó de las presunciones de legitimidad y de ejecutoriedad*"; "*en el supuesto no admitido que la autorización conferida por la Gerencia de Refinación para la cesión del contrato adoleciera de ilegalidad u otro vicio, ello no podía ser calificado por la entidad que confirió tal autorización*. Por su parte, la entidad demandada alegó: "*TLV ENGINEERING celebró una cesión del contrato a favor de JVSEIMEC inobservando y contraviniendo lo estipulado por las partes en este. La cesión del contrato, por tanto, carece de legalidad en todos sus aspectos y no posee validez jurídica alguna*".

2. Control de legalidad del acto contenido en el Oficio No. 16909 de 22 de mayo de 2013, emitido por el Gerente de Refinación de PETROECUADOR.

5.21 La competencia, en general, es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el ordenamiento jurídico positivo; es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que **un órgano puede y debe ejercer legítimamente**. Siendo relevante señalar que, en derecho público, la competencia es la excepción y la incompetencia la regla [Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Hispania Libros, 2009) 345].

5.22 En la misma línea, enseña Balbín, que las competencias deben surgir de un mandato positivo de la Constitución y/o la ley en términos expresos o razonablemente implícitos [Carlos Balbín, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: La Ley, 2015) 45]. Sobre esto último, naturalmente las normas jurídicas no pueden regular expresamente todas las competencias de sus órganos que resulten necesarias para el cumplimiento de sus fines; por lo que se hacen necesarios otros criterios de reconocimiento de competencias [Carlos Balbín *Tratado de derecho administrativo Tomo II*, (Buenos Aires: La Ley, 2015), 29].

5.23 Por tal razón, a decir de Comadira "*los criterios vigentes se pueden reconducir, en lo sustancial, a los siguientes: el principio de especialidad proyectado desde el Derecho Privado y el que en doctrina se ha dado en llamar postulado de permisión amplia, de acuerdo con el cual la competencia resulta no sólo de los poderes expresos conferidos por la norma, sino, también, de los que pueden derivarse de ella como razonablemente implícitos en aquellos*". [Julio Rodolfo Comadira, "Los criterios para determinar el alcance de la competencia de los órganos y entes del Estado" en AA.VV., *Organización Administrativa, función pública y dominio público* (Buenos Aires: RAP, 2005), 35].

5.24 En relación con lo anterior, el Código Orgánico Administrativo ("COA") precisa: *"[las] competencias nacen de la ley y las ejercen los servidores públicos*" [COA, art. 49] y que "*la competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado*" [COA, art. 65]. De las competencias implícitas se ocupa el artículo 67 del mismo cuerpo normativo, que dispone: "*El ejercicio de las competencias asignadas a los órganos o entidades administrativos incluye, no solo lo expresamente definido en la ley, sino todo aquello que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones*".

5.25 En cuanto a la competencia en razón de la materia, la doctrina ha dicho con acierto que esta "*se refiere a las actividades o tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano, es decir, al objeto de los actos y a las situaciones de hecho ante las que puede dictarlos*" [Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013) 312]

5.26 El acto administrativo contenido en el Oficio No. 16909 de 22 de mayo de 2013, emitido por el

Gerente de Refinación [fj. 18 del proceso] **autorizó** a "*TLV ENGINEERING S.A. para que ceda la totalidad de los derechos y obligaciones bajo el contrato de [gerenciamiento de trampas de vapor], a favor de la compañía ecuatoriana JVSEIMEC*" con fundamento en los criterios favorables emitidos por el Administrador del Contrato No. 2012041, el Superintendente de Refinería Esmeraldas y el Coordinador de Asesorías y Contratos de la Gerencia de Refinación, ante la expresa solicitud realizada por TLV ENGINEERING.

5.27 Bajo tal supuesto, corresponde examinar si la Gerencia de Refinación tenía, al momento de la emisión del acto administrativo, la competencia material para autorizar la cesión de derechos y obligaciones del contrato público.

5.28 Es de resaltar, en primer punto, que el contrato público firmado por TLV ENGINEERING y PETROECUADOR contenía en su cláusula decimosegunda la siguiente prohibición: "*12.1 La Contratista no podrá ceder, asignar o transferir en forma alguna ni todo ni parte de este Contrato*" [fj. 9]. Por lo que, la cesión del mismo no se encontraba permitida, como tampoco sujeta a condición alguna.

5.29 Así mismo, y en relación con lo anterior, la ley bajo la cual se regía el contrato público No. 2012041 -LOSNCP-, no regula el procedimiento y/o al menos las circunstancias bajo las cuales podría ocurrir la cesión del contrato público; de hecho, lo único que regula es la prohibición del mismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 78 de la LOSNCP.

5.30 Por consecuencia de ello, no existe en el mentado contrato, como tampoco en la ley, requisitos o condiciones de procedencia para la cesión de los contratos públicos regulados en la LOSNCP, como por ejemplo, la necesidad de autorización previa y expresa, el cumplimiento de un porcentaje de la obra, etc.

5.31 Esto tiene al menos dos razones de ser, y es que (i) al Estado le interesa de sobremanera con quien contrata, es decir, si este cumple con determinadas cualidades, tanto materiales como económicas, para la ejecución de una obra, o la prestación de un servicio, de modo que se cumpla con la finalidad pública; lo que podría coartarse si se permite la modificación subjetiva sin mayor reparo; y, por otro lado, aunque siempre vinculado, (ii) busca impedir que terceros evadan los procesos contractuales.

5.32 Es verdad que algunos países permiten actualmente la cesión de derechos y obligaciones de los contratos públicos, bajo el fundamento de la "protección del resultado de la licitación". Sin embargo, no han sido ajenos a las demás razones, de modo que han regulado de forma especial y exigente la procedencia de la cesión de contratos. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 9/2017 de España[1].

5.33 Lo anterior, permite advertir que, si bien otros ordenamientos jurídicos permiten la cesión del contrato, cumpliéndose ciertos requisitos, dentro de los cuales podría encontrarse la autorización previa y expresa del órgano adjudicador, nuestro legislador ha optado por la prohibición expresa de esta posibilidad, en todos los supuestos, y sin excepción alguna. De modo que su voluntad, por sujeción a la ley, debe ser observada.

5.34 En consecuencia, tanto en el contrato público firmado por las partes, como en la Constitución y en la ley, no se regula la competencia de la empresa adjudicadora, o cuanto menos, del órgano a cargo, para el otorgamiento de autorizaciones de cesión de contratos públicos. De modo que resulta indudable que la Gerencia de Refinación emitió un acto administrativo sin competencia legal, específicamente en razón de la materia, pues ejercitó una facultad para la cual no se encontraba legitimada. Tampoco se podría alegar una competencia implícita, dado que la cesión del contrato se encontraba expresamente prohibida.

5.35 Por todo lo expuesto, dado que la competencia en lo administrativo nace de la Constitución y/o la ley, y es de orden público [Gaceta Judicial.

1 a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. Dicha autorización se otorgará siempre que se den los requisitos previstos en las letras siguientes... b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato…c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar. d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública"

Serie XVI, No. 1, año 1994, p.161], todo acto dictado sin competencia resulta viciado de nulidad absoluta. Por consiguiente, se declara la nulidad del Oficio No. 16909 de 22 de mayo de 2013, emitido por el Gerente de Refinación de PETROECUADOR.

5.36 En este punto, cabe indicar que la teoría de los actos propios -y el principio de buena fe- invocada por JVSEIMEC, según la cual los administrados no pueden perjudicarse de los errores u omisiones cometidos por la Administración en los respectivos procedimientos administrativos, no resulta aplicable al caso concreto, por cuanto un acto viciado de nulidad absoluta no puede ser subsanado o convalidado bajo ningún supuesto.

5.37 Finalmente, corresponde analizar los efectos de la nulidad de la autorización de la cesión del contrato público. Por lo que, para comprender su alcance, haremos una breve mención conceptual de los contratos de cesión.

5.38 El objeto general de este contrato es la cesión de la situación jurídica surgida de un contrato para una de las partes y que incluye el conjunto de derechos y obligaciones que tiene respecto este [Documentación Administrativa, Escuela Nacional de Administración Pública, *La cesión del contrato de obras*, 1968, núm. 121, 103]. De acuerdo con ello, la cesión del contrato implica la transmisión de la relación contractual en su integridad, que sin afectar la vida y virtualidad del contrato que continúa en vigor, mantiene sus derechos y obligaciones con los que son nuevos contratantes y la primitiva relación se amplía a un tercero. Su esencia es, en realidad, la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual [STS de España, Sala de lo Civil. Sentencia de 22 de mayo de 2014, núm. 287/2014].

5.39 Entonces, la cesión de un contrato comporta i. una transmisión a un tercero de una situación jurídica, o de una relación contractual, que incluye la totalidad de los derechos y obligaciones del contrato base; ii. no se configura como un nuevo contrato, y en tanto, no se produce la novación; y, iii. como consecuencia del anterior, acaece exclusivamente una modificación subjetiva del contrato originario.

5.40 En este tipo de contratos existen tres partes afectadas: el cedido -Estado-, el cedente -adjudicado- y el cesionario -tercero-; y siendo un negocio trilateral, precisa el consentimiento de todos ellos [Xavier Codina, *La modificación de los contratos del sector público* [Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019) 294]. Es por ello que, cuando el ordenamiento jurídico **permite** la cesión del contrato público, la autorización emitida por la Administración no solo funge como requisito legal, sino que resulta ser una condición *sine qua non* para la celebración del contrato privado de cesión. Bajo tal escenario, cuales serían, entonces, los efectos de la falta de autorización de la cesión del contrato.

5.41 Según doctrina calificada en la materia, la autorización otorgada por la Administración en estos casos, no se configura como mero requisito de eficacia del contrato, sino como un requisito de perfección del mismo. De suerte que, la ausencia de esta provocaría que sobre el contrato de cesión no ocurran en rigor consecuencias jurídicas, pues el contrato base o primario (contrato público) en su configuración originaria subsistiría inalterado [Ernesto García Trevijano, *La cesión del contrato administrativo y otras figuras a* fines, Revista de Derecho Administrativo, (7), 2009, 53-68]. Es decir, la falta de declaración de la voluntariedad implicaría que la subrogación del cesionario no tenga lugar [Documentación Administrativa, Escuela Nacional de Administración Pública, *La cesión del contrato de obras*, 1968, núm. 121, 110] o, dicho de otro modo, que no surta efectos en el contrato público.

5.42 En el presente caso, la empresa pública contratante emitió una autorización viciada de nulidad absoluta, con efectos *ex tunc*. Por lo tanto, al retrotraer sus efectos, dicha autorización se tiene por no emitida; con lo cual, el contrato de cesión suscrito entre TLV ENGINEERING S.A. y JVSEIMEC carece de efectos en cuanto a la modificación subjetiva del contrato base de gerenciamiento de trampas de vapor, lo que significa que JVSEIMEC nunca subrogó al cedente en sus derechos y obligaciones respecto del contrato público, quedando este inalterado. Ello, valga mencionar, sin perjuicio de los efectos que como contrato entre privados pueda tener entre los contrayentes.

5.43 Por consecuencia de lo anterior, al no existir relación contractual entre PETROECUADOR y JVSEIMEC, no pueden prosperar las pretensiones relacionadas con la resolución del contrato, como tampoco los daños y perjuicios provenientes del mismo. Por las mismas consideraciones, dado que JVSEIMEC no subrogó a TLV ENGINEERING,

mal podría imponérsele las sanciones estipuladas para un sujeto diferente.

5.44 Bajo esta línea, además, la consecuencia del retrotraimiento de los efectos del acto viciado de nulidad, en virtud del artículo 1704 del Código Civil, otorga a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto; es decir, previo a la ilegal autorización de cesión y la subrogación en el contrato público. Debe recordarse, pues, que la nulidad del acto suprime únicamente sus consecuencias jurídicas, la supresión de esas consecuencias materiales producidas por la ejecución del acto anulado resultan de restituciones.

5.45 Ahora bien, según lo previsto en los artículos 1484 y 1704 del Código Civil, las restituciones tienen, sin embargo, al menos una excepción: la irrepetibilidad de lo dado o pagado, cuando a sabiendas, se celebró un acto con objeto o causa ilícita. Sobre esta cuestión, la jurisprudencia extranjera ha dicho:

> "*no pueden tener derecho a los restablecimientos ajenos, cuando el mismo emana de un objeto o causa ilícita que ellas conocieron, porque la restricción dispuesta en aquel al no permitir que pueda repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilegales, como ha dicho la Corte, es de un gran contenido ético fundado en el principio clásico que impide sacar provecho o repetición de su propia torpeza o dolo*" [CSJ, cas. civ., citada en sent. 04/10/1982, *G. J.*, t. CLxv, p. 215]

5.46 Lo que se pretende, naturalmente, es 'sancionar' al o los intervinientes que, a conciencia, celebraron un acto jurídico con medios y fines contrarios a derecho; la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tienen como base la ilicitud [Aida Hernández, *Las restituciones mutuas en la contratación estatal*, en Fallos referentes en contratación estatal (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020) 491].

5.47 En este escenario, corresponde analizar si en el caso concreto, caben las restituciones. Para ello, se examinará en primera instancia, (i) la ocurrencia o no de objeto o causa ilícita, y de ser esto procedente, (ii) si las partes actuaron a sabiendas del vicio.

5.48 Primero, hay objeto ilícito, en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano [CC, art. 1478]. Así, sobre la emisión de una autorización para la cesión de un contrato público que, expresamente se encuentra prohibida por el artículo 78 de la LOSNCP, existe objeto ilícito. No se advierten, por el contrario, causas ilícitas en el acto.

5.49 Segundo, habiendo objeto ilícito sobre el acto, es menester verificar si las partes que intervinieron en el mismo sabían o conocían del vicio que provocó la nulidad. Para este fin, conviene en primer lugar desarrollar el enunciado "a sabiendas". Según la RAE, este adverbio significa "de un modo cierto", "a ciencia segura", "con conocimiento y deliberación". Ello indica, según autorizada jurisprudencia, "*que se requiere un conocimiento objetivo o conocimiento real frente a determinado hecho*" [CSJ de Colombia, cas. civ. sent. 22/01/1971, cit., pp. 42-52].

5.50 Resulta evidente que, a pesar de que el artículo 6 del Código Civil prevé una presunción de derecho, en el sentido de que *"[la ley] será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde [su promulgación]*", la calificación de su conocimiento -a sabiendas- por una de las partes, deberá ser verificable, además, bajo otros presupuestos; pues de otra forma, toda contravención a una prohibición legal que ocasione la nulidad, por el mero hecho de 'presumirse su conocimiento' podría resultar en la sanción prevista en el artículo 1484 *ibídem*; cuando ello no resulta proporcional.

5.51 No obstante, cuando se trata de personas que intervienen normalmente en la contratación pública, o en todo caso, buscan hacerlo de alguna manera, el conocimiento real sobre las normas que regulan las relaciones jurídicas que pretenden adquirir, vía un determinado acto o contrato, es innegable y por tal, injustificable.

5.52 En el caso concreto, tenemos que el artículo 78 de la LOSNCP regula la prohibición de cesión del contrato, en cualquier supuesto, y sin excepción alguna. Pero además de ello, dentro del contrato No. 2012041, las partes incluyeron una cláusula expresa de no cesión del contrato, no sujeta a excepción alguna; lo que ratifica el conocimiento que sobre la prohibición se llegó a tener. En tal sentido, resulta incuestionable que, tanto el Estado, como TLV ENGINEERING y JVSEIMEC, conocían objetivamente del vicio en el acto de autorización.

5.53 El conocimiento de PETROECUADOR es evidente, dado que la empresa pública normalmente suscribe contratos públicos, conoce de la norma que regula la contratación pública, y con

base en dicho conocimiento, pactó una cláusula de no cesión en el contrato público. Lo mismo respecto de TLV ENGINEERING, pues la adjudicada suscribió el contrato dentro del cual expresamente se prohíbe la cesión.

5.54 Finalmente, en cuanto a JVSEIMEC, también es absoluto su conocimiento, puesto que, si bien en principio no formó parte del contrato, cuando su intención y voluntad fue ingresar a la relación jurídica con el Estado, estuvo al tanto de que lo haría por medio de una determinada figura: la cesión del contrato; y, como bien se indicó, el contrato público contiene una prohibición de cesión del mismo, y aun sabiendo que subrogaría al contratista, precisamente bajo dicha figura, decidió aceptar la autorización viciada con la finalidad de beneficiarse del contrato estatal. No resulta verosímil, cuanto menos, que la persona que busca reemplazar a otra, en los derechos y obligaciones de un determinado contrato, no revise sus cláusulas, y peor aún, sus prohibiciones.

5.55 Por las consideraciones expuestas, y dado que las partes conocieron del objeto ilícito, no se otorgan las restituciones a favor de los mismos. En razón de lo mencionado precedentemente, debe insistirse en que al no existir relación contractual administrativa entre JVSEIMEC y PETROECUADOR, no prosperan las pretensiones sobre obligaciones de dar relacionadas con el vínculo contractual. No obstante, lo expuesto en el presente fallo no implica ningún pronunciamiento sobre cualquier otra pretensión de carácter pecuniario entre los litigantes. Por lo tanto, quedan a salvo los derechos para que JVSEIMEC plantee las reclamaciones que considere pertinente, pues esta Sala reconoce la existencia de actividades de carácter material ejecutadas por la empresa en mención.

5.56 Por último, respecto de la nulidad del contrato público, así como del contrato de cesión inter privados, este tribunal se encuentra impedido de pronunciarse, debido a que la nulidad del primero no ha sido solicitada y el control de legalidad se ejecutó en una etapa posterior; y, en cuanto al segundo, la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene la competencia para su examen de oficio y declaración.

VI. Decisión

6.1. 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** los recursos de casación interpuestos por JVSEIMEC CÍA. LTDA. y por la Procuraduría General del Estado, y por lo tanto decide **casar** la sentencia de 27 de noviembre de 2018, las 12h07, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo.

6.2 En virtud del artículo 273.3 del COGEP, se declara parcialmente con lugar la demanda, en los términos señalados en los párrafos 5.35, 5.43, 5.55 y 5.56 de la presente sentencia. Por lo tanto: 1. En mérito del artículo 300 y 313 del COGEP, se declara la nulidad del Oficio No. 16909 de 22 de mayo de 2013, por falta de competencia. 2. Se declara que el contrato de cesión no se perfeccionó y, por lo tanto, no tuvo efectos sobre el elemento subjetivo del contrato administrativo base, quedando el contrato público inalterado; sin perjuicio de los efectos que dicho acto jurídico tuviere en la esfera del derecho privado. Por consecuencia de lo anterior: 2.1. Se rechaza la resolución del contrato y los daños y perjuicios, por cuanto no existe relación contractual entre PETROECUADOR y JVSEIMEC; y, 2.2. Se dejan sin efecto las multas impuestas en contra de JVSEIMEC, por idénticas razones. 3. Se rechazan los demás pagos exigidos. 4. Se deja a salvo los derechos de los que la parte se crea asistida en relación con las actividades materiales realizadas. 4. Remítase lo actuado a la entidad competente, para que inicie en contra de los servidores públicos que viabilizaron y otorgaron la autorización de cesión del contrato, los procedimientos sancionatorios pertinentes. Notifíquese, publíquese y devuélvase. -

f) Dr. Milton Velásquez Díaz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Patricio Secaira Durango, JUEZ NACIONAL; Dr. Fabián Racines Garrido, JUEZ NACIONAL.

VOTO SALVADO

Juez: Dr. Patricio Secaira Durango

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
Quito, lunes 14 de marzo del 2022, las 16h10.
VISTOS:
1.- AVOCO: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución 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. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional, quien actúa como Juez ponente en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial. **b)** Dr. Milton Velásquez Díaz (ponente) 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)** Fabian Racines Garrido ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021; **d)** Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el No. **13802-2017-00131**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, para lo cual se considera:
2.- ANTECEDENTES:
2.1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario, con sede en el cantón Portoviejo, expidió la sentencia de 27 de noviembre de 2018, las 12h07, dentro de la causa signada con el No. **13802-2017-00131**, promovido por la empresa JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA.; en contra de la empresa pública EP PETROECUADOR y de la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, por la cual se acepta parcialmente la demanda y declaró la resolución del contrato No. 2012041, por incumplimiento de la entidad contratante, que ahora es la casacionista; así como de las multas que le han sido impuestas a la demandada, declarando sin lugar el pago de daños y perjuicios por no habérselos probado; ordenando que la entidad contratante pague a la actora los valores pendientes que corresponden a las planillas 32 a 41, más los correspondientes intereses; y, declara la responsabilidad de los funcionarios de EP PETROECUADOR, que emitieron los informes favorables para que proceda la cesión del mencionado contrato.
2.2 RECURSO: La empresa JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA.; EP PETROECUADOR y la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, han interpuesto sendos recursos de casación en contra de la sentencia antes identificada.
2.3. ADMISIÓN: El Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 23 de junio de 2020 de, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por:
a) La Procuraduría General del Estado, por la causal quinte del artículo 268 del COGEP, por el yerro de errónea interpretación del artículo 78 de la Ley Orgánica el Sistema Nacional de Contratación Pública.
b) La empresa JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA., por la causal tercera del mismo artículo por citra petita.
c) Inadmite el recurso interpuesto por la empresa pública EP PETROECUADOR.
3.- COMPETENCIA: La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 270 del COGEP. Es de señalar que la audiencia de sustentación de recurso de casación se realizó el 17 de enero de 2022 a partir de las 15h00, conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del Código Orgánico General de Procesos; diligencia en la cual el casacionista sustentó su recurso de casación relativo a la causal y vicios admitidos, sin que haya intervención de otra parte procesal, en razón de que el auto recurrido inadmite de entrada la demanda presentada. Luego del debate pertinente, la Sala Especializada hizo su pronunciamiento oral.

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

5.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto, materia del recurso, emitidas por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo o contencioso tributario, así como por las salas de las cortes provinciales. La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, que entre los propósitos sustanciales de la casación, se encuentra el control efectivo de la legalidad de las sentencias de única y de última instancia, que provengan de tribunales distritales y cortes provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; control que se orienta a la indispensable unificación de la jurisprudencia y, desde luego, a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico pertinente; es por eso que el recurso de casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia (Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015).

6.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en la parte considerativa de su sentencia, luego del análisis de la prueba aportada por las partes estimó, principalmente, que:

> *Con lo cual de la revisión de las pruebas que fueron practicadas, este Tribunal ha podido establecer: 1.- Respecto a la nulidad de la cesión del contrato, este Tribunal ya se pronunció al respecto en la respectiva audiencia preliminar, por haber sido una de las excepciones previas planteadas por parte de la autoridad demandada. En tal virtud, este Tribunal no tiene nada que manifestar al respecto. 2.- Que a fs. 573 obra el Memorando No. 00066-TES-2017, de fecha 15 de marzo de 2017, suscrito por la señora Carla Arellano V., Subgerente de Finanzas Enc. Dirigido al Procurador y Subprocurador de Asesoría y Contratos. Cuyo asunto es: Criterio para Pagos, y en su parte pertinente establece: La Jefatura Corporativa de Tesorería en cumplimiento del Procedimiento Formulación de Requerimientos de Fondos de las Gerencias de la Empresa y Aprobación del Flujo de Caja, a través de la Subgerencia de Finanzas, ha enviado a la Gerencia General para conocimiento y autorización los flujos semanales con el detalle de pagos propuestos, sin embargo, por la situación que se ha presentado dentro de EP PETROECUADOR y con el fin de salvaguardar los intereses empresariales no se han aprobado pagos para las siguientes empresas, entre otras JVSEIMEC INGENIERIA CIA. LTDA. y WORLEY PARSON. Con este antecedente, agradeceré, se instruya a ésta Subgerencia respecto a los argumentos jurídicos y como proceder en lo que respecta a los pagos de los diferentes contratos suscritos con las empresas antes señaladas, estableciéndose de esta manera una decisión unilateral por parte de EP PETROECUADOR, en no realizar pagos pendientes a la compañía JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA.*
>
> *3.- Que ha quedado demostrado que el anticipo recibido por la contratista fue amortizado en la planilla 3 hecho que no ha sido controvertido, sino más bien aceptado por la parte demandada.*
>
> *4.- Que no se ha demostrado dentro de la presente causa el sustento de la multa que se pretende establecer en contra de la compañía actora, en razón de que su sustento se basa en un supuesto componente relacionado con las trampas de vapor, el cual a decir de la parte demandada tiene un retraso de más de 390 días, se señala que este retraso lo contabilizan a través de un cronograma, el cual no fue agregado ni reproducido como prueba dentro de la presente causa. Reproduciéndose exclusivamente el contrato, en el cual se establece un plazo de cinco años contabilizado desde el inicio de trabajos. Al no haberse practicado este cronograma como prueba dentro del presente juicio, no se puede establecer la procedencia de una multa.*
>
> *5.- Que respecto a la segunda multa, se ha señalado que su sustento para imponerla es que ha habido paralizaciones en el año 2013. Sin considerar que la no entrega de los libros de obra es muy distinto a la paralización de la obra, Sobre este aspecto ya se impuso una multa, y esa multa ya fue pagada.*

6.- Que los cambio de administradores del contrato, ha sido un inconveniente por cuanto los diferentes administradores no han querido avalar o legitimar lo que habían hecho los administradores anteriores, y no por cuestiones de carácter técnico, sino porque fueron trabajos que se realizaron con anterioridad a sus gestiones y no me podían pronunciar al respecto, lo cual es una situación aplicable exclusivamente a EP PETROECUADOR, estableciéndose de esta manera que desde la planilla 13 a la 31, todas las planillas fueron pagadas con retraso. Y desde la 32 a 41 ya no se pagó valor alguno.
7.- El art. 1454 del Código Civil, define por el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas. En tal virtud se establece que tanto la contratante como la contratista tienen obligaciones y derechos mutuos. Por lo que no cabe alegar el incumplimiento de la parte contractual, si la otra parte no ha cumplido con sus obligaciones.
8.- Que el art. 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prohíbe expresamente al contratista ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato.
9.- Que a pesar de la prohibición antes referida, las autoridades de turno de EP PETROECUADOR, consintieron en la cesión del contrato realizada entre TLV ENGINNERING S.A. Y JVSEIMEC.
10. -Que las autoridades de PETROECIUADOR, en aceptación de la cesión del contrato continuaron realizando pagos y demás actos contractuales con la empresa JVSEIMEC.
11.- Que el artículo 328 del Código Orgánico General de Procesos, establece que en los casos en que la sentencia declare la responsabilidad de las austeridades, servidoras o servidores públicos en el desempeño de sus cargo o las personas de derecho privado que ejerzan potestad publica en virtud de concesión o delegación a la iniciativa privada, se ordenara que se inicie el proceso de repetición contra aquellos, quienes tendrán responsabilidad solidaria hasta la solución total de la obligación".

7.- FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS:

7.1 El recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado, por la causal quinta del artículo 268 del COGEP, por el yerro de errónea interpretación del artículo 78 de la Ley Orgánica el Sistema Nacional de Contratación Pública, sostiene que:

En los numerales 8, 9 y 10 de la sentencia recurrida, se expone que el artículo 98 de la Ley Orgánica el Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), prohíbe al contratista ceder sus derechos y obligaciones contractuales y que, pese a ello las autoridades de EP PETROECUADOR, consistieron para que se produzca la cesión realizada entre TLV ENGINNERING S.A. y JVSEIMMEC; y que, esa empresa pública en aceptación de la cesión continuaron realizando pagos y demás actos contractuales con la empresa JVSEIMMEC; incurriendo, los juzgadores en errónea interpretación del artículo 78 de la LOSNCP, pues dan un alcance distinto a la norma al dar valor a los hechos descritos, pretendiendo dar una consecuencia que no tiene ese norma jurídica; puesto que, por el hecho de las actuaciones de la administración no significa la convalidación de un acto nulo, conforme los artículos 9, 10, 1478, 1480, 1485 y 1699 del Código Civil

7.2 El recurso de casación interpuesto por la JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA., por la causal tercera del mismo artículo por el yerro de citra petita, quien afirma que el fallo recurrido no ha resuelto todos los puntos controvertidos, dejando de aplicar el artículo 92 del COGEP; pues, pese haberse reclamado en la demanda el pago del reajuste de precios pactado en el contrato, el fallo que ataca no emitió pronunciamiento alguno al respecto, sin considerar además el derecho previsto en el artículo 82 de la LOSNCP y en la cláusula 11ra. del contrato.

8. ANÁLISIS Y MOTIVACIÓN:

8.1 Respecto al recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado (PGE):

8.1.1 Sobre la causal invocada y el yerro denunciado:

La causal invocada establece, como causal quinta del artículo 268 del COGEP, integrando tres yerros provocadores de casación, en caso de que se cumplan sus exigencias; la causal ordena:

> *"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".*

De ellas, la PGE sostiene, que la sentencia recurrida está viciada por errónea interpretación del

artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual ordena:

Art. 78.- Cesión de los Contratos.- El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato.

Mediante esta causal es factible la imputación del yerro, *in iudicando jure*, de la sentencia reprochada, lo que implica la denuncia de violación directa de norma jurídica sustantiva en razón de que en dicha resolución judicial, no se subsumen los hechos probados en juicio, dentro de la norma material llamada a dar solución a la controversia que ha sido sometida a la decisión judicial

Una de las características propias de esta causal, de violación directa de normas sustantivas, es que los vicios contenidos en ella, proscriben toda posibilidad de que el casacionista pueda hacer consideración o referirse de alguna manera a los hechos establecidos en el desarrollo del proceso; en razón de que la existencia del yerro, parte de la consideración de que las partes no hacen objeción alguna de tales hechos pues han dado como válidas las apreciaciones estructuradas por los juzgadores emisores de la sentencia materia del recurso de casación, relativas a la formación del precedente fáctico al cual han aplicado, o no, las disposiciones jurídicas que se denuncian como infringidas.

Afirma Humberto Murcia Ballén que: *"Como lo ha anotado la doctrina el error in iudicando se produce en la inobservancia del deber que le asiste al juez al sentenciar secundum jus; de ahí que en tal supuesto de hable de error de juicio, o de yerro en la actividad intelectual realizada por el juez para la decisión del conflicto" (La Casación en Colombia, Ed. Jurídicas Gustavo Ibañez, Colombia, 2005, p.268).*

Efectivamente, la causal está destinada a estructurar los yerros en los que pueden incurrir los juzgadores al proferir sus autos o sentencias, en lo relacionado a la aplicación u omisión de las normas jurídicas usadas para dar solución a la controversia judicial; esto es para sus pronunciamientos de fondo.

Calamandrei al respecto enseña, con mayor claridad que:

"...En relación a la distinción entre el error in procedendo y el error in iudicando, Calamandrei explica: "Hasta ahora se pensó que la diferencia entre el error en el juicio y error en el procedimiento estaba únicamente en que el primero se refería a la causa y el segundo al efecto de la equivocación cometida por el juez: habría falsos juicios, que bastarían por sí solos para consentir la rescisión de la sentencia, independientemente de su repercusión sobre el acto que determinaron; habría, por otra parte, ciertos actos cuyo cumplimiento en forma diversa de la querida por la ley constituiría motivo de casación por sí sola, independientemente de la naturaleza del juicio que los hubiera engendrado; según esta línea divisoria, si los errores (en la solución de una cuestión) de fondo eran tratados como errores de juicio, los errores de orden podían referirse tanto al procedere como al iudicare; por ejemplo, que hubiera decidido un juez incompetente, se consideraba no tanto un error in procedendo cuanto un error in iudicando si la equivocación había ocurrido en solución de una cuestión de derecho referente a la competencia.

Este modo de plantear la distinción no apreciaba la verdadera razón de ella, que no está sino en la profunda diferencia entre el orden y el fondo, esto es, entre la conducción del proceso y la decisión de la litis o la administración del negocio, y estos dos momentos de la actividad del juez están en relación de medio a fin: para las cuestiones de orden, lo que importa a los fines de la decisión no es tanto el porqué cuanto el si se ha seguido o no el iter señalado por la ley como el más idóneo para llegar al fin; en cuanto a las cuestiones de fondo, no se puede pretender lo mismo, es decir, que sólo la obtención o la no obtención de fin sea relevante, debiéndose indagar igualmente si la decisión ha sido justa... Es exacto, por tanto distinguir los errores in iudicando como errores de juicio de los errores in procedendo, como errores de actividad, pero es hora de agregar que los segundos atañen sólo al orden y los primeros sólo al fondo...(Calamandrei, Instituciones del Proceso Civil, volumen II, pág. 249-250 (citado en http://abogadosveritaslex.com.ve/blog/distincin-entre-error-in-procedendo-y-error-in-iudicando-900*".*

Sobre el yerro de errónea interpretación debe manifestarse que, la interpretación supone una operación intelectual consistente, que debe hacerla el Juez, en la determinación del alcance efectivo de la disposición jurídica que se estima infringida, a fin de, una vez extraído o desentrañado ese alcance normativo, la disposición sea aplicada de modo correcto a los hechos y de este modo sea factible la dirimencia efectiva del conflicto judicial de que se trate.

"*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).

En casación no basta únicamente identificar la disposición jurídica erróneamente aplicada, sino que es indispensable, recurrir a los distintos métodos de interpretación que trae el ordenamiento jurídico y recomienda la doctrina jurídica; no es pues por ello que la búsqueda de esa verdad pueda constituir una arbitrariedad del juzgador; al contrario, es un mecanismo recomendado para que la norma jurídica pueda ser debidamente subsumida a los hechos fácticos que han resultado del proceso judicial, sobre los cuales en la causal invocada, las partes no tienen objeciones y los consideran válidos.**8.1.2 Motivación sobre la causal:** La casacionista, estima, acogiéndose a la causal quinta del artículo 268 del COGEP, que en el fallo de instancia, se ha producidoLa apreciación central del casacionista, refiere la errónea interpretación del artículo 78 de la LOSNCP, norma que establece la prohibición a los contratistas de ceder las obligaciones y derechos que devienen de los contratos administrativos suscritos con las entidades públicas contratantes; respecto de lo cual afirma que en el fallo, las autoridades de EP la errónea interpretación del artículo 78 de la que ,se ha estimado que PETROECUADOR, consintieron para que se produzca la cesión realizada entre TLV ENGINNERING S.A. y JVSEIMMEC.

Al respecto es pertinente reiterar que la causal invocada permite entender que los hechos establecidos como verdad procesal no pueden ser objeto de nueva valoración por el Juez de Casación, ya que ellos se entienden aceptados por las partes, de modo que la causal solo permite la fundamentación sobre la apreciación del vicio *in iudicando jure* que norma; más, en la especie, es claro que el recurrente pretende una nueva valoración de los hechos; puesto que, para determinar la errónea interpretación de esa norma, necesariamente requieren que la Sala determine al menos la siguiente valoración fáctica:

1.- El valor jurídico de la autorización conferida por PETROECUADOR, a la inicial contratista TLV ENGINNERING S.A. para que proceda a ceder las obligaciones y derechos derivados del contrato suscrito entre ellas, en función del principio de los actos propios.

2.- El valor jurídico del contrato de cesión suscrito entre TLV ENGINNERING S.A. y JVSEIMMEC; que es un instrumento privado.

3.- Los efectos jurídicos de ese contrato; el cual como indica el casacionista y la sentencia recurrida, generó no solo efectos de ese orden sino de orden material, ya que la actora ejecutó las obligaciones, rindió garantías de buen uso de anticipo y de fiel cumplimiento de contrato, se le pagaron facturas y se le adeudan otras, con la intervención del administrador y fiscalizador del contrato.

4.- Igualmente, respecto de la legitimación activa de JVSEIMMEC en el juicio; y, de la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y derecho de defensa de la "cesionaria", que no fue parte del proceso.

5.- Sobre la competencia de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, para pronunciarse sobre una nulidad absoluta de un acto administrativo no impugnado, sin contar con el beneficiario del mismo; así como de un contrato privado, frente a la actividad administrativa, que determina caudales de nulidad sometidas a interés público, que se regulan por elementos diferentes a los civiles.

6.- La legitimación que tiene la Administración Pública, cuya representación en el proceso judicial, ha estado a cargo de EP PETROECUADOR y de la Procuraduría General del Estado, para sostener la ilegalidad de la autorización para que se produzca la cesión de los derechos y obligaciones contractuales, conferida por la misma Administración demandada.

7.- La legitimación de la Procuraduría General del Estado para, por medio del recurso de casación, formular un argumento que ha sido propuesto como excepción por EP PETROECUADOR y negado en audiencia preliminar; dentro de los cual es indispensable remitirse a los hechos, para apreciar si, la recurrente tiene legitimación activa o pasiva para alegar la nulidad de un contrato público.

Aspectos, todos estos, relativos a hechos procesales, sin los cuales, resulta impertinente un pronunciamiento que solo se centre a la errónea

interpretación alegada; lo cual hace concluir que el argumento elemental que esgrime la casacionista, para sustentar esta causal, se adhiere más al contenido de la causal cuarta de violación indirecta de norma sustantiva y no, de la causal quinta que ha sido invocada; la cual es improcedente.

8.2 Respecto al recurso de casación interpuesto por la JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA.:

8.2.1 Sobre la causal invocada y el yerro denunciado:

La causal invocada por el casacionista contiene como causa y yerros de casación, las siguientes.

> *"Cuando se haya resuelto e 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".*

Devis Echandía, sobre esta causal de casación enseña que: *"el principio normativo que delimita el contenido y alcance de las resoluciones judiciales que deben proferirse a instancia de parte y de acuerdo con el sentido y alcance de tal instancia, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones (en sentido general) y excepciones de los litigantes, oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas (Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, pág 629, segunda edición, Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia 2009), La falta de observancia el principio de congruencia de lugar a tres vicios, los cuales son cobijados por nuestra legislación (...) a saber: ultra petita, extra petita y infra petita; según la doctrina: "Estos vicios implican inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutiva del fallo con la pretensiones de la demanda y con la excepciones propuesas". (La Casación Civil en el Ecuador, pág 147-148, primera edición, Andrade&Asociads, Fondo Editorial, Quito, Ecuador, 2005).*

8.2.2 Fundamentos de la casacionista: Sostiene en su recurso la casacionista que en su demanda requirió que se ordena a práctica e una liquidación pericial, en la que se incluya el reajuste de precios previsto en la cláusula undécima del contrato; sin embargo, die que en la sentencia recurrida no se hace mención alguna a su pretensión; por lo que, siendo claro el vicio que afecta a la sentencia que ataca, es pertinente la causal y pide por tanto que, aceptándose el recurso de casación se ordene la liquidación y pago del reajuste de precios.

8.2.3 De la revisión que la Sala hace de la sentencia a la cual se la coteja con las pretensiones demandadas puede determinarse que efectivamente, en el acto de proposición de la empresa accionante del juicio de instancia, se puede encontrar que requirió el pago del reajuste de precios previsto en el contrato, solicitando que su liquidación debe hacerse mediante la pericia correspondiente.

No obstante, es claro también para la Sala que, en la sentencia, si bien no se hace referencia expresa de esa pretensión, la misma se pronuncia en el sentido de que a los valores a pagarse a la actora, deben agregarse los intereses respectivos, lo cual implica que no pueden subsistir a un tiempo, el reajuste de precios y adicionalmente el pago de intereses, ya que ello se consideraría una duplicidad de pagos compensatorios por la mora en el pago de los valores reclamados por el actor en el libelo inicial; de ello se concluye la improcedencia de la causal; pues además, su procedencia implicaría la necesidad de que la Sala entre a valorar prueba, elemento improcedente en esta causal.

10.- DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se rechazan los recursos de casación interpuestos por la Procuraduría General del Estado y la empresa JVSEIMEC INGENIERÍA CIA. LTDA., consecuentemente, **NO CASA** la sentencia de 27 de noviembre de 2018, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Portoviejo. Actúe en calidad de Secretaria Relatora la Dra. Ivonne Marlene Guamaní León en calidad de Secretaria Relatora, según acción de personal No. 1040-DNTH-2021-OQ.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase**.–

f) Dr. Milton Velásquez Díaz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Patricio Secaira Durango, JUEZ NACIONAL; Dr. Fabián Racines Garrido, JUEZ NACIONAL.

II

Juicio Nro. *17811-2018-01798*
Resolución Nro. *609-2022*
Fecha: *14 de junio del 2022, las 09h14*

TEMA: Impugnación de un acto administrativo.

ASUNTO

El actor impugna la resolución MINEDUC-VGE-2018-00114-R expedida por el Ministerio de Educación, que inadmite su recurso extraordinario de revisión y ratifica su destitución del cargo de Líder de la Unidad Educativa "Walther Himmelman". El accionante sustenta su demanda en la falta de competencia en la sustanciación del sumario seguido en su contra, señalando que debió tramitarse por la Junta Distrital de Resolución de Conflictos y no por la Unidad Administrativa de Talento Humano de la Dirección Distrital 05D03 PANGUA-EDUCACIÓN del Ministerio de Educación. El accionante además alega la ilegalidad de la resolución, expresando que de conformidad con el artículo 206 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el órgano administrativo tenía el plazo de dos meses -contados a partir de la recepción de la petición- para la resolución del recurso de revisión y que, sin embargo, la Viceministra de Gestión Educativa excedió el plazo establecido en la norma antedicha, debiendo declarar ilegal la resolución recurrida. En síntesis, el demandante solicita que se revoque la resolución cuestionada, se le restituya y pague los haberes dejados de percibir y se declare el archivo de la causa por violación al procedimiento pertinente para estas acciones.

El Ministerio de Educación, en su contestación a la demanda, señala que la resolución cuestionada se encuentra debidamente motivada y que durante el sumario administrativo se tramitó con sujeción a las garantías del debido proceso, por lo que goza de validez. La entidad accionada añade que se demostró la infracción a los literales u) y aa) del artículo 132 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, conducta sancionada con la destitución del actor, conforme al artículo 133 literal b) *ibídem*, por cometer acoso sexual a una menor de la Unidad Educativa "Walther Himmelman", por lo que, en virtud del principio del interés superior del niño, se procedió a su remoción.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato concluye que no es procedente interponer recurso de revisión en sede administrativa en contra de las resoluciones previstas en el artículo 65 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que son aquellas que determinan la suspensión o destitución del funcionario. El tribunal indica que la actuación de la entidad demandada, al resolver el recurso extraordinario y emitir la resolución No. MINEDUC-VGE-2018-00114-R, es ilegal, contraviniendo expresas normas legales y constitucionales, afectando la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

Los jueces consideran que la resolución 016-2017-JDRC-DD05D03 emitida por la Junta Distrital de Resolución de Conflictos se encuentra ejecutoriada, por no haberse interpuesto los recursos establecidos y permitidos expresamente en la ley, esto es, el recurso de apelación. En tal sentido, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario

con sede en el cantón Ambato resuelve que está vedado estudiar los cargos que formula el actor en su demanda, tanto más que versan sobre el proceso administrativo que dio origen a la resolución que lo destituye, por lo que, al no haber sido formulados los recursos en el término legal, se causó la firmeza de la resolución principal de destitución; circunstancia que hace improcedente la demanda planteada.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2018-01798

Juez Ponente: Dr. Milton Velásquez Díaz

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

Quito, martes 14 de junio del 2022, las 09h14.

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, Fabián Racines Garrido y Patricio Secaira Durango, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 17811-2018-01798:

I. Conformación y competencia de la Sala

1.1. 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:

a.- El nombramiento de jueces efectuado por el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021;

b.- 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,

c.- 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.

1.2. 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").

1.3. 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), Fabián Racines Garrido y Patricio Secaira Durango.

II. Antecedentes

2.1 El 28 de diciembre de 2018, Diego Marcelo Manotoa Rivera presentó una acción contencioso-administrativa en contra del Viceministro de Gestión Educativa y el Procurador General del Estado para que se declare la nulidad de la Resolución No. MINEDUC-VGE-2018-00114-R de 4 de septiembre de 2018 y se ordene el reintegro a las funciones de Líder de la Unidad Educativa "Walther Himmelman".

2.2 Mediante sentencia de 28 de octubre de 2020, las 07h58, el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato rechazó la demanda propuesta. Contra esta decisión, Diego Marcelo Manotoa Rivera interpuso recurso de casación el 17 de noviembre de 2020.

2.3 Elevado el expediente a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 12 de febrero de 2021, las 10h22, el Conjuez Nacional Miguel Ángel Bossano Rivadeneira admitió el recurso por la causal quinta del artículo 268 del COGEP, por errónea interpretación del artículo 10 de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

2.4 En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 272 del COGEP se celebró audiencia de fundamentación del recurso, de manera telemática, el 12 de mayo de 2022, en la cual se resolvió por unanimidad aceptar el recurso de casación interpuesto por Diego Manotoa, y emitir en su lugar la sentencia de méritos. 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:

III. 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.

IV. Análisis del recurso

Análisis de la causal quinta del artículo 268 del COGEP, por errónea interpretación del artículo 142 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural ("LOEI") [artículo sustituido por artículo 10 de Ley No. 00, publicada en el RO. Suplemento 572 de 25 de agosto del 2015]

4.1 La violación directa de la ley por errónea interpretación ocurre "*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 o restringiendo el que realmente ostenta; que es contrario al espíritu de la ley*" [CNJ, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 16 de mayo del 2011, Juicio No. 476-2010-MAS]; o le ha dado un sentido o alcance diferente, sin profundizar en el pensamiento latente en la norma, en el espíritu de la ley y en la intrínseca intención del legislador [Manuel Tama Viteri, *El recurso de casación en la jurisprudencia nacional* (Guayaquil: Edilex, 2010), p. 151].

4.2 En otras palabras, el juzgador selecciona correctamente la norma que se subsume a los hechos materia de la *litis*, pero comete un yerro al interpretar la disposición, atribuyéndole un sentido y alcance, ya restrictivo o extensivo, que no tiene; incurriendo de esta forma, en la violación directa de la ley.

4.3 Ahora bien, la norma acusada como erróneamente interpretada, se encuentra prevista en el artículo 142 de la LOEI, y dispone:

> *Art. 142.-De los recursos.-A excepción de lo establecido en el artículo 65, contra los actos administrativos expedidos por las autoridades educativas con fundamento en las disposiciones de esta Ley, podrán interponerse los recursos previstos en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en la forma, plazos y procedimiento determinados en dicho Estatuto, sin perjuicio de las acciones judiciales y constitucionales a las que hubiere lugar. Los actos normativos expedidos por dichas autoridades, con arreglo a la presente ley, podrán ser impugnados únicamente ante sede contenciosa administrativa.*

4.4 Sobre esta regla y su interpretación, el casacionista manifestó que, el artículo 142 de la LOEI prevé que, contra los actos administrativos emitidos por las autoridades educativas caben los recursos previstos en el ERJAFE; dentro de los cuales, se encuentra regulado el recurso de revisión. Así mismo, que la excepción recursiva se encuentra enfocada únicamente en los actos normativos, por imperativo del inciso segundo *ibídem*.

4.5 Por su parte, en cuanto a la norma acusada, el fallo recurrido afirmó que:

> "*la [LOEI] en su artículo 142 señala...En base del texto de la norma antedicha, el Tribunal atiende al contenido del último inciso del artículo 65 de la [LOEI]…De lo expuesto el Tribunal concluye que el Recurso Extraordinario de Revisión no es procedente en contra de las resoluciones que ha previsto el artículo 65 de la [LOEI] que son la suspensión y la destitución*" [acápite 7.1 de la sentencia recurrida]

4.6 De acuerdo con lo anterior, corresponde a esta Sala examinar la inteligencia del artículo 142 de la LOEI. No obstante, previo a ello, es necesario indicar que la precitada disposición efectúa una remisión expresa al artículo 65 *ibídem*, de tal manera que el alcance de su contenido se encuentra vinculado necesariamente a esta última; y es por ello, que también será analizada.

4.7 En general, el artículo 142 de la LOEI disponía que sobre los actos administrativos expedidos por las autoridades educativas caben los recursos previstos en el ERJAFE, sin perjuicio de las acciones judiciales y constitucionales a las que hubiere lugar. Es decir, y tomando en cuenta que nuestro ordenamiento legal no estima necesario el agotamiento de la vía administrativa para impugnar judicialmente, el administrado podía decidir si continuar toda o una parte de la fase recursiva administrativa, o acudir directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

4.8 No obstante, la misma disposición prevé una excepción a la regla previamente acotada, y es precisamente lo previsto en el artículo 65 de la LOEI. Dicha norma, en lo sustancial dispone: "*Las resoluciones de las Juntas Distritales de Resolución de Conflictos* ***serán apelables únicamente con efecto devolutivo ante la máxima autoridad del Nivel de Gestión Zonal correspondiente****, sin perjuicio del derecho a recurrir ante sede contencioso administrativa*" [negrilla no corresponde al texto original].

4.9 El tribunal *a quo* consideró que dicha excepción limitaba la fase recursiva administrativa, permitiendo exclusivamente el recurso de apelación.

Ello, por cuanto de su interpretación: *"únicamente [cabe el recurso de apelación]...ante la máxima autoridad...sin perjuicio del derecho a recurrir [judicialmente]"*. No obstante, dicha interpretación debe ser rechazada.

4.10 La interpretación literal de la norma permite advertir que la excepcionalidad o, si se quiere, la especialidad en la fase recursiva respecto de los actos administrativos expedidos por las autoridades educativas era expresamente en sus efectos devolutivos y no en su posible limitación a un determinado recurso administrativo (la apelación), y por ende, la exclusión de otros medios recursivos. A ello se arriba pues el verbo y el adverbio 'apelables únicamente' se vincula primero y directamente con: "***el efecto devolutivo***…*ante la máxima autoridad*", y no en sentido contrario. Además, el hecho de que indique "*sin perjuicio del derecho a recurrir judicialmente*" exclusivamente es una consecuencia de la no obligación de agotar la vía administrativa.

4.11 Lo anterior, tiene vinculación con el artículo 189 del ERJAFE, que preveía que los efectos de la interposición de los actos administrativos son de carácter no suspensivos, salvo disposición especial. Por lo que, de una interpretación literal y sistemática, se puede colegir que el artículo 142 de la LOEI, en concordancia con el artículo 65 *ibidem*, regulaban una excepción a los efectos de la impugnación del recurso administrativo de apelación.

4.12 En tal punto, es evidente que los juzgadores le han concedido al artículo 142 de la LOEI un sentido y alcance que no ostenta; restringiendo de esa forma la impugnación a través del recurso extraordinario de revisión, lo que resultó en que el tribunal de instancia no analice las pretensiones del demandante. Por consecuencia, esta Sala acepta el recurso de casación por la causal quinta, por errónea interpretación del artículo 142 de la LOEI. En virtud de lo previsto en el artículo 273.3 del COGEP, se casa la resolución y se emite en su lugar la sentencia de méritos bajo las siguientes consideraciones:

V. Sentencia de méritos

5.1 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].

5.2 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

5.3 El accionante fundamentó su demanda en lo siguiente:

5.3.1 Falta de competencia, por cuanto los artículos 332 y 333 del Reglamento a la LOEI disponen que, para imponer una sanción a un directivo, la Junta Distrital de Resolución de Conflictos debe sustanciar el sumario administrativo. En ese sentido, precisó que el sumario fue sustanciado por un delegado de la Unidad Administrativa de Talento Humano ("UATH"), cuando él fungía la dirección de la unidad educativa, en calidad de Líder.

5.3.2 Violación de normas constitucionales y legales, dado que las diligencias de versiones o testimonios se rindieron sin la presencia de un abogado y, por lo tanto, tampoco consta la firma en dichas actas. Así mismo, que la ritualidad para considerar una prueba testimonial es el juramento ante el juzgador o administrador, situación que no ocurrió.

5.3.3 Falta de valoración de la prueba y resolución extemporánea, por aplicación del artículo 206 del ERFAJE.

b. Contestación a la demanda: Ministerio de Educación

5.4 Por su parte, el delegado de la Ministra de Educación, de la Viceministra de Gestión Educativa y del Procurador General del Estado fundamentó su contestación a la demanda de acuerdo con lo que a continuación se detalla:

5.4.1 El recurso de revisión fue sustanciado y resuelto por autoridad competente, gozando de legalidad y seguridad jurídica previstas en los artículos 76 y 82 de la CRE, y artículos 66 y 68 del ERJAFE, y artículos 311 y 329 del COGEP; respetándose el derecho a la defensa. El acto administrativo goza de plena validez y legalidad. Finalmente, alega la excepción previa de inadecuación del procedimiento.

c. Consideraciones de la Sala

5.5 Respecto de la excepción previa, se observa del acta resumen de la audiencia preliminar [fj. 230] que esta no fue sustentada en la audiencia. Por lo tanto, no cabe su análisis por parte de este Tribunal.

5.6 El objeto de la controversia, según fue determinado en la etapa procesal oportuna fue: "*determinar la procedencia de las pretensiones del actor al tenor de los cargos de su demanda, que ha negado la parte demandada*" [acápite 5 de la sentencia recurrida]. Por tal motivo, analizaremos la resolución del recurso de revisión propuesto, y en caso de que su impugnación sea procedente, se realizará la revisión jurisdiccional de los actos previos a dicho recurso administrativo.

d. Sobre la resolución sobre el recurso de revisión.

5.7 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].

5.8 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].

5.9 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]

5.10 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*".

5.11 Del mismo modo, el artículo 313 *ibidem*, 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".*

5.12 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 01803-2019-00258, 17811-2013-0648, 17811-2018-00131, entre otros.

5.13 De acuerdo con lo anterior, y una vez revisado el proceso, es necesario examinar inicialmente si la Resolución No. MINEDUC-VGE-2018-00114-R de 4 de septiembre de 2018, mediante la cual se inadmitió el recurso extraordinario de revisión, se encuentra afectada por algún vicio de ilegalidad; de tal manera que esta Sala pueda revisar los demás actos administrativos concatenados y el expediente en su integralidad.

5.14 En este marco, se advierte que la Resolución No. MINEDUC-VGE-2018-00114-R de 4 de septiembre de 2018 inadmitió el recurso -entre otras cosas- por cuanto "*el recurso propuesto no se inscribe en ninguna de las causales establecidas en el artículo 178 del ERJAFE*". Sin embargo, del contenido del recurso interpuesto por Diego Manotoa, se observa que este se fundamentó en la letra a) del artículo 178 del ERJAFE. Por consiguiente, dado que el Ministerio de Educación inadmitió el recurso de revisión sin analizar la causal propuesta por el accionante, esta resulta en ilegal, y permite a este Tribunal revisar las Resoluciones Nos. 042-CZEZ3-2018 de 9 de marzo de 2018 y 016-2017-JDRC-DD05D03 de 28 de diciembre de 2017.

e. Sobre los medios probatorios

5.15 Esta Sala hará uso de la motivación *per relationem*, como una forma de razonamiento y motivación judicial, 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, téngase en cuenta la parte descriptiva de la sentencia de instancia, específicamente los considerandos cuarto, quinto y sexto.

5.16 La prueba relevante para la resolución, se detalla a continuación:

5.16.1 Informe de hecho de violencia, de 17 de octubre de 2017, dentro del cual se detalla: "*que el profesor Diego me ha besado por varias ocasiones todo comenzó el año anterior, él daba clases de dibujo y como yo no podía él me enviaba a repetir muchas veces, un día el profesor me dijo que no me preocupe que eso tenía solución y fue ahí cuando me dio el primer beso*"; "[*que la presunta víctima] se quedó a supletorios de lenguaje con la docente Rivera, ella le dejaba con tarea, mientras le dejaba el docente ingresaba a la misma a besarle y toquetearle*"; "*[el profesor] le decía que baje a la cocina para conversar*"; "*recuerda [la estudiante] que un día estaba en Facebook, y le envió un mensaje a su novio, número que supuestamente termina en 82 al igual que el número del docente, la profesora Mayra [esposa del docente] ha visto el mensaje que envié por error y me dijo eres como una prostituta*"; "*se le pregunta cuántos encuentros sexuales han tenido. Responde que dos: en la cocina hace aproximadamente 1 mes*" [fjs. 2-5 del expediente administrativo].

5.16.2 Documento de la profesora Gabriela Mera, mediante el cual informa sobre ciertos hechos que se suscitaron en la Unidad Educativa Walther Himmelman: "*que una estudiante le habría dicho que el profe [Diego Manotoa] anda molestándole a su compañera [presunta víctima]";"en ese instante le pregunta a la alumna [presunta víctima] a lo cual ella respondió si me molesta pero yo no estoy con él"; "aparte de ello hable con la estudiante involucrada y le pedí me diga la verdad para yo poder ayudarla, a lo que ella respondió no licen como cree de gana dice eso"; "[el profesor Diego Manotoa responde] pero Gaby que hago esta muchacha ya no entiende viene a la dirección con cualquier pretexto a coquetear en horas de recreo o cuando acude a hacer consultas"; "Yadira Avalos dijo yo no sé nada más que Evelin sabe andar diciendo que anda con el profe Diego Manotoa, a lo que yo [Gabriela Mera] preguntó si le consta lo que manifestó su compañera [presunta víctima], a lo que respondió no a mi no me consta"; "Diana Suquillo igual se le pregunta que sabía del tema, a lo que la señorita respondió que no [le] consta"; "Greta Molina dijo que la señorita [presunta víctima] siempre le decía coqueteémosle al profe, [a lo que ella le habría preguntado] como haces eso y [ella] presuntamente le ha respondido álzate la falda, sonríele y verás como él te ve; aparte le ha preguntado con que fin, a lo que ha respondido para que tengas kushqui, además la señorita Molina mencionó yo siempre le veo a ella [presunta víctima] coquetearle al profe Diego Manotoa, a lo cual yo dije pero alguna vez vio algo entre el compañero Diego y la alumna, a lo que respondió nunca le he visto con el profe solo que le coquetea "El compañero Diego al escuchar todas estas versiones*

[preguntó]cuando supuestamente sucedió esto, a lo que ella respondió cuando estábamos en educación física y nos hizo sacar las colchonetas a lo que él respondió, pero señorita yo siempre hago sacar a los estudiantes hombres, y ella volvió a decir ahí fue" [fjs. 6-10 del expediente administrativo].

5.16.3 Resolución No. 012-JDRC-DDPRE-2017, con la cual se dispone a la UATH presentar un informe de procedencia o no de iniciar el sumario administrativo [fj. 12].

5.16.4 Diligencia de reconocimiento de firmas No. 20171213001D01209 de María Elva Quishpe Vichisela y Ángel Aliro Ortega Tobanda, de 19 de octubre de 2017, en el cual se detalla: "*en vista de lo sucedido el día 17 del presente mes y año que llegaron a mi domicilio personal del distrito con mi hija a informarme que [ella] ha mantenido una relación con un docente de la institución motivo por el cual me dijo la psicóloga que debo poner la denuncia en la fiscalía*"; "*Por tal motivo me traslade el 18 de octubre a poner la denuncia, en la cual al llegar a la fiscalía mi hija me pidió que no pusiéramos yo sin entender el por qué, le supe preguntar cuál es el motivo por el cual no quiere que proceda (sic) y mi hija [presunta víctima] no quiso que ponga la denuncia...porque..lo que había dicho a la psicóloga en la reunión no era verdad y que ella sola era la que estaba enamorada del profesor y que ella en reiteradas ocasiones le había dicho que lo quiere al ver que el profesor no hizo caso ella decidió dar una versión a todos para que le culparan de que ellos estaban juntos*" [fjs.13-16 del expediente administrativo].

5.16.5 Documento emitido por la Junta Distrital de Resolución de Conflictos, de 16 de noviembre de 2017, mediante el cual ordenó remitir el expediente a la UDTH para que inicie y sustancie el sumario administrativo [fj. 29].

5.16.6 Auto de llamamiento a sumario administrativo, de 16 de agosto de 2017, a las 15h00, a través del cual se dispuso el inicio del sumario administrativo, por presuntamente haber incurrido en la infracción tipificada en el literal aa) del artículo 132 de la LOEI, infringiendo lo dispuesto en numeral 6 del artículo 347 de la CRE, en concordancia con el literal h) del artículo 6 de la LOEI, y su obligación determinada los literales l), n), r) y s) del artículo 11 *ibidem* [fj. 31 del expediente administrativo]. De este auto, se advierte un *lapsus calami* en la fecha, dado que de su contenido se refleja la referencia a la providencia de 16 de noviembre de 2017, a las 11h00. Por lo que, su fecha correcta es del 16 de noviembre de 2017.

5.16.7 Informe psicológico elaborado por Carla Recalde, de 14 de noviembre de 2017. El análisis se realizó por cuanto la presunta víctima refiere que ha recibido 'bullying' desde primero de secundaria, y la conclusión es la siguiente: "*la paciente no muestra agresividad mas si existe presencia de inestabilidad emocional con un diagnóstico CIE, lo mismo que se recomienda trabajar en terapia, con el fin de mejorar su autoestima y comportamiento*" [fjs. 34-35 del expediente administrativo].

5.16.8 Versión de Mery Rivera [fj. 66 del expediente administrativo]:

a. P: Indique si le consta acoso sexual alguno del docente Diego Manotoa a la presunta víctima. R: "*No me consta*".

b. P: Indique como es el proceder del docente frente a las estudiantes donde usted cursa sus estudios. R: *"Él nos daba consejos cuando nosotros no presentábamos las tareas, nos decía para poder presentarle"*.

c. P: Qué consejos usted ha recibido de la presunta víctima para seducirle al profesor Diego Manotoa. R: *"Ella nos decía que debemos seducir a los profesores para sacarles plata"*.

d. P: Indique si es verdad que la presunta víctima decía que le va a denunciar al docente para obtener de el kushky. R: "*Si ella decía que no quería estar en la caña, que ella quiere vivir en la ciudad"*.

5.16.9 Versión de Alison Rivera [fj. 68 del expediente administrativo]:

a. P: Indique si le consta acoso sexual alguno del docente Diego Manotoa a la presunta víctima. R: "*No"*.

b. P: Indique como es el proceder del docente frente a las estudiantes donde usted cursa sus estudios. R: "*Bueno nos daba consejos sobre que debemos estudiar bien para ser alguien en la vida para seguir adelante, nos ayudaba nos explicaba siempre fue una buena persona*".

c. P: Qué consejos usted ha recibido de la presunta víctima para seducirle al profesor Diego Manotoa. R: *Ninguno*.

d. P: Indique si es verdad que la presunta víctima decía que le va a denunciar al docente para obtener de él kushky. R: *No se eso si no he sabido, no he escuchado*.

5.16.10 Versión de Greta Molina [fj. 70 del expediente administrativo]:

a. P: Indique si le consta acoso sexual alguno del docente Diego Manotoa a la presunta víctima. R: *No*.

b. P: Indique como es el proceder del docente frente a las estudiantes donde usted cursa sus estudios. R: *Respetuoso siempre ha dado consejo, no se ha portado mal*.

c. P: Qué consejos usted ha recibido de la presunta víctima para seducirle al profesor Diego Manotoa. R: *Bueno me decía que yo también este con el profesor ella me dijo que entremos las dos y yo le dije ni estando loca para hacer esas cosas…no hay que faltar el respeto a los docentes ni que los docentes falten el respeto a las alumnas, también me decía que para entrar con el profesor me alzara la falda (sic) para que me vea las piernas y así el profesor se enamore o que también le vaya a ver en la dirección con una sonrisa le coquetee o que me siente en la máquina para que me enseñe algo que no pueda*.

d. P: Indique si es verdad que la presunta víctima decía que le va a denunciar al docente para obtener de él kushky. R: *Sí así me decía yo le preguntaba por qué haces esas cosas y ella me decía que por maldad le preguntaba y ella decía que quiere que se separe de su esposa porque ella decía que quiere estar con el profesor y que quiere sacarle dinero.*

e. P: Relate todo cuanto conoce de la supuesta falsa relación entre la presunta víctima y Diego Manotoa. R: *Bueno a ella le aconsejado porque si me ha contado eso y yo me di cuenta y ella me trato mal porque yo me di cuenta de que ella le estaba coqueteando al profesor y yo le dije por qué haces esas cosas y ella dijo tú estúpida que sabes es mi vida y yo le decía que si no tenía vergüenza y miedo que la esposa le diga algo ella decía que no tiene miedo ni vergüenza a la esposa del profe Diego, decía ella que sabía estar en el pasillo de arriba y la esposa del profe sabia irle a ver en la dirección al momento que pasaba la señorita Mayra Evelin decía ahí va mi ñaña y yo le decía que no diga esas cosas que no es una burla lo que ella está haciendo que no tenía miedo que ella le iba a pegar que incluso le iba a jalar de los pelos y le iba a botar del pasillo hacia abajo y solo quiero que se separe esta puta del profe Diego*.

5.16.11 Versión de Darwin Hurtado [fj. 72 del expediente administrativo]:

a. P: Sabe o le consta de acoso sexual alguno perpetrado por el docente Diego Manotoa en la Unidad Educativa Walther Himmelman. R: *No me consta en absoluto que ha ocurrido esto en la institución*.

b. P: Conoce de alguna queja o denuncia presentada por tales hechos por algún padre o madre de familia. R: *Nunca me lo han presentado una denuncia de estas características*.

c. P: Sabe de mi proceder recto, respetuoso y decente en la institución y fuera de ella. R: *Sí dentro de la institución yo le he considerado un hombre recto respetuoso*.

d. P: Sabe que mi cónyuge Mayra Hoyos labora como docente de la misma entidad en la que soy Líder, por ende, pasamos juntos todo el tiempo dentro y fuera del trabajo. R: *Bueno yo tengo conocimiento por lo que me han contado los profesores que son pareja, por lo que dentro y fuera de la institución los he visto siempre juntos*.

5.16.12 Versión de Diego Manotoa [fj. 74-75 del expediente administrativo]:

"*...voy a relatar cómo empezó esto un día me encontraba en mi escritorio en la dirección y la estudiante vino sola a pedir que le preste la computadora que utilizan los estudiantes al finalizar su consulta ella me pregunto qué clases voy a dar yo en este año yo le respondí las materias que estoy dando educación estética y educación física entonces ella me dijo que más enseño como soy un profesor de educación básica lengua y literatura ciencia estudio ingles todas las áreas básicas… ella con gestos provocativos moviendo su pie y haciendo círculos con sus dedos en el escritorio como inquieta me dijo solo eso con asombro le dije si bueno no se este es mi pensamiento yo pensé que ella me iba a pedir ayuda de física química o algo así bueno este solo es mi pensamiento y ella me respondió que quería que le enseñe una nueva clase yo le dije que clase es o sea que materia es ella me dijo clases de amor solté mi*

laptop en la que estaba trabajando y asombrado le dije un ratito señorita a mí me respeta se comporta bien o le mando a llamar a su tutora o a su mama para indicar como se está comportando…burlándose salió ella diciendo ya vamos a ver y se fue burlándose riéndose eso se tranquilizó ya unos días…Al siguiente día les llame ose a la estudiante a preguntarle que con qué objetivo anda diciendo que yo le molesto y me dijo yo ni siquiera he dicho nada y le dije espero que sea así porque yo no quiero tener problemas con nadie paso unos días y el chisme comentario empezó a crecer se me venía culpando de otras cosas más diciendo que yo le cito a la cocina sin embargo yo niego haberlo hecho eso porque tres maestras se encuentran alrededor de la cocina y si una persona se acerca por ahí cualquiera de las tres se van a dar cuenta entonces yo converso a mi esposa lo que está sucediendo y me dice vámonos al distrito me acerque yo acá al Distrito a pedir que me ayuden que tengo que hacer ante estos casos …converse con Gaby y los demás compañeros manifesté que voy a presentar un escrito indicando todo lo que me está pasando y lo que nos está pasando a todos pero me dijeron antes de que presentes conversemos con la señorita a ver qué hay de cierto si no ella tiene que pagar las consecuencia entonces el compañero Wilson le va a decir a la señorita Evelin que vamos a dar paso al Distrito y serán las personas del distrito quienes investiguen este altercado entonces la señorita Evelin Ortega le contesta que no quiere ningún problema con nadie va no a molestar ni andar diciendo nada en contra de mí el compañero Wilson vuelve con esa respuesta hacia nosotros y optamos o sugiere la señorita Gabriela realizar un acta para solucionar este problema nos reunimos en el aula de inglés antes de indicar tomo yo la palabra y manifiesto compañeros docentes señoritas estudiantes sea cual sea este propósito de andar diciendo chismes…". P: Usted [tuvo] contacto físico con la presunta víctima. R: "*Jamás, ni antes ni después del problema, era buenos días señorita buenos días profesor a lo menos cuando me di cuenta que ella tenía un apego yo siempre tenía a los estudiantes varones de mi lado*".

5.16.13 Versión de Ángel Ortega [fj. 77 del expediente administrativo]:

a. P: Recuerda que su hija le dijo haberse enamorado del profesor Diego Manotoa. R: "*Sí recuerdo*".

b. P: Recuerda si también les contó que no le hizo caso el profesor Diego Manotoa y que por ello inventó que andaban juntos con el profesor. R: "*Sí claro de esa manera*".

c. P: Conoce que todo lo ocurrido es únicamente en base a chismes y comentarios. R: "*Sí conozco que son chismes*".

d. P: Quién inició los chismes y comentarios. R: "*Inició los chismes ella, mi hija*".

e. P: Con qué finalidad presentó usted el documento en la Dirección Distrital. R: *"O sea presentamos primeramente que la honra de mi hija no esté en boca de todos y en comentarios porque sabía que son chismes"*.

5.16.14 Razón de que la presunta víctima no compareció a la diligencia señalada en providencia de 27 de noviembre de 2017, las 16h30, pese a haber sido notificada [fj. 79 del expediente administrativo].

5.16.15 Versión de María Quishpe [fj. 80 del expediente administrativo]:

a. P: Recuerda que su hija le dijo haberse enamorado del profesor Diego Manotoa. R: "*Sí una vez me dijo que si no tanto enamorada se llevaba como con cualquier profesor*".

b. P: Recuerda si también les contó que no le hizo caso el profesor Diego Manotoa y que por ello inventó que andaban juntos con el profesor. R: *"Sí me dijo eso, como ella ha tenido una amistad, pero igual no le hizo caso no tomo atención a ella"*.

c. P: Conoce que todo lo ocurrido es únicamente en base a chismes y comentarios. R: *"Sí en base de chismes y comentarios"*.

d. P: Quien inició los chismes y comentarios. R: *"O sea ha sido más o menos de los compañeros de ella o además desde antes yo tenía un problema con mi hija que le hacían bullying en el colegio de los compañeros, era un inconveniente, fue la señorita psicóloga allá y a ella le han comentado eso"*.

e. P: Con qué finalidad presentó usted ese documento en la Dirección Distrital. R: *"Con la finalidad de que mi hija me conversó a mí que no pasó nada que eso solamente es un comentario*".

f. P: Usted ha conversado con su hija si mantenía algún tipo de relación con el profesor o son solo chismes. R: "*Sólo son chismes, nunca ha pasado nada eso me dijo ella*".

5.16.16 Versiones de: Sofía Solorzano [fj. 82]; Miriam Beltrán [fj. 90]; Edwin Lema [fj. 92]; y,

Wilson Guzmán [fj. 94]; quienes tuvieron las mismas respuestas, de acuerdo con las siguientes preguntas:

a. P: Indique si le consta alguna relación amorosa o sexual entre la estudiante y su maestro Diego Manotoa. R. No o ninguna.

b. P: Conoce usted de la seriedad y buen proceder humano respetuoso y profesional del docente Diego Manotoa. R. Sí, a excepción de Wilson Guzmán que manifestó: poco.

c. P: Indique cuál es el horario de clases en que asiste usted dentro del cual diga si ha visto algún acoso de Diego Manotoa. R: No he visto nada, a excepción de Wilson Guzmán que no responde.

d. P: Indique si le consta de acto alguno de provocación o coqueteo demostrado por la estudiante a su maestro Diego Manotoa. R: No o ninguno.

e. P: Indique si Diego Manotoa intimada, persigue o acosa en el establecimiento o fuera de el a la estudiante. R: No.

Se procedió a preguntar a Miriam Beltrán, Edwin Lema y Wilson Guzmán sobre que habría dicho la presunta víctima en la reunión mantenida con los docentes, sobre lo cual coincidieron en que: dijo que se ha dado un beso con Diego Manotoa.

5.16.17 Versión de Gabriela Mera [fjs. 84-85 del expediente administrativo], que en lo relevante para el presente caso indica que "*en la reunión mantenida con los docentes manifestó que se había dado un beso con el profesor Diego Manotoa en la cocina de la institución y dijo que tenía una fotografía y que ya iba a traer, a lo cual Diego Manotoa respondió que no era verdad*".

5.16.18 Versión de Iván Guamarica [fjs. 87-88 del expediente administrativo], que en lo principal relata: "*me acerque a prestar mis servicios en calidad de docente encargado...entonces desconocía del suceso pero inmediatamente la líder educativa me puso al tanto del inconveniente*" "*durante el tiempo en la institución en horas del recreo se presentó un inconveniente con los jóvenes de 9no que habían roto la puerta de ingreso, procedí a llamar a los miembros que provocaron dicho incidente estando dentro del grupo la presunta víctima, quien fue...la persona que empujo de forma agresiva y provocando que se rompa la puerta*" "*al siguiente día se acercó el padre... se sugirió que la señorita se haga atender con un psicólogo clínico...el señor quedó muy de acuerdo, porque no era la primera vez que les ponía en problemas*" "*cabe indicar que faltando dos días [para que] se notifique el retorno al Distrito, la señorita Ávalos se acercó donde la señora líder educativa, a lo que ella se alteró indicando que esto se salió de control... le pregunté qué pasó manifestando que la señorita Mayra Yanchaliquin le había dicho que la [presunta víctima] le ha manifestado que ahora la señorita Ávalos estaba andando con un profesor...la sorpresa mía al exigir que manifestara el nombre indicando que este era nada más y nada menos que mi persona... [cuando se llamó a las tres señoritas] hubo una incoherencia de las versiones...la presunta víctima manifestó que en ningún momento ella le había manifestado tal situación*".

5.16.19 Versión de Mayra Hoyos [fj. 96 del expediente administrativo]:

a. P: Podría manifestar que dijo la presunta víctima en la reunión mantenida con los docentes. R: *"Que se habían dado un beso*".

b. P: Qué tiene que decir frente a lo mencionado por la presunta víctima en la entrevista. R: "*Sí vi el mensaje, pero como anteriormente dije yo no he dialogado con ella no he conversado con ella*".

c. P: Recuerda el contenido del mensaje al que hace referencia. R: 'Hola mi amor'; el mismo que se pone a la vista en presencia de los comparecientes, el cual es de fecha 10 de octubre de 2017.

5.16.20 Informe técnico elaborado por Jenny Real [fjs. 99-103 del expediente administrativo], mediante el cual se recomendó: que se investigue factores de riesgo que quizá a estudiante pueda tener ya sea en el ámbito familiar o social; la estudiante debe tener un seguimiento adecuado por parte del Ministerio de Salud u otra entidad que los padres vean conveniente; se sugiere mantener un seguimiento a la estudiante por su problema de comportamiento actual; se solicita un reporte cada 15 días por la tutora sobre el aspecto académico. Así mismo, dentro del informe, se advierte que presuntamente el Lic. Guamarica habría hostigado con preguntas a la presunta víctima, a lo que el responde "*no pregunté absolutamente nada del caso*". Además, y por boca de la misma estudiante [según refiere el profesor] "*le dije a mi mamá*

que no ponga la denuncia porque el profesor tiene una hija y me da pena". Finalmente, el padre solicitó que no se realice seguimiento y que se compromete a realizarle una valoración psicológica.

5.16.21 Certificación de 30 de noviembre de 2017, emitida por el Jefe de Talento Humano de la Dirección Distrital 05D03 Pangua, en la cual se indica: "una vez revisado el expediente que reposa en esta Unidad de Talento Humano se puede constatar que durante el periodo de 6 años de labores no consta ningún tipo de sanción ni tampoco ha sido inmerso en sumario administrativo alguno" [fj. 105].

5.16.22 Informe final del sumario administrativo No. 004-2017 [fjs. 120-123-], a través del cual se recomendó la sanción de destitución del profesor Diego Manotoa.

5.16.23 Resolución No. 016-2017-JDRC-DD05D03 de 28 de diciembre de 2017, en la cual se resolvió acoger la recomendación del informe final y, en consecuencia, sancionar al profesor Diego Manotoa con la destitución [fjs. 126-139 del expediente administrativo]

5.16.24 Resolución No. 042-CZEZ3-2018 de 9 de marzo de 2018, que ratifica en todas sus partes la Resolución No. 016-2017-JDRC-DD05D03 de 28 de diciembre de 2017 [fjs. 194-205]

5.16.25 Recurso de revisión interpuesto por Diego Manotoa [fjs. 211-213 del expediente administrativo].

5.16.26 Resolución No. MINEDUC-VGE-2018-00114-R de 4 de septiembre de 2018, a través de la cual se inadmitió el recurso extraordinario de revisión [fjs. 209-210].

ii. En general: vicios de ilegalidad

5.17 El accionante manifestó que, de acuerdo con los artículos 332 y 333 del Reglamento a la LOEI, habría falta de competencia del órgano que sustanció el sumario administrativo, dado que Diego Manotoa fungía como Director de la Unidad Educativa y, en consecuencia, le correspondía la sustanciación a la Junta Distrital de Resolución de Conflictos ("JDRC"), y no al delegado de la UATH.

5.18 Es cierto que los artículos en mención regulan que, para imponer sanciones a los directivos, la JDRC debe sustanciar el sumario administrativo. No obstante, en los artículos 344 y siguientes del Reglamento a la LOEI, se desarrolla de forma pormenorizada el procedimiento administrativo referente a los directivos y la competencia para la sustanciación de este.

5.19 En este sentido, el artículo 346 *ibidem* dispone: "*la [JDRC], una vez conocida la denuncia o informe sobre la presunción de la comisión de una falta disciplinaria por parte del docente* ***o directivo,*** *debe remitir la información a la UATH para el estudio y análisis de los hechos*". De ahí, según la misma norma, debe emitirse un informe de procedencia o no para iniciar el sumario, y finalmente, "*recibido el informe, la [JDRC], mediante providencia, debe remitirlo a la UATH para que esta inicie la sustanciación del sumario administrativo*".

5.20 En la especie, consta la petición a la UATH del informe de procedencia [fj. 12]; el informe de procedencia del sumario administrativo [fj. 24]; y la remisión del expediente para la sustanciación del sumario administrativo [fj. 29]. En consecuencia, no se advierte incompetencia del órgano sustanciador.

5.21 En este punto, corresponde a este Tribunal examinar la presunta falta o errónea valoración de la prueba por la Administración.

5.22 Primero debemos establecer los elementos integrantes del tipo, para luego revisar la prueba sobre estos. En tal marco, según el auto de llamamiento a sumario administrativo, Diego Manotoa presuntamente incurrió en la infracción tipificada en la letra aa) del artículo 132 de la LOEI. Es decir, por cometer infracciones de acoso, abuso, violencia u otros delitos sexuales; que en general protegen la integridad sexual de los estudiantes. Paralelamente a ello, dado que esta norma no define qué entender por acoso o abuso sexual u otros delitos sexuales, debemos remitirnos a otras disposiciones. Así, en el Reglamento a la LOEI, se define acoso sexual como:

> *"Toda conducta con un contenido sexual que se realizare aislada o reiteradamente, escrita o verbal, gestual o física. Se consideran, para el efecto, las siguientes conductas o manifestaciones:*
>
> *1. Requerimiento de favores sexuales que implicaren el ofrecimiento, por parte de un docente, directivo o administrativo, dirigido a mejorar la condición académica de un estudiante a cambio de cualquier favor de carácter sexual;*
>
> *2. Amenazas implícitas o expresas, físicas o morales, de daños y castigos, referidas a la*

situación actual o futura del estudiante, que se pudieren evitar si se concedieren favores de carácter sexual;
3. Utilización de palabras escritas u orales de naturaleza o connotación sexual, dirigidas a uno o más estudiantes de manera específica o individual;
4. Mostrar imágenes con contenido sexual, constantes en fotos, películas, revistas u otros medios que se alejen del propósito educativo;
5. Mostrar imágenes pornográficas, constantes en fotos, películas, revistas u otros medios;
6. Realización de gestos, ademanes o cualquier otra conducta no verbal de naturaleza o connotación sexual; y,
7. Acercamientos corporales y otros contactos físicos de naturaleza o connotación sexual"

5.23 Asimismo, el artículo 68 de la Ley de la Niñez y Adolescencia define al abuso como: "*todo contacto físico, sugerencia de naturaleza sexual, a los que se somete un niño, niña o adolescente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio*".

5.24 Por todo ello, dado que la Administración no detalla específicamente si la infracción es por abuso, acoso u otro delito sexual, pero en todo caso se refiere a infracciones contra la integridad sexual de los estudiantes, nos debemos atener a la prueba de 'toda conducta de contenido sexual escrita, verbal, gestual o física, aún con aparente consentimiento del menor'.

5.25 Sin embargo, previo a revisar la prueba, es necesario recordar que el derecho administrativo es, históricamente, un derecho *in fieri* (en formación), a partir de postulados del derecho común. Es por ello que corresponde verificar si es posible la aplicación de los principios y garantías provenientes del Derecho penal, en el Derecho administrativo sancionador.

5.26 Sobre este tema, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales sostienen que al existir una coincidencia sustancial entre ambos sectores del ordenamiento jurídico -Derecho penal y Derecho administrativo sancionador-, la consecuencia más visible es que parte de los principios y garantías del Derecho penal, se apliquen a las infracciones y sanciones administrativas, en la medida en que sean compatibles [*Derecho Administrativo Sancionador* (Pamplona: Thomson Reuters, 2017)115-117].

5.27 De igual manera, en líneas generales, la jurisprudencia extranjera ha admitido la aplicación de las garantías del proceso a las infracciones administrativas, por analogía entre el proceso penal y el administrativo sancionador. Bajo este escenario, cierta jurisprudencia española indica que las garantías y los principios informadores del orden penal son aplicables, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado [RTC 1981, 18 citada por Idoya Arteagabeitia y Mariano Herranz, "El procedimiento Administrativo Sancionador Tipo: Ámbito de aplicación". En *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (Pamplona: Thomson Reuters, 2013), 355].

5.28 Empero, la extrapolación de los principios y garantías del Derecho penal no puede ser absoluta e inmediata, sino que deberá observar si la naturaleza del procedimiento administrativo lo permite, y en caso de hacerlo, qué principios y en qué medida. Sin perjuicio de ello, algunos de estos principios de orden penal, ya han sido reconocidos por la Constitución y la ley, como es el caso de la presunción de inocencia [CRE, art. 76.2 y ERJAFE, art. 202]. Así, el artículo 76.2 de la CRE prevé:

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:
Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

5.29 De igual modo, el artículo 202 del ERJAFE disponía que: "*Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario*".

5.30 En relación con lo anterior, precisamente la necesidad de que el procedimiento sancionador incluya una fase probatoria tiene fundamento constitucional y legal en la presunción de inocencia [CRE, art. 76.2 y ERJAFE, art. 202] y la consiguiente carga de la prueba que se impone a los órganos administrativos, sin que la acreditación de los hechos constitutivos de la infracción pueda quedar amparada por la presunción de legalidad de los actos administrativos [Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General* (Pamplona: Thomson Reuters, 2017) 797].

5.31 Bajo tal escenario, la presunción de inocencia comporta: (i) que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo de la conducta

reprochada; y, (ii) que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionar, debe resultar en un pronunciamiento absolutorio [76/1990 (RTC 1990, 76); 14/1997 (RTC 1997, 14); 169/1998 (RTC 1998, 169)].

5.32 Y por otro lado, en relación con la presunción de legalidad de los actos administrativos versus el principio de presunción de inocencia, cierta jurisprudencia extranjera ha dicho que, la primera no prevalece sobre la segunda, ni implica la inversión de la carga de la prueba, sino que simplemente comporta la carga de recurrir en vía judicial el acto administrativo, pudiendo fundamentarse, precisamente, en la falta de prueba de la conducta imputada [Tribunal Constitucional español, STC 76/1990 (RTC 1990, 76, citada por David Mellado Ramírez y Mariano Herranz Vega, "La Instrucción del Procedimiento Sancionador", en *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* ((Pamplona: Thomson Reuters, 2013) 464].

5.33 No obstante lo anterior, por las características del caso *sub judice*, es menester referirnos necesariamente al 'interés superior del niño' previsto en la Constitución [CRE, art. 44] y en la ley [CONA, art. 11].

5.34 Sobre este principio, la Corte Constitucional del Ecuador estableció que:

> "*El interés superior del niño, como principio orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, 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*" [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 207-11-JH/20 de 22 de julio de 2020]

5.35 Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha dicho que el interés superior del niño es un concepto triple: (i) un derecho sustantivo, en la medida en que se evalúe y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida; (ii) un principio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido de que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se deberá elegir aquella que satisfaga de manera efectiva dicho principio; y, (iii) una norma de procedimiento, puesto que, siempre que se tome una decisión que afecte a un niño, esta deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones en el destinatario. Así también, es necesario que se explique cómo se ha respetado el mentado derecho en la decisión, especialmente en cómo se ha ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones [Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 2013].

5.36 En la mentada Observación General No. 14, el mismo Comité se pronunció sobre el alcance del concepto e indicó que su contenido debe determinarse en el caso concreto. Es así, que manifestó: "*El concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales.*" [Observación General No. 14, op. Cit].

5.37 Ahora bien, sobre la confrontación entre los principios de interés superior del niño y la presunción de inocencia, este Tribunal considera que el primero no puede superponerse por sí solo respecto del segundo y quebrantarlo, más aún en aspectos probatorios; pues de otra manera, se estaría otorgando *carta blanca* para que los órganos sancionadores o, incluso, los juzgadores, *so pena* de aplicar y garantizar dicho principio, emitan resoluciones sancionatorias a pesar de la falta o inexistencia de prueba -directa y en algunos casos, indiciaria- de los elementos de la infracción. De ahí, que ello también se relacione con la falta de debida diligencia de la Administración, en el sentido de sustanciar y proporcionar elementos de cargo suficientes para la sanción, que no puede ser subsanada con la aplicación del interés superior del niño.

5.38 Lo anterior no quiere decir que dicho principio no sea aplicable en materia administrativa sancionatoria, puesto que en la toma de cualquier decisión que pueda afectar sus derechos, deberá estimarse y evaluarse de acuerdo con el caso concreto, en concordancia con los lineamientos precitados, de tal suerte que su garantía no resulte limitada o desconocida.

5.39 Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala sí reconoce que el interés superior del niño, en relación con las infracciones que sancionan atentados contra la integridad sexual de menores, tiene ciertas reglas especiales o, excepcionales, si se quiere, respecto de la prueba. Ello, por cuanto normalmente éstas se cometen en la clandestinidad, o pretendiendo ocultar cualquier prueba de materiali-

dad y responsabilidad; de tal modo que, negar la aplicación de cierta excepcionalidad provocaría la absoluta impunidad.

5.40 En ese orden, la primera regla especial tiene vinculación directa con el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados [CONA, art. 60] y se materializa en el testimonio o versión de la presunta víctima como elemento de cargo fundamental y principal, aunque necesariamente verificable con pruebas periféricas, normalmente indirectas o por medio de indicios, dado que en no pocas veces será el único testigo, o quien más cerca estuvo del presunto infractor. Aunque ello no obsta a que la fuerza probatoria de dicho testimonio o versión se encuentre condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

5.41 En general, cierta doctrina ha manifestado que, lo habitual es que la palabra de la víctima resulte creída, salvo que resulte **incongruente con el resto de las pruebas**, presente **anomalías psíquicas**, **carácter fabulador** o se constate un previo **ánimo de venganza o una enemistad manifiesta** [Francisco Pastor, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003) falta pagina]. Es decir que: 1. Sea incongruente; 2. Presente anomalías; o, 3. Se constate un ánimo de venganza o enemistad manifiesta.

5.42 Así mismo, alguna jurisprudencia extranjera ha coincidido en que, cuando el testimonio -o versión- de la víctima sea la única prueba, se deberá comprobar si concurren tres requisitos [Sentencia AP Madrid, de 10 de enero de 2007; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Exp. No. 18455, de 7 de septiembre de 2005]. Primero, **la ausencia de incredibilidad subjetiva**, derivada de las relaciones acusados/acusado, que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

5.43 Segundo, la **verosimilitud**, es decir, la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo [Sentencia AP Madrid, de 10 de enero de 2007] o, dicho de otro modo, que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho [Exp. No. 18455, op. Cit]. Y, finalmente, **persistencia en la incriminación**, en el sentido de que ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues la única posibilidad de evitar la indefensión es permitir al presunto infractor, cuestionar la declaración, poniendo de relieve las contradicciones [Sentencia AP Madrid, op. Cit y Exp. No. 18455, op. Cit].

5.44 A pesar de que estos requisitos se refieren en esencia a la prueba en materia penal, tratándose de desvirtuar la garantía constitucional de la presunción de inocencia; y en sentido opuesto, con ánimo de garantizar en todos los supuestos su aplicación y reconocimiento, esta Sala los estima compatibles con el proceso administrativo sancionador.

5.45 Y la segunda regla excepcional, se refiere a la destrucción del principio de presunción de inocencia únicamente con prueba indiciaria o mediante conjeturas. La regla en materia administrativa sancionatoria es que únicamente la prueba plena desvirtúa dicho principio. No obstante, en algunas infracciones -como en el caso que nos ocupa- la prueba directa de los elementos de la infracción es harto compleja, y en ocasiones inalcanzable, dadas las circunstancias de su cometimiento, como se ha dicho.

5.46 En esa línea, la prueba indiciaria es aquella que muestra la certeza de unos hechos que no son en sí mismo los integrantes de la infracción o los determinantes de la culpabilidad, pero de los que cabe inferir lógicamente una y otra. Sobre este tipo de prueba, la jurisprudencia extranjera ha dicho que sólo será apta para destruir la presunción de inocencia cuando: (i) se expresen en la resolución las grandes líneas que conducen a la deducción [STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2007, par. 454] o, dicho de otro modo, cuando el órgano haga explícito el razonamiento en virtud del cual, partiendo de tales indicios, obtiene la conclusión de la realidad del hecho infractor y de la culpabilidad [STS de 31 de marzo de 1998]; (ii) la deducción se obtenga a partir de datos fácticos cuya existencia está acreditada por prueba directa, que tales datos sean concomitantes a aquel que se trata de probar y que la deducción sea racional y lógica [STSJ de Madrid, op. Cit, citada por Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Editorial Tecnos, 2012) 501-502].

5.47 Ahora bien, una vez examinados los principios de presunción de inocencia, legalidad e interés superior del niño, y ciertas reglas probatorias aplicables al caso que nos ocupa, corresponde examinar la falta o errónea valoración de la prueba respecto de la infracción prevista en el numeral aa) del artículo 132 de la LOEI, y de acuerdo con lo manifestado en el párr. 5.24 *ut supra*.

5.48 En la Resolución No. 016-2017-JDRC-DD05D03 de 28 de diciembre de 2017, respecto de la prueba de descargo, la Administración manifestó que el documento notariado de los padres de la presunta víctima "*no especifica que hechos no son verdaderos específicamente cuales de los que se menciona en el informe de hecho de violencia*". De ahí, se enfocó en señalar las versiones solicitadas por el sumariado [María Quishpe, Darwin Hurtado, Sofía Solorzano, Miriam Beltrán, Edwin Lema, Wilson Guzmán, Mayra Hoyos, Alison Rivera, Mery Rivera, Greta Molina]; no obstante, no realizó ninguna consideración del por qué dicha prueba no es pertinente, o en su caso, por qué la desechó.

5.49 En cuanto a la impugnación del informe de hecho de violencia, la Administración dice que "*ello es un mero enunciado pues* ***no ha presentado prueba alguna con la cual se enerve la misma****, ya que en dicho informe consta lo relatado por la adolescente, presunta víctima, y en el expediente no consta prueba alguna documental o* ***testimonial que diga lo contrario*** *de lo manifestado en dicho informe, más aún cuando consta un informe psicológica que menciona que tiene problemas de comportamiento, por el cual se hace alusión a otros hechos de agresiones por parte de una compañera, [así mismo] se desprende que el padre de la adolescente no permite que se continúe con el seguimiento del caso, lo que de ninguna manera asevera o permite que la adolescente sea escuchada, coartándole su derecho*".

5.50 Por su parte, según la JDRC la prueba -de cargo- fundamental sería el informe No. 08 de 17 de octubre de 2017, en el cual la Jenny Real en calidad de DECE, dice que la presunta víctima habría dicho que "*el profesor Diego me ha besado por varias ocasiones" "fue ahí cuando me dio el primer beso" "le dejaba el docente ingresaba a la misma a besarle y toquetearle"*; a la pregunta de cuántos encuentros sexuales ha tenido, ella respondió "*dos en la cocina hace aproximadamente 1 mes*".

5.51 En ese orden, la demás pruebas de cargo se fundamentaron en lo siguiente: a) versión e informe de Gabriela Mera, en el cual dice que una estudiante le dijo que Diego Manotoa estaba con la presunta víctima, que le preguntó a la estudiante y ella lo negó, y que después, en una reunión convocada en donde participaron otros estudiantes y profesores, ella habría dicho que se dio un beso con el presunto infractor; b) versión de Sofía Solorzano, que precisó que la estudiante Greta Molina le comentó que Diego Manotoa estaba con la presunta víctima; c) versiones de Miriam Beltrán, Wilson Guzmán, Mayra Hoyos y Edwin Lema, quienes refieren que en la reunión mantenida, la presunta víctima habría dicho que hubo un beso.

5.52 De todo lo expuesto, la conclusión de la JDRC fue que: "*el comportamiento y actitudes realizadas por el docente,* ***descritas por las personas anteriormente mencionadas****, se adecuan a la prohibición; pues al haber realizado esos acercamientos corporales y peor aún al haber besado a la víctima, implica una agresión sexual a la estudiante*".

5.53 Bajo tales circunstancias, se advierte que la Administración realizó una errada valoración de la prueba, por las siguientes consideraciones:

5.54 La prueba fundamental de la Administración es el informe efectuado por Jenny Real en calidad de DECE, en el cual **se relata lo que la presunta víctima habría dicho**, y lo que **habría dicho en la reunión de los profesores y alumnos**; es decir, el **relato que la estudiante habría dicho a terceros sobre los presuntos hechos**, pues debe recordarse que ésta nunca compareció al procedimiento administrativo a rendir su versión. En este sentido, es cierto que, dadas las características de este tipo de infracciones, este medio probatorio podría ser el más idóneo para lograr determinar la existencia del ilícito y quebrantar así la presunción de inocencia. No obstante, sólo cuando haya sido contrastada con los requisitos previstos en los párrs. 5.38-5.41 *ut supra*, en concordancia con la prueba aportada, de forma que no se desconozca el principio de presunción de inocencia; situación que en la especie no sucedió.

5.55 De la confrontación del acervo probatorio se observan elementos que podrían poner en duda la credibilidad subjetiva del testimonio "indirecto" dado por la supuesta víctima y que fuera referido en el párrafo anterior. Ello por la existencia de un documento suscrito por la madre y el padre de la presunta víctima en el cual precisaron que: "*mi hija [presunta víctima] no quiso que ponga la denuncia…porque…lo que había dicho a la psicóloga en la reunión no era verdad y que ella sola era la que estaba enamorada del profesor y que ella en reiteradas ocasiones le había dicho que lo quiere al ver que el profesor no hizo caso ella decidió dar una versión a todos para que le culparan de que ellos estaban juntos*". Situación que es confirmada mediante la versión del padre: P: Recuerda que su hija le dijo haberse enamorado del profesor Diego Manotoa. R: "*Sí recuerdo*" P: Recuerda si también les contó que no le hizo caso el profesor Diego Manotoa y que por ello inventó que andaban juntos con el profesor. R: "*Sí*

claro de esa manera"; y de la madre, P: Recuerda que su hija le dijo haberse enamorado del profesor Diego Manotoa. R: "*Sí una vez me dijo que si no tanto enamorada se llevaba como con cualquier profesor*" P: Recuerda si también les contó que no le hizo caso el profesor Diego Manotoa y que por ello inventó que andaban juntos con el profesor. R: "*Sí me dijo eso, como ella ha tenido una amistad, pero igual no le hizo caso no tomo atención a ella*".

5.56 Así también, se puede apreciar de la versión de Mery Rivera que: P: Qué consejos usted ha recibido de la presunta víctima para seducirle al profesor Diego Manotoa. R: "*Ella nos decía que debemos seducir a los profesores para sacarles plata*" P: Indique si es verdad que la presunta víctima decía que le va a denunciar al docente para obtener de él kushky. R: "*Si ella decía que no quería estar en la caña, que ella quiere vivir en la ciudad*". Lo que tiene concordancia con la versión de Greta Molina: "*también me decía que para entrar con el profesor me alzara la falda (sic) para que me vea las piernas y así el profesor se enamore o que también le vaya a ver en la dirección con una sonrisa le coquetee o que me siente en la máquina para que me enseñe algo que no pueda*". Indique si es verdad que la presunta víctima decía que le va a denunciar al docente para obtener de él kushky. R: *Sí así me decía yo le preguntaba por qué haces esas cosas y ella me decía que por maldad le preguntaba y ella decía que quiere que se separe de su esposa porque ella decía que quiere estar con el profesor y que quiere sacarle dinero*.

5.57 De igual forma, no se advierte persistencia en la incriminación, por cuanto en un principio, en el informe de violencia la presunta víctima indicó que "*el profesor Diego me ha besado" "el docente ingresaba a la misma a besarle y toquetearle"* y en la reunión mantenida con algunos profesores y alumnos, estos refirieron que la estudiante habría dicho que se "*ha dado un beso con Diego Manotoa*" [Versiones de: Miriam Beltrán, Edwin Lema y Wilson Guzmán].

5.58 Sin embargo, posteriormente se puede advertir que la misma estudiante habría incurrido en contradicción. Ello se advierte de las siguientes pruebas: en el documento presentado por Gabriela Mera, relata que: *"en ese instante le pregunta a la alumna [presunta víctima] a lo cual ella respondió si me molesta, pero yo no estoy con él"; "aparte de ello hable con la estudiante involucrada y le pedí me diga la verdad para yo poder ayudarla, a lo que ella respondió no licen como cree de gana dice eso"*. Igualmente, en la Diligencia de reconocimiento de firmas No. 20171213001D01209 de María Elva Quishpe Vichisela y Ángel Aliro Ortega Tobanda, de 19 de octubre de 2017, se indicó "*mi hija [presunta víctima] no quiso que ponga la denuncia…porque…lo que había dicho a la psicóloga en la reunión no era verdad…ella decidió dar una versión a todos para que le culparan de que ellos estaban juntos"*.

5.59 Lo anterior es contrastado con las versiones de los padres de la presunta víctima, que en lo principal señalaron que: [Madre] P: Con qué finalidad presentó usted ese documento en la Dirección Distrital. R: "*Con la finalidad de que mi hija me conversó a mí que no pasó nada que eso solamente es un comentario*". P: Usted ha conversado con su hija si mantenía algún tipo de relación con el profesor o son solo chismes. R: "*Sólo son chismes, nunca ha pasado nada eso me dijo ella*". [Padre] P: Quién inició los chismes y comentarios. R: "*Inició los chismes ella, mi hija*". P: Con qué finalidad presentó usted el documento en la Dirección Distrital. R: "*O sea presentamos primeramente que la honra de mi hija no esté en boca de todos y en comentarios porque sabía que son chismes*".

5.60 Por consecuencia de lo anterior, se puede deducir que del acervo probatorio existen contradicciones y ambigüedades en el relato de la estudiante a terceros, que no pueden ser desconocidos por este Tribunal; y que, en sentido contrario, debieron estimarse por la Administración en su valoración probatoria.

5.61 Finalmente, en cuanto a la verosimilitud, se observa que no existe prueba indirecta o indiciaria que permitan deducir las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico de acuerdo con el relato otorgado por la presunta víctima, pues además de existir contradicciones, la única prueba de cargo resulta ser su relato de los hechos a terceros, sin corroboración periférica alguna. Con ello tampoco se busca una carga de la prueba imposible para la Administración respecto de este tipo de infracciones, sino únicamente que se garantice en su medida, el principio de presunción de inocencia. Esta prueba, normalmente, se obtiene de pericias psicológicas, médicas, de entorno social, o cualquier semejante.

5.62 De otro punto, y tomando en cuenta que existió prueba -también indirecta- en la cual se reflejó algunas contradicciones en el relato de la presunta víctima, así como incredibilidad subjetiva y falta de verosimilitud y que de las versiones de los profesores, así como de las mismas estudiantes, no se llegó a verificar que el profesor se haya insinuado de manera verbal, escrita o gestual en contra de

la estudiante o se haya acercado y tenido contacto indebidamente, se verifica que tampoco se efectuó un análisis integral de la prueba que obra del expediente administrativo. Esto provocó que la JDRC considere como única prueba los hechos relatados por la estudiante en el informe y en la reunión, sin control de su veracidad o posible contradicción, y sin explicar por qué la prueba de descargo, que también se refiere a lo que habría dicho la presunta víctima a terceros, no fue pertinente y suficiente para conservar la presunción de inocencia.

5.63 Como consecuencia de lo anterior, la Administración no cumplió con la carga probatoria necesaria para destruir la presunción de inocencia, pues todo el acervo probatorio, tanto de cargo, como de descargo, se fundamentó en prueba indirecta no concomitante y contradictoria sobre lo que 'habría dicho la estudiante' a terceros y ello dio lugar a que sobre la responsabilidad de Diego Manotoa exista duda razonable; por lo que correspondía emitirse resolución absolutoria.

5.64 Finalmente, esta Sala estima oportuno insistir en que la carga de la prueba en procedimientos sancionadores o de gravamen, le corresponde íntegramente a la Administración. Por lo tanto, es la Administración quien debe probar las situaciones de hecho que pueden provocar la aplicación de esa sanción [CJN, Sala de lo Contencioso Administrativo, juicio No. 01803-2019-00003]. Con ello se quiere resaltar que, la no incorporación de prueba de descargo no puede afectar inmediata y directamente al presunto infractor; de tal suerte que, si de la prueba de cargo aportada por la Administración existe duda razonable, y no se ha quebrantado la presunción de inocencia, deberá necesariamente emitirse resolución absolutoria.

5.65 Por todo lo expuesto, dado que se configuró un yerro en la valoración de la prueba efectuada por la JDRC, este Tribunal estima que la destitución del docente Diego Manotoa fue ilegalmente declarada. En consecuencia, se declara la ilegalidad de la Resolución No. 016-2017-JDRC-DD05D03 de 28 de diciembre de 2017. En este punto, debe recordarse que la nulidad de los actos administrativos responde al principio de taxatividad, y en razón de ello, no se la declara en la presente causa. Se rechazan las demás pretensiones.

5.66 A manera de obiter dicta, cabe recordar que en sujeción al artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará en concordancia con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es obligación el Estado ecuatoriano utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar en casos de violencia contra la mujer. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que "*ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección*". [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2020. Fondo, reparación y costas. Párr. 177]. En la especie, no se observa que la administración pública haya procedido con determinación y eficacia en la investigación y sumario administrativo seguidos en la especie, siendo especialmente imperativa su actuación diligente en este y casos análogos.

VI. Decisión

6.1. 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** el recurso de casación interpuestos por Diego Marcelo Manotoa Rivera y por lo tanto decide **casar** la sentencia de 28 de octubre de 2020, las 07h58, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato.

6.2 En virtud del artículo 273.3 del COGEP, se declara parcialmente con lugar la demanda, en los términos señalados en el párr. 5.65 *ut supra*. Por consecuencia, se ordena la restitución del docente Diego Manota al puesto que venía desempeñando antes de ser destituido, concediéndole al Ministerio de Educación el término de 5 días contados desde la ejecutoria de la sentencia. Dado que únicamente se declaró la ilegalidad del acto administrativo y, por lo tanto, sus efectos son *ex nunc*, no se otorga el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.- f) Dr. Milton Velásquez Díaz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Patricio Secaira Durango, JUEZ NACIONAL; Dr. Fabián Racines Garrido; JUEZ NACIONAL.**

III

Juicio Nro. 17741-2016-1201
Resolución Nro. 684-2022
Fecha: 11 de julio del 2022, las 08h42

TEMA: Nulidad del acto administrativo.

ASUNTO

La actora presenta una demanda en contra del gobierno autónomo descentralizado del cantón Ventanas, impugnando la resolución administrativa No. 180-GADMCV-2014, de 18 de noviembre de 2014, mediante la cual se resolvió declarar nula la acción de personal No. 121-A, con la que se emitió su nombramiento definitivo para el cargo de asistente técnica de fiscalización en el Departamento de Obras Públicas de la municipalidad.

Entre los argumentos en que fundamenta su acción están que prestó sus servicios profesionales bajo relación de dependencia en el gobierno autónomo descentralizado de Ventanas, de manera ininterrumpida, desde el 01 de agosto de 2010, sin embargo, una vez que se posesionó el nuevo alcalde en el año 2014, se procedió ilegalmente a su despido, conjuntamente con otros empleados municipales de carrera. Como pretensiones solicita principalmente: 1. Se declare la nulidad de la resolución administrativa con la que se le despidió en forma intempestiva; 2. Se le restituya a su puesto de trabajo; y, 3. Se paguen las remuneraciones dejadas de percibir, desde el momento de la terminación unilateral hasta la fecha de reintegro, con sus respectivos intereses.

El gobierno autónomo descentralizado del cantón Ventanas, en su contestación a la demanda, refiere que el nombramiento definitivo fue otorgado sin observar los procedimientos y normas legales para la configuración legal de este acto, lo que constituyó una inobservancia a las disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Público. La municipalidad propone las siguientes excepciones: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, para lo cual le corresponde a la actora probar haber resultado ganadora de un concurso público de méritos y oposición mediante el cual obtuvo estabilidad laboral. 2. Improcedencia de la demanda, por carecer de fundamento legal para interponerla, ya que no existe destitución ilegal, sino la declaratoria de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo contrario al ordenamiento legal; y, 3. Falta de derecho de la actora para reclamar el reintegro a sus funciones, por cuanto no gozaba de derecho a la estabilidad laboral, por haber sido declarado nulo de pleno derecho el acto administrativo por el cual se le otorgó el nombramiento definitivo de manera ilegal, por lo que, al operar la extinción del acto por razones de legitimidad y tener efecto retroactivo, se considera que su nombramiento nuca existió.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil señala que el artículo 228 de la Constitución de la República del Ecuador y los artículos 5 literal h) y 65 de la Ley Orgánica del Servicio Público establecen la obligatoriedad del concurso de méritos y oposición para ingresar al servicio público y optar por un nombramiento permanente. De esta manera, el tribunal establece, en relación con los efectos jurídicos del nombramiento emitido sin concurso, que a más de la destitución del ente nominador,

se genera también la nulidad de la resolución, al haberse producido una omisión o incumplimiento de las formalidades legales que deben observarse, de conformidad con el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, siendo una formalidad sustancial que, previo a emitir un nombramiento definitivo, se debe participar y triunfar en el correspondiente concurso de méritos y oposición. Los jueces concluyen que opera la extinción de oficio del nombramiento otorgado, por razones de legitimidad, careciendo de eficacia jurídica y siendo nulo de pleno derecho.

Sobre la revocatoria de los actos administrativos, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil considera que la propia administración pública, en virtud del principio de autotutela administrativa, puede revocar sus actos, cuando estos tengan vicios que generen nulidad absoluta, siempre que tal revocatoria no sea contraria al interés público y a la seguridad jurídica. Es así que el tribunal declara que el acto administrativo impugnado es legítimo, tanto en el fondo como en la forma, que está emitido por autoridad competente, que contiene una debida motivación y que no se evidencia que para su expedición se haya inobservado ningún procedimiento legal.

Por estas consideraciones, los jueces rechazan la demanda deducida por la accionante contra el gobierno autónomo descentralizado del cantón Ventanas.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17741-2016-1201

Juez Ponente: Dr. Fabián Racines Garrido

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

Quito, lunes 11 de julio del 2022, las 08h42,

***VISTOS*:** Avocamos conocimiento del expediente en virtud de lo siguiente:

i. Mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero del 2021, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 381, 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 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 los jueces: Milton Velásquez Díaz, Fabián Racines Garrido, Patricio Secaira Durango e Iván Larco Ortuño.

iii. Patricio Adolfo 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. 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.

v. Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha viernes 7 de mayo de 2021, a las 11h51 constante a fojas 59 del expediente, el Tribunal competente para conocer y resolver la presente causa se encuentra conformado por los Jueces Nacionales: Fabián Patricio Racines Garrido, en calidad del Juez Ponente, en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, Patricio Adolfo Secaira Durango; e

Iván Rodrigo Larco Ortuño; así como, acorde lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y encontrándose el proceso en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.

ANTECEDENTES

1.1 El Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con Sede en Guayaquil (en adelante **"TDCA de Guayaquil"** o **"Tribunal de instancia"**, indistintamente) expidió sentencia el 13 de septiembre de 2016, las 19h05, dentro de la causa signada con el No. 09802-2014-0429, promovida por la ingeniera Rina Alexandra Galarza Miranda, en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Ventanas (en adelante **"GADMV"**), en la que se resolvió lo siguiente: *"…ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza la demanda deducida por la ingeniera RINA ALEXANDRA GALARZA MIRANDA, contra el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Ventanas. Sin costas ni honorarios que regular. Interviene la abogada Milka Rivera Contreras, en calidad de Secretaria Relatora, designada por el Consejo de la Judicatura. Notifíquese y cúmplase."*

1.2 Con escrito de 16 de septiembre de 2016, las 15h57, inconforme con la sentencia, la actora presentó recurso de casación contra la sentencia ya identificada, que fue concedido por el Tribunal de instancia mediante auto de 28 de septiembre del mismo, en el que se dispuso que el expediente sea remitido a la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia.

1.3 Con auto de viernes 29 de mayo de 2020, las 10h07, la doctora Hipatia Susana Ortiz Vargas, en su calidad de Conjueza Nacional admitió el recurso de casación respecto de la causal primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

II.

ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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 del Ecuador; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Ley de Casación.

2.2 El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2016, las 19h05, por el Tribunal de instancia ha incurrido en los yerros acusados por la recurrente.

2.3 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 de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia)*

2.4 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 lógico-jurídico 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)*

2.5 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)

III.

ANÁLISIS DE LA CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN POR FALTA DE APLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO

3.1 Esta Sala estima importante referirse al alcance de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación que consiste en: *"Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva."* 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.

3.3 A modo de corolario: 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".

3.4 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, publicado en el Registro Oficial Suplemento 211 de 14 de junio de 1999, con respecto a esta causal, señaló lo siguiente: *"Se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente."*

3.5 Con respecto al yerro de falta de aplicación, la casacionista presenta el siguiente argumento: *"En consecuencia, a pesar de haber transcurrido más de tres años entre las fechas de emisión, tanto de la acción de personal # 121A del 01/04/2011 mediante la cual se me otorgó nombramiento definitivo para el cargo de Asistente Técnica de Fiscalización en el Departamento de Obras Públicas del GAD Municipal de Ventanas y de la Resolución Administrativa # 080-GADM-CV-2014 del 18/11/2014 con la que se declaró nula la acción de personal mencionada, no fue aplicado el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y el Precedente Jurisprudencial de la Corte Nacional de Justicia publicado en el RO # 62 del 05/11/2015, para efectos de la caducidad de la acción por parte del GAD de Ventanas para emitir tal resolución, este Tribunal Contenciosos Administrativo no lo aplicó a pesar de la declaratoria de caducidad es una figura exclusiva del derecho público que se debe obligatoriamente declarar de oficio, incluso, no requiere alegación de la parte afectada y*

una vez operada la caducidad, al juzgador le está vedado entrar a considerar otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito."

3.6 Más adelante, la casacionista avanza con sus reflexiones y señala lo siguiente: *"El Tribunal Contencioso Administrativo de Guayaquil en su fallo no aplicó el literal b) del artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que establece como causal de nulidad de un acto administrativo respecto del procedimiento, cuando la inobservancia de las normas que regulan el mismo, causen gravamen irreparable o influyan en la decisión, es decir que la omisión sea de tal gravedad que altere la decisión final del acto. En mi caso particular, la Resolución Administrativa No. 121A de fecha 01/04/2011 mediante el cual se me otorgó el Nombramiento Definitivo al cargo que ostentaba, no fue el resultado del sumario administrativo que le obligaba a cumplir el texto del artículo 107 del Reglamento General a la LOSEP reduciendo con esto, al mínimo la discrecionalidad de las acciones y decisiones del GAD Municipal de Ventanas, ya que por ser de obligatorio cumplimiento la instauración del sumario administrativo previo a la cesación de funciones por haber inobservado en el ingreso al sector público el concurso de méritos y oposición, indiscutiblemente tenía que efectuarse y esto no fue considerado por el Tribunal en su fallo. Del análisis de los recaudos procesales, no existe evidencia alguna que la entidad demandada haya cumplido con dicho requisito obligatorio, sine qua non para que se cumpla con la figura reglamentaria de cesación de funciones por haber inobservado en el ingreso al sector público el concurso de méritos y oposición, omisión que he alegado expresamente en mi demanda y que no ha sido contradicha por las autoridades demandadas y lo que es peor, fue mencionada en la sentencia por el Tribunal Contencioso Administrativa de Guayaquil en el considerando 6.7 sin ligarla al mandato contenido en el artículo 107 del Reglamento General de la LOSEP."*

3.7 Por su parte, el Tribunal de instancia, sobre el nombramiento emitido sin concurso, señaló lo siguiente: "***7.2.-*** *En relación a los efectos del nombramiento emitido sin concurso: expedir un nombramiento sin concurso, a más de la destitución del nominador, conforme se manifestó anteriormente, genera otros efectos, así: a).- El artículo 424 de la Constitución de la República, al disponer que los actos del poder público, como lo es el acto administrativo de emitir un nombramiento, deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales (en el presente caso la obligatoriedad del concurso de méritos y oposición para ingresar al servicio público), caso contrario carecerán de eficacia jurídica, de lo que se deriva con suma claridad que al no cumplir con el concurso, el nombramiento no guarda conformidad con la citada norma constitucional, en consecuencia su efecto es la ineficacia jurídica; b).- El artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa determina como causa de nulidad de una resolución la omisión o incumplimiento de las formalidades legales que deben observarse para dictar una resolución, entonces, para emitir un nombramiento es formalidad sustancial participar y triunfar en el correspondiente concurso de méritos y oposición, su inobservancia acarrea la nulidad; c).- El artículo 370 del COOTAD, estipula: "Extinción de oficio por razones de legitimidad.- Cualquier acto administrativo expedido por los gobiernos autónomos descentralizados deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados. El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos."; concomitantemente, el artículo 371 del mismo cuerpo legal señala: "Vicios que impiden la convalidación del acto.- No son* [sic] *suceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho los siguientes actos administrativos: a) Los que lesionen, de forma ilegítima los derechos y libertades consagrados en la Constitución de la República; … f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos* [sic] *escenciales para su adquisición; … h) Los actos que tengan por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados…" Por lo tanto el nombramiento emitido sin concurso u omitiendo el respectivo procedimiento de selección, es ineficaz y nulo de pleno derecho en razón de que contraviene expresas disposiciones constitucionales y legales; pues, un acto administrativo válido tiene como consecuencia que sea apto de producir efectos; mientras que un acto viciado hace ineficaz su cumplimiento, pudiendo ser impedido su vigencia sea por vía judicial o administrativa en ejercicio del principio de auto tutela, en* [sic] *consecuncia el nombramiento otorgado a la actora mediante Acción de Personal No. 122 A de 01/04/2011 sin cumplir ningún concurso de méritos y oposición, carece de eficacia jurídica y es nulo de pleno derecho;"*

3.8 En relación con la revocatoria de los actos administrativos, en la sentencia interpelada se observa lo siguiente: *"Por lo que este Tribunal considera*

que en sede administrativa, la propia administración pública en virtud del principio de autotutela administrativa si puede revocar sus actos administrativos cuando estos tengan vicios que generen nulidad absoluta o de pleno derecho, siempre que tal revocación no sea contraria al interés público y a la seguridad jurídica."

3.9 En lo que respecta a la instauración de un sumario administrativo, el Tribunal de instancia hace la siguiente reflexión: *"7.6.- Es pertinente también aclarar: a).- La actora reclama derecho a la estabilidad en el puesto, por lo previsto en los artículo 23 literal a) de la LOSEP, es de advertirse que la estabilidad prevista en la citada norma, efectivamente es un derecho para los servidores públicos que dispongan de un nombramiento adquirido legítimamente, es decir previo el respectivo concurso con observancia a los procedimientos debidamente normados; b).- Sostiene la actora que se debió instaurar un sumario administrativo, al respecto simplemente debe tenerse en cuenta que mediante la resolución impugnada a través de la presente acción se ANULÓ el acto administrativo a través del que se expidió nombramiento, al actor, no se DESTITUYÓ NI DESPIDIÓ pues, nulidad de nombramiento y destitución son dos figuras diferentes, que tienen causas y efectos jurídicos también distintos, por lo tanto para revocar o anular un acto administrativo no necesita sustanciarse sumario administrativo, procedimiento aplicable en el régimen disciplinario; c).- La Resolución No. MRL STF 2014 0244 emitida el 4 de junio de 2014 por la Subsecretaria Técnica de Fortalecimiento del* [sic] *Minsterio de Relaciones Laborales, califica de oficio a las obreras y obreros amparados por el Código del Trabajo, así como a las servidoras y servidores sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Público del Gobiernos* [sic] *Autonomo Descentralizado Municipal del cantón Ventanas, no establece ni genera derechos, ni decreta la emisión de nombramientos definitivos en contra de normas constitucionales o legales, ni lo califica como funcionaria de carrera como sostiene la actora; está resolución tiene por objeto* [sic] *determiar el* [sic] cámbio de régimen laboral en cumplimiento de las normas señaladas en la misma resolución;"

3.10 Una vez que esta Sala Especializada ha contrastado los argumentos de la casacionista con las reflexiones contenidas en la sentencia interpelada, corresponde analizar la procedencia del yerro de falta de aplicación de las normas señaladas como infringidas por la recurrente. Es importante recordar que nos enfrentamos a la alegación de un error *iu iudicando*. En palabras de Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, en su obra "La Casación Civil", este tipo de errores: *"También denominados errores de juzgamiento, de juicio o fondales, se trata de aquellos motivos o causales que permiten la demolición del acto sentencia, cuando existen defectos o yerros en el razonamiento lógico, racional y volitivo, que conducen a la violación o infracción de la ley, de manera directa o indirecta, de manera que se trata de una falla en la actividad intelectual donde la voluntad concreta de la ley declarada en el acto sentencial, no se identifica con la voluntad efectiva contendida en la ley, todo lo que conduce a una sentencia injusta, errónea o defectuosa."*

3.11 En el caso *in examine,* la casacionista alega la falta de aplicación de los artículos 59 b) y 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante, **"LJCA"**) y 107 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante, **"RGLOSEP"**)

3.12 La casacionista entiende que el Tribunal de instancia dejó de aplicar el artículo 59 b) de la LJCA, norma que debió ser seleccionada del ordenamiento jurídico por parte del Tribunal de instancia para dar solución a esta controversia, puesto que, para que opere su desvinculación de la entidad municipal, debió mediar un sumario administrativo, como parte del procedimiento administrativo para dictar una resolución de este tipo. Este requisito, según la tesis que defiende la recurrente, está previsto en el artículo 107 del RGLOSEP.

3.13 Sin embargo, esta Sala Especializada considera oportuno realizar algunas reflexiones. Según se desprende de la sentencia interpelada, la señora Galarza Miranda se vinculó al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Ventanas, en calidad de Asistente Técnica de Fiscalización, mediante un nombramiento definitivo constante en la Acción de Personal No. 121A de 1 de abril de 2011 suscrito por la máxima autoridad, sin haber participado en un concurso de méritos y oposición para tal designación. Más adelante, el Alcalde de la época, dicta la Resolución Administrativa No. 080-GADM-CV-2014, con la que, de oficio, declara nulo de pleno derecho al acto administrativo contenido en la Acción de Personal No. 121A de 1 de abril de 2011, por razones de legitimidad, en cumplimiento con el artículo 370 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante **"COOTAD"**); y, en consecuencia se dispuso que la señora Galarza Miranda, de forma inmediata, cese en sus funciones en el cargo que desempeñaba en la entidad municipal.

3.14 Dada su importancia constitucional, el servicio público encuentra en la Constitución de la República del Ecuador sus primeras referencias, dentro de los siguientes apartados generales: **(i)** El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley **(ii)** determina quiénes tienen la calidad de servidores públicos, **(iii)** señala que sus derechos son irrenunciables, **(iv)** indica que la ley el definirá un órgano rector **(v)** reconoce la remuneración a favor de los servidores públicos; y, **(vi)** Prohibiciones y régimen de responsabilidades. En este sentido, el ordenamiento jurídico del empleo público determina las formas de vinculación de los servidores públicos con las instituciones del Estado, que puede ser a través de nombramientos o contratos. Cada una de estas figuras jurídicas de carácter administrativas estás sujetas a requisitos y condiciones establecidas en la ley.

3.15 En el caso *in examine*, la señora Galarza Miranda se vinculó a la administración pública seccional como servidora pública para que ejerza las funciones de Asistente Técnica de Fiscalización en el Departamento de Obras Públicas mediante un nombramiento definitivo, para lo cual debió superar el proceso selectivo, es decir, postular, participar y ganar el concurso de méritos y oposición para ingresar al servicio público, situación que no ocurrió en este caso, conforme consta en la sentencia interpelada. Al respecto, en el capítulo II "Del ingreso a la carrera del servicio público" que se encuentra en el título "De la carrera administrativa" de la LOSEP, el artículo 86 prescribe los requisitos para el ingreso a la carrera administrativa, entre otros, haber sido declarado ganador del concurso de méritos y oposición; y, más adelante, dicha ley señala que los servidores públicos que hayan obtenido el nombramiento permanente mediante esta vía estarán amparados, además de los derechos que se les otorga en el artículo 23 de la LOSEP, por la garantía adicional de la estabilidad en sus puestos, que implica que solo serán destituidos por las causas determinadas en la Ley y luego del correspondiente sumario administrativo.

3.16 Entonces, la adquisición de la condición de servidor público de carrera tiene una regulación específica en la ley y sus requisitos son de cumplimiento obligatorio, puesto que se crea una relación entre la Administración pública y el servidor público para el desempeño de sus servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

3.17 Dentro del proceso judicial y de la sentencia, objeto de este recurso, no queda duda alguna que la señora Galarza Miranda ingreso al servicio público con un nombramiento definitivo, sin haber superado el respectivo concurso de méritos y oposición.

3.18 En este escenario, el Alcalde del GADMV de aquella época, en su calidad de máxima autoridad ejecutiva, de oficio resolvió declarar nulo de pleno derecho y consecuentemente su extinción por razones de legitimidad la Acción de Personal No 121A de 1 de abril de 2011, mediante la que se otorgó el nombramiento definitivo a favor de la señora Rina Alexandra Galarza Miranda y la cesó en sus funciones. Cabe indicar que esta resolución se encuentra soportada fundamentalmente en los siguientes informes: **(i)** Oficio No. 003-UATH de 23 de mayo de 2014, suscrito por la licenciada Aracely Contreras Vera, en su calidad de Jefa encargada de la Unidad de Administración del Talento Humano, que certifica lo siguiente: *"… revisados prolija y minuciosamente el archivo que reposa en esta Unidad de Talento Humano, NO existe documentación alguna, ni resolución que acredite haberse realizado Concursos de Méritos y Oposición para el ingreso de Servicio Civil y Carrera Administrativa, desde el 3 de agosto de 2009, hasta la presente fecha…"* y **(ii)** Memorándum No. 013-PSM-2014 de 23 de junio de 2014, suscrito por el Dr. Edgar Palacios López, en su calidad de Procurador Síndico de la entidad municipal, que en su parte pertinente refiere: *"… concluye que para declarar la nulidad de los actos administrativos (acciones de personal), mediante los cuales se otorgó nombramientos permanentes o definitivos en franca violación de las disposiciones Constitucionales, Legales y reglamentarias, no existe únicamente la vía del sumario administrativo; también existe la facultad ejecutiva de la autoridad nominadora para declarar la extinción de las acciones de personal (actos administrativos) mediante otros acto administrativo (resolución) que extinga los efectos del acto administrativo por razones de legitimidad, de conformidad con las disposiciones regladas en los artículos 9, 364, 366, 367 y 370 del COOTAD"*

3.19 Esta Sala Especializada considera importante citar los artículos 367, 370 y 371 del COOTAD, en su orden:

> *"Art. 367.- De la extinción o reforma.- Los actos administrativos se extinguen o reforman en sede administrativa de oficio o a petición del administrado. En general se extinguirán los actos administrativos por el cumplimiento de alguna modalidad accidental a ellos, tales como plazo o condición.*

Los actos administrativos podrán extinguirse o reformarse en sede administrativa por razones de legitimidad o de oportunidad."
"Art. 370.- Extinción de oficio por razones de legitimidad.- Cualquier acto administrativo expedido por los gobiernos autónomos descentralizados deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados.
El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos."
"Art. 371.- Vicios que impiden la convalidación del acto.- No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho los siguientes actos: e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no;"

3.20 Al respecto, el maestro uruguayo, Enrique Sayagués Laso, en su obra *"Tratado de Derecho Administrativo" señala que: "el acto administrativo afectado de irregularidades que produce invalidez, puede ser revocado de oficio o a petición de parte en cualquier momento. Es la solución de principio, que consideramos aplicable a nuestro derecho. Más aún, cabe admitir que la administración está obligada a revocar el acto para ajustarse a derecho."* (Sayagués, E. (2002). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Pág. 515)

3.21 En el caso que nos ocupa, es incuestionable que la Acción de Personal No. 121A de 1 de abril de 2011 contiene un acto administrativo que adolece de una irregularidad grave, puesto que para su emisión no se cumplió con el procedimiento administrativo previsto en la ley, esto es, el concurso de méritos y oposición para ingresar al servicio público y, de esta manera, obtener un nombramiento definitivo. Bajo este panorama, cuando la administración pública seccional advierte tal situación, declara, de oficio, la nulidad de tal acto porque no se ajusta a derecho, puesto que no puede permitir que un acto con un vicio tan grave como este, pueda seguir existiendo.

3.22 Por su parte, Agustín Gordillo señala que "*En cambio, si el vicio era muy grave, entonces el acto es nulo y las consecuencias aplicables serán: a) La acción para impugnarlo judicialmente es imprescriptible, y por lo tanto lo será también, en principio, el recurso para atacarlo administrativamente; b) su extinción produce efectos retroactivos (ex tunc); c) la administración puede revocarlo por razones de ilegitimidad en todo momento; d) el acto no es susceptible de ratificación o de confirmación: El vicio es insanable."*

3.23 Con base en la ley y en los aportes doctrinarios expuestos, esta Sala Especializada estima que el el GADMV procedió de forma correcta, porque nos enfrentamos a un acto administrativo que adolece de una irregularidad grave que no puede subsistir y que la administración pública está obligada a dejar sin efecto aun de oficio, por razones de legitimidad y es insubsanable, criterios recogidos en la sentencia interpelada.

3.24 Finalmente, esta Sala Especializada debe recordar aquel axioma que señala "*quod ab initium vitiosum est, tractu tempore convalescere non potest",* es decir, lo que está viciado desde su inicio no puede convalidarse con el transcurso del tiempo. En el caso que nos ocupa, la Acción de Personal No. 121A de 1 de abril de 2011, estuvo viciada desde su emisión, puesto que no fue el resultado de un concurso de méritos y oposición, situación que no puede convalidarse con el tiempo, ni ser subsanada.

3.25 Por las consideraciones expuestas a lo largo de estos apartados, esta Sala Especializada concluye que el yerro alegado por la casacionista no puede prosperar.

IV.

ANÁLISIS DE LA CAUSAL CONTENIDA EN EL NUMERAL CUARTO DE LA LEY DE CASACIÓN POR CUANTO SE RESOLVIÓ EN LA SENTENCIA AQUELLO QUE NO FUE MATERIA DEL LITIGIO O SE OMITIÓ RESOLVER EN ELLA TODOS LOS PUNTOS DE LA LITIS.

4.1 La incongruencia, según la causal cuarta del artículo 3 de la LCAS, es un error *in procedendo*, que puede ocurrir en tres situaciones: **i.** cuando se otorga más de lo pedido (*plus o ultra petita*); **ii.** cuando se otorga algo diferente a lo solicitado (*extra petita*); y, **iii.** cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citra petita*).

4.2 En esta línea, Santiago Andrade Ubidia, en su obra "La Casación Civil en el Ecuador" nos enseña que: *"la inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones previas"* (Santiago Andrade, La casación civil en el Ecuador (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2005), pág. 147)

4.3 Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, cuando ha señalado que: *"El Tribunal de Casación ha de realizar el cotejo o confrontación de la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas, para de allí concluir si el fallo casado se halla conforme con tal contenido o si, por el contrario, hay incongruencia."* (Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 31 de enero del 2001. R.O. No. 289. 21/marzo/2001, pág. 38)

4.4 En la especie, el recurrente ha optado por el vicio de *citra o infra petita*, que según el tratadista Jorge Cardozo, sucede cuando: *"se deja de resolver sobre alguna o algunas de las pretensiones de la demanda o sobre las excepciones."* (Jorge Cardoso, Manual Práctico de Casación Civil (Bogota: Temis, 1984. Pag. 84]. Bajo esta consideración, este tribunal procede al análisis del contenido de la demanda propuesta por la señora Galarza Miranda y el contenido de la sentencia emitida por el Tribunal de instancia, en orden de establecer si se incurrió en el vicio acusado.

4.5 Para sostener su alegación, la entidad casacionista plantea el siguiente argumento: *"El Segundo Tribunal Contencioso Administrativo en su sentencia, tan solo se limitó a pronunciarse sobre las excepciones de la parte demandada y no consideró todos los puntos de la litis, fundamentados en mis alegatos y pronunciamientos jurisprudenciales sobre la caducidad de la acción por parte del GAD Municipal de Ventanas y la nulidad de la Resolución Administrativa No. 107-GADM-CV-2014 emitida el 18/11/2014 por no haber cumplido con los requisitos legales para que surta efectos jurídicos, señalados en el artículo 107 del Reglamento General de la LOSEP por lo que es procedente este recurso, dado que se han dejado de aplicar los artículos 42 de la Ley de lo Contencioso Administrativa y 273 del Código de Procedimiento Civil, en relación con la omisión de resolver en sentencia todos los puntos de la litis por lo que se ha incurrido en lo que se denomina citra petita o minima petita ya que omite pronunciarse sobre cuestiones sometidas por la parte al juicio."*

4.6 Por otro lado, la sentencia recurrida señala que: *"Es pertinente también aclarar: a).- La actora reclama derecho a la estabilidad en el puesto, por lo previsto en los artículo 23 literal a) de la LOSEP, es de advertirse que la estabilidad prevista en la citada norma, efectivamente es un derecho para los servidores públicos que dispongan de un nombramiento adquirido legítimamente, es decir previo el respectivo concurso con observancia a los procedimientos debidamente normados; b).- Sostiene la actora que se debió instaurar un sumario administrativo, al respecto simplemente debe tenerse en cuenta que mediante la resolución impugnada a través de la presente acción se ANULÓ el acto administrativo a través del que se expidió nombramiento, al actor, no se DESTITUYÓ NI DESPIDIÓ pues, nulidad de nombramiento y destitución son dos figuras diferentes, que tienen causas y efectos jurídicos también distintos, por lo tanto para revocar o anular un acto administrativo no necesita sustanciarse sumario administrativo, procedimiento aplicable en el régimen disciplinario;"*

4.7 Bajo estas consideraciones, se advierte que el Tribunal de instancia si trató y resolvió la alegación sobre la necesidad de instaurar un sumario administrativo en contra de la accionante, pues indicó, con toda claridad, la diferencia entre destitución y remoción. Bajo este razonamiento, el Tribunal de instancia, sí resolvió, aunque de forma negativa, la pretensión de la ahora casacionista.

4.8 En mérito de lo expuesto, esta Sala considera que no ha existido el vicio de incongruencia (citra petita) invocado por la señora Galarza Miranda en su recurso de casación, toda vez que los puntos trabados fueron resueltos suficientemente por el Tribunal de instancia en su sentencia.

V.

DECISIÓN

En mérito de las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, **rechaza** el recurso de casación interpuesto por Rina Alexandra Galarza Miranda; y, en consecuencia **no casa** la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2016, las 19h05, emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Fabián Racines Garrido, JUEZ NACIONAL (PONENTE), Dr. Patricio Secaira, JUEZ NACIONAL; Dr. Iván Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL.

IV

Juicio Nro. *17811-2013-3150*
Resolución Nro. *1106-2022*
Fecha: *31 de octubre del 2022, las 08h59*

TEMA: Nulidad e ilegalidad del acto administrativo.

ASUNTO

El actor presenta una demanda de plena jurisdicción en contra del acto administrativo de 24 de julio de 2012, emitido por el Jefe del Cuerpo de Bomberos del cantón Salcedo, por medio del cual fue destituido de su puesto de trabajo, y contra la respectiva acción de personal, que materializa su destitución. El accionante afirma que no es cierto que se encuentre inmerso en una de las causales de prohibición para el ejercicio profesional en el sector público, contempladas en el artículo 48, literales e) y f), de la Ley Orgánica de Servicio Público, pues no ha cometido ninguna infracción disciplinaria. El demandante señala que el sumario administrativo seguido en su contra estuvo plagado de irregularidades y que se violaron sus derechos y garantías constitucionales, destacando principalmente que se le dejó en indefensión, al no permitirle actuar las pruebas solicitadas en forma oportuna.

El actor solicita que se declare nulo e ilegal el acto administrativo expedido por el Jefe del Cuerpo de Bomberos del cantón Salcedo, y concomitantemente la nulidad de la acción de personal, que se ordene el reintegro inmediato a su lugar de trabajo y se le pague las remuneraciones que ha dejado de percibir por la destitución, incluyendo los aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Por su parte, el Cuerpo de Bomberos del cantón Salcedo, en la contestación a la demanda, refiere que la cesión en funciones del servidor fue consecuencia del cometimiento de una falta grave, prevista en la letra e) del Art. 48 de la Ley Orgánica de Servicio público, y que se la impuso luego de agotar el proceso de sumario administrativo previsto en su Reglamento General.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito manifiesta que los actos administrativos impugnados han sido emitidos y suscritos por el Comandante del Cuerpo de Bomberos de Salcedo, en calidad de autoridad nominadora y, por tanto, es el competente para esa actividad, conforme lo establece el inciso primero del artículo 42 de la Ley Orgánica de Servicio Público, artículo 98 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público y artículo 14 del Reglamento Orgánico Operativo y Régimen Interno y Disciplina de los Cuerpos de Bomberos del Ecuador.

En lo relativo a la omisión o incumplimiento de las formalidades legales, el tribunal considera válida esa alegación, pues, aun cuando el informe de Talento Humano, emitido por el Comandante del Cuerpo de Bomberos no tiene carácter de vinculante, quien dispuso el inicio del sumario administrativo fue él mismo, en su calidad de autoridad nominadora, por lo que la dualidad de la actuación del funcionario como agraviado y denunciante de los hechos y, por otro, como autoridad llamada a emitir los informes de inicio y final del sumario, afectan la imparcialidad, legitimidad y legalidad de lo actuado en el sumario; cuando

su deber, en aras de garantizar un pronunciamiento imparcial de los hechos que se juzgaron administrativamente, era de excusarse de intervenir en la emisión de dichos informes, por lo que no hacerlo conllevó a la parcialización e ilegitimidad de todo lo actuado.

El tribunal acepta parcialmente la demanda y declara la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución emitida por el Jefe del Cuerpo de Bomberos del cantón Salcedo, consecuentemente se deja sin valor legal la sanción de destitución impuesta al actor, se ordena que la administración demandada lo reintegre a su puesto de trabajo o a otro de similar categoría; y, que, en el plazo de treinta días, se liquiden y paguen las remuneraciones y más emolumentos que le correspondía percibir, calculados desde la fecha en que fue cesado de sus funciones hasta su efectiva reincorporación al puesto correspondiente.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2013-3150

Juez Ponente: Dr. Iván Larco Ortuño

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

Quito, lunes 31 de octubre del 2022, las 08h59,

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** Miltón 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 Adolfo Secaira Durango fueron designados como Conjueces Nacionales 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 1 de junio de 2022, la presente causa fue sorteada de forma electrónica, siendo prevenida su competencia por el tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo conformado por los jueces Iván 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 1 de la Ley de Casación (**LC**); **e)** Encontrándose el recurso de casación en estado de resolver, para hacerlo se considera:

II. Antecedentes

2.1. El 28 de noviembre de 2012, el señor Oscar Checa Porras presentó una demanda de plena jurisdicción en contra del acto administrativo de 24 de julio de 2012, emitido por el Jefe del Cuerpo de Bomberos del cantón Salcedo, por medio del cual fue destituido de su puesto de trabajo[1], así como, de la respectiva acta de personal. Por sorteo la causa le correspondió al Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito (en adelante **"el TDCA-Quito),** y fue signada con el número 17811-2013-3150.

2.2. El 14 de abril de 2021, el TDCA-Quito, en sentencia, resolvió:

> *"acepta*[r] *parcialmente la demanda deducida por el señor Oscar Andrés Checa Porras y declara*[r] *la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución emitida por el Jefe del Cuerpo de Bomberos del cantón Salcedo,*

[1] Los actos administrativos fueron dictados como consecuencia de un sumario administrativo iniciado en contra del accionante por el presunto cometimiento de las infracciones previstas en el artículo 48. e) y f) de la Ley Orgánica del Servicio Público.

de fecha 24 de Julio del año 2012, notificado el mismo día de su emisión, y el contenido en la acción de personal No.27 emitido en la misma fecha (…); consecuentemente se deja sin valor legal alguno la sanción de destitución impuesta al actor y se ordena que la Administración demandada en el término de cinco días reintegre al actor Oscar Andrés Checa Porras a su puesto de trabajo del que fue separado u a otro de similar categoría; y que, en el plazo de treinta días deberá liquidar y pagar las remuneraciones y más emolumentos que a él le correspondía percibir, calculados desde la fecha en que fue cesado de sus funciones hasta su efectiva reincorporación al puesto correspondiente".

2.3. El 19 de abril de 2021, el Cuerpo de Bomberos del cantón Salcedo solicitó la aclaración y ampliación de la sentencia de instancia. El 14 de mayo de 2021, el TDCA-Quito rechazó la aclaración y ampliación peticionada.

2.4. El 4 de junio de 2021, el Cuerpo de Bomberos del cantón Salcedo (en adelante "**la entidad casacionista**") recurrió en casación de la sentencia de instancia.

2.5. El 31 de agosto de 2021, la Conjueza Nacional Hipatia Ortiz Vargas admitió a trámite el recurso de casación por las causales primera y quinta del artículo 3 de la LC.

III. Argumentos que considera este tribunal para resolver

3.1. **Validez Procesal:** Estando la causa para resolver, este Tribunal no observa que se hayan infringido reglas de trámite que lesionen el derecho al debido proceso de 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 de casación ha sido sustanciado con apego a las normas adjetivas pertinentes, y que ninguna de las partes ha alegado vulneraciones de derechos procesales, se declara su validez.

3.2. Pretensión y Argumentos de la entidad casacionista sobre los cargos admitidos:

3.2.1. La entidad casacionista pretende que se case la sentencia recurrida con base en las causales establecidas en el artículo 3 numerales 1 y 5 de la LC. Para esto, como construcción argumentativa expone:

3.2.1.1. Con relación a la causal primera del artículo 3 de la LC, alega el cargo de errónea interpretación de normas sustantivas, manifestando que:

a. *"Los jueces Ad quemen la sentencia cuestionada incurren en una errada interpretación de los Arts. 50 literal b) y 52 literales a). l). de la Ley Orgánica de Servicio Público (...).*
Señores Jueces, es evidente la claridad y real sentido en que debe interpretarse y aplicarse las normas antes citadas, esto es la potestad administrativa que tienen los titulares de las UTAH en aplicar la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento, en el caso en cuestión la facultad que tienen de emitir informes de inicio y final dentro de un sumario administrativo, potestades que guarden absoluta relación con lo dispuesto en el Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador, al señalar que los servidores y funcionarios públicos únicamente podrán desempeñar las funciones que les determine la Constitución o la Ley, todo lo cual tiene armonía con el derecho a la seguridad jurídica tutelado en el Art. 82 ibídem. Pese a lo expuesto, los jueces Ad quem, incurren en una errada interpretación de las normas, al estimar que el titular de la UATH del Cuerpo de Bomberos de Salcedo, NO SE EXCUSO a pesar de haber sido él quien emitió tanto el informe de procedencia de inicio del sumario y el informe final que contenía conclusiones y recomendaciones, lo cual imprimió un sello de PARCIALIZACIÓN e ILEGITIMIDAD A TODO LO ACTUADO, conforme así reza expresamente en el considerando OCTAVO, numeral tres, romanos v) de ña *sentencia impugnada (...)".*

b. *"La errada interpretación antes referida desencadena también en la errada interpretación de los artículos 91.2 y 97 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público relativo a las facultades administrativas que tienen el titular o delegado de las Unidades de Administración de Talento Humano dentro de un proceso Sumario Administrativo, al sostener en el CONSIDERANDO OCTAVO numeral 3,*

numero romanos v) que `(...) su deber en aras de garantizar un pronunciamiento imparcial a los hechos que se juzgaron administrativa era de excusarse de intervenir en la emisión de dichos informes y el no hacerlo a no dudarlo impuso su sello de parcialización e ilegitimidad a todo lo actuado".

3.2.1.2. Por otra parte, en lo que atañe a la causal quinta del artículo 3 de la LC, argumenta que la sentencia incurrida adolece de falta de motivación, e indica en lo principal:

a. *"No es una sentencia LÓGICA, pues no existe una coherencia entre las premisas fácticas y la conclusión a la que llegaron los jueces de alzada en la sentencia cuestionada, evidenciando una descontextualización, incoherencia y contradicción sobre las solemnidades legales, procedimiento administrativo, parcialización, ilegitimidad, incompetencia, figuras diferentes y de efectos legales opuestos.*
En efecto Señores Jueces, los magistrados de alza en el CONSIDERANDO OCTAVO numeral 3 de la sentencia cuestionada señalan:
´constituyéndose a la postre en la autoridad administrativa dotada de competencia legal para la expedición del acto administrativo que se impugna, desvaneciéndose por lo mismo la existencia de la primera causal de nulidad de la resolución o del procedimiento administrativo y que se halla determinadas expresamente en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en cuanto concierne a la incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución providencia´.
No obstante que en la sentencia se deja señalado que no existe incompetencia de la autoridad, funcionario público, inexplicable e incoherentemente en el CONSIDERANDO DECIMO en su parte pertinente se expresa:
´(...) Por todo lo expuesto, es evidente para este Tribunal que (...) no se consideró la alegación de incompetencia esgrimida por el sumariado respecto a la participación del jefe de la UATH del Cuerpo de Bomberos de Salcedo´.".

b. *"No se incurre únicamente en esa ausencia de lógica que debe tener la sentencia como uno de los presupuestos de la motivación, pues se evidencia esa afectación y con total claridad cuando en el CONSIDERANDO OCTADO, numeral 3, romanos v) se dice:*
´(...) la dualidad de la actuación del funcionario como agraviado y denunciante de los hechos y por otro como autoridad llamada a emitir los informes de inicio y final del sumario, afectan la imparcialidad, legitimidad y legalidad de lo actuado en el sumario´.
En esta aseveración los jueces que emitieron la sentencia cuestionada se refiere a la parcialidad, legitimidad y legalidad, sin embargo en el CONSIDERANDO DECIMO afirman:
´(...) Por todo lo expuesto, es evidente para este Tribunal que (...) no se consideró la alegación de incompetencia esgrimida por el sumariado respecto a la participación del jefe de la UATH del Cuerpo de Bomberos de Salcedo´.".
[...]
Es decir, en la sentencia cuestionada no existe la coherencia entre las premisas y la conclusión, ¿cómo es posible que se alegue imparcialidad y se concluya y resuelva sobre incompetencia?".

c. *"Además de la incoherencia de la sentencia cuestionada, la misma tampoco es razonable, toda vez que, si bien aplica las normas relacionadas al objeto de la Litis, pero lo hace con una interpretación errada conforme ha quedado analizado y sustentado. (...) Señores jueces, los Arts. 91.2 y 97 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público confieren expresamente la facultad administrativa al Titular de las UATH para emitir los informes de inicio y final de gestión de un sumario administrativo, adecuándose la conducta del Lcdo. Bolívar Moya en su calidad de Titular de la UATH del Cuerpo de Salcedo a tales disposiciones, consecuentemente jamás se puede afirmar que exista incompetencia del citado funcionario como infortunadamente se lo estima en la sentencia cuestionada, teniendo como fundamento de esa conclusión el hecho de que supuestamente había actuado en forma parcializada".*

3.3. Delimitación del o los problemas jurídicos: 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 que los problemas jurídicos a resolver

corresponden a los cargos de las causales previstas en el artículo 3, numerales 1 y 5 de la LC. De conformidad a la naturaleza de los yerros acusados, sólo en el caso de ser casados, se dictará la sentencia de mérito que en Derecho corresponda.

4. Análisis de casación

Causal Primera: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva:

4.1. La causal primera del artículo 3 de la LC reproduce los presupuestos de procedencia del recurso extraordinario de casación que la Doctrina ha identificado bajo la categoría de "infracciones directas a las normas"[2]. De este modo, esta causal advierte tres vicios que son objeto de casación por configurar yerros *in iudicando*, a saber, (i) la aplicación indebida, (ii) la falta de aplicación, y (iii) la errónea interpretación:

4.2 En lo que atañe a la aplicación indebida, la Doctrina ha señalado que este yerro atañe a las premisas menores de la motivación jurídica, toda vez que, se materializa en los casos donde, un operador jurisdiccional subsume de manera inadecuada los supuestos de hecho de un caso concreto a la hipótesis abstracta contenida en una norma que resulta impertinente. En este sentido, el vicio de indebida aplicación hace referencia a que la norma aplicada ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla, es decir entrañaría "un error de selección". Con esto, este tipo de infracción directa de normas, traduce "*una equivocada selección-adecuación de la normativa que se aplica como adjetivante de la conducta que se trate, en el entendido de que aquella no regula, no recoge las conductas juzgadas*".[3]

4.3 Por su parte, la falta de aplicación, es definida como aquella infracción normativa, mediante la cual se desconocen de manera franca las propiedades de un enunciado jurídico, esto es, su vigencia, su validez y su eficacia. En efecto, en este yerro *in iudicando*, el operador jurisdiccional desconoce o niega la existe y/o validez en el tiempo y espacio de una norma; en resumidas cuentas, en este yerro se prescinde de una disposición sustantiva de carácter preponderante para la resolución de un litigio. [4]

4.4. Finalmente, en lo que refiere 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*".[5]

4.5. Ahora bien, 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 han sido parte de la *ratio decidendi* de lo resuelto, y no se han limitado a erigir un *obiter dicta* o argumento accesorio.

4.6. En la presente causa, la entidad casacionista ha aseverado que en la sentencia recurrida se "*incurr*[ió] *en una errada interpretación de los Arts. 50 literal b) y 52 literales a). l). de la Ley Orgánica de Servicio Público"*, y en una "*errada interpretación de los artículos 91.2 y 97 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público relativo a las facultades administrativas que tienen el titular o delegado de las Unidades de Administración de Talento Humano dentro de un proceso Sumario Administrativo".* En este sentido, indica que la autoridad judicial impugnada ha errado al interpretar que el titular de la Unidad Administrativa de Talento Humano del Cuerpo de Bomberos del cantón Salcedo debió

[2] Bello Tabares, H. (2010) La casación civil. Propuesta para un recurso eficaz y constitucional. Ediciones Paredes. Caracas: Venezuela, pág. 548.
[3] Ibídem, pág. 619.
[4] Sarmiento Nuñez, J. (1998) Casación Civil. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas: Venezuela, pág. 134.
[5] Bello Tabares, H. (2010) La casación civil. Propuesta para un recurso eficaz y constitucional. Ediciones Paredes. Caracas: Venezuela, pág. 616.

"*excusarse de intervenir en la emisión de dichos informes y el no hacerlo a no dudarlo impuso su sello de parcialización e ilegitimidad a todo lo actuado",* al *"haber sido él quien emitió tanto el informe de procedencia de inicio del sumario y el informe final que contenía conclusiones y recomendaciones*".

4.7. El contenido de los enunciados normativos cuya errada interpretación se denuncia es el siguiente:

Ley Orgánica de Servicio Público (**LOSEP)**

> *Art. 50.- Organismos de aplicación.- La aplicación de la presente Ley, en lo relativo a la administración del talento humano y remuneraciones, estará a cargo de los siguientes organismos:*
>
> *b) Unidades de Administración del Talento Humano de cada entidad, institución, organismo o persona jurídica de las establecidas en el artículo 3 de la presente Ley.*
>
> *Art. 52.- De las atribuciones y responsabilidades de las Unidades de Administración del Talento Humano.- Las Unidades de Administración del Talento Humano, ejercerán las siguientes atribuciones y responsabilidades:*
>
> *a) Cumplir y hacer cumplir la presente ley, su reglamento general y las resoluciones del Ministerio de Relaciones Laborales, en el ámbito de su competencia;*
>
> *l) Cumplir las funciones que esta ley dispone y aquellas que le fueren delegadas por el Ministerio de Relaciones Laborales.*

Reglamento General LOSEP

> *Art. 91.- Acciones previas.- Antes de dar inicio al sumario administrativo se deberán cumplir con las siguientes acciones previas: 2. Conocido y analizado por la UATH estos hechos, en el término de tres días informará a la autoridad nominadora o su delegado sobre la procedencia de iniciar el sumario administrativo, consignando los fundamentos de hecho y de derecho y los documentos de respaldo, en el caso que hubiere lugar, dicho informe no tendrá el carácter de vinculante.*
>
> *Art. 97.- De las conclusiones y recomendaciones.- Concluida la audiencia oral, el titular de la UATH o su delegado, en el término máximo de 10 días, previo el análisis de los hechos y de las bases legales y reglamentarias, remitirá a la autoridad nominadora el expediente del sumario administrativo y un informe con las conclusiones y recomendaciones a que hubiera lugar, señalando, de ser el caso, la sanción procedente, dependiendo de la falta cometida, informe que no tendrá el carácter de vinculante para la posterior decisión de la autoridad nominadora o su delegado.*

4.8. Para empezar, de un examen exhaustivo de la sentencia recurrida se ha podido comprobar que en ésta no se emplearon los artículos 50.b) y 52. a) y b) de la LOSEP; de ahí que mal podría analizarse un cargo que atañe a su eventual errónea interpretación. En consideración de aquello, esta Sala de Casación únicamente estudiará la forma en que fueron interpretadas las otras disposiciones jurídicas alegadas por la entidad casacionista, esto es, los artículos 91.2 y 97 del Reglamento General de la LOSEP.

4.9. En este sentido, de la revisión del razonamiento jurídico de la sentencia recurrida, se advierte que, al contrario de lo alegado por la entidad casacionista, el TDCA-Quito no afirmó que el titular de la Unidad Administrativa de Talento Humano del Cuerpo de Bomberos del cantón Salcedo debió excusarse de intervenir en el sumario administrativo llevado en contra del señor Oscar Checa Porras, porque sobre él recaía la doble función de emitir "*el informe de procedencia de inicio del sumario y el informe final*"; sino que, el TDCA-Quito llegó a esta conclusión, luego de considerar que dicho servidor público era la persona a quien presuntamente el señor Oscar Checa Porras la había agraviado, y en virtud de cuya denuncia se inició el procedimiento administrativo sancionatorio en su contra, lo cual afectada a su imparcialidad:

> *"en el presente caso dicho funcionario es la persona a quien presuntamente se le ofendió y constituye el segundo de los cargos imputados en el sumario (...) la dualidad de la actuación del funcionario* [titular de la Unidad Administrativa de Talento Humano] ***como agraviado y denunciante de los hechos y por otro como autoridad llamada a emitir los informes de inicio y final del sumario, afectan la imparcialidad****, legitimidad y legalidad de lo actuado en el sumario; pues* ***es inconcebible que el mismo funcionario que denuncia los hechos y figura como el servidor agraviado por el proceder de los sumariados, intervenga como emisor de los informes que a la postre son***

***determinantes de la sanción administrativa impugnada**, cuando su deber en aras de garantizar un pronunciamiento imparcial a los hechos que se juzgaron administrativa era de excusarse de intervenir en la emisión de dichos informes y el no hacerlo a no dudarlo impuso su sello de parcialización e ilegitimidad a todo lo actuado".* [Énfasis añadido]

4.10. En esta línea, esta Sala de Casación no encuentra evidencias para colegir que el TDCA-Quito haya extraviado el sentido o contenido semántico de las disposiciones sancionadas en los artículos 91.2 y 97 del Reglamento General de la ley *ibídem*.

4.11. En efecto, la autoridad judicial impugnada en ningún momento ha negado o malinterpretado las competencias que tienen los titulares de las Unidades Administrativas de Talento Humano en la tramitación de los sumarios administrativos, especialmente en lo que concierne a la emisión del informe de procedencia de inicio del sumario administrativo y el informe final de conclusiones y recomendaciones; sino que, ha manifestado que en aras de salvaguardar el principio de imparcialidad, no era procedente que una persona que funja como agraviada de las conductas del presunto infractor y su denunciante, sea, al mismo tiempo, la encargada de emitir **"*los informes que a la postre son determinantes de la sanción administrativa*"**. [Énfasis añadido]

4.12. Esta Sala de Casación recuerda que conforme a la jurisprudencia constitucional, el principio de imparcialidad "*constituye una de las garantías del derecho a la defensa que, en su dimensión subjetiva, implica que el juzgador se aproxime a la causa sin ningún tipo de prejuicio o favoritismo personal*", lo que implica que no tenga "*parcialidades de índole personal contra los litigantes*".[6] De ahí que, la interpretación jurídica desarrollada en la presente causa, al haber estado inspirada en el principio constitucional de imparcialidad, reconocido en los artículos 75 y 76.7. k) de la Constitución, estuvo correcta.

4.13. Para finalizar, este Tribunal recuerda que las normas adjetivas que rigen los procedimientos administrativos deben ser interpretadas de manera concordante con los valores, principios y reglas reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, debiendo ser aplicadas e interpretadas de esa manera. Acerca de esto, la Corte Constitucional ha señalado que "*deben descartarse especialmente aquellas interpretaciones de normas procesales que contravengan o desconozcan derechos o principios constitucionales, o que impongan cargas a los sujetos procesales que sean fáctica o jurídicamente imposibles*".[7]

4.14. En mérito de lo expuesto, se desestima el cargo de casación deducido por la causal primera del artículo 3 de la LC.

Causal Quinta: Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.

4.15. La causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, 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.

4.16. La entidad casacionista, conforme se observa en el párrafo 3.2.1.2. *supra*, ha manifestado que la sentencia recurrida adolece de falta de motivación por cuanto no es lógico ni razonable; adecuándose su cargo al tercer presupuesto desarrollado en el párrafo precedente, esto es, al escenario en que el acto jurisdiccional presuntamente ha carecido de motivación.

4.17. Así las cosas, dentro del espectro de las garantías del debido proceso, la CRE en el artículo 76.7.l ha recogido a la garantía de la motivación. Esta garantía constituye el requisito básico para la validez de "*las resoluciones de los poderes públicos*"[8], lo cual incluye las resoluciones emitidas por la función judicial. De este modo, la protección de esta garantía del debido proceso configura un elemento indispensable para tutelar la vigencia de la dimensión argumentativa del Derecho, y, por ende, del Estado Constitucional de justicia y derechos.

---

[6] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2137-21-EP/21, 29 de septiembre de 2021, párr. 143.
[7] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2224-17-EP/22, 14 de septiembre de 2022, párr. 56.
[8] CRE. Art. 76.7.l.

4.18. La Corte Constitucional del Ecuador, ha sido clara al precisar que *"[p]ara examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, se debe atender [a un] criterio rector, establecido por la jurisprudencia de esta Corte: una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa* (...). *En esta línea, la jurisprudencia (...) ha reiterado que la exigencia de la mencionada estructura mínimamente completa 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] [Énfasis añadido]

4.19. En síntesis, el criterio rector fijado por la Corte Constitucional para "*examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación*", demanda que se compruebe que haya existido en el acto jurisdiccional bajo análisis: *"(i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente*".[10] De este modo, la fundamentación normativa deberá "*contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso*"; mientras que la fundamentación fáctica deberá contar de "*una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso*".[11]

4.20. Ahora bien, es importante destacar que "*la suficiencia de la motivación se presume, como ocurre con toda condición de validez de los actos del poder público*", en razón de lo cual "[l]*a carga de la argumentación la tiene quien afirma que la garantía de la motivación ha sido transgredida".*[12] De esta forma, no le corresponde a esta Sala de Casación examinar la totalidad de la argumentación desarrollada en la sentencia, a fin de determinar si aquella se encontraba o no suficientemente motivada "*a la manera del [antiguo] test de motivación*",[13] sino que deberá concentrarse en analizar el o los cargos esgrimidos por la parte recurrente.

4.21. Para empezar con este análisis en el caso concreto, por un lado, se tiene que la entidad casacionista ha manifestado que la sentencia recurrida no "*es razonable, toda vez que, si bien aplica las normas relacionadas al objeto de la Litis, pero lo hace con una interpretación errada conforme ha quedado analizado y sustentado. (...) Señores jueces, los Arts. 91.2 y 97 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público confieren expresamente la facultad administrativa al Titular de las UATH para emitir los informes de inicio y final de gestión de un sumario administrativo".*

4.22. Al respecto, esta Sala de Casación es enfática en reiterar que el criterio rector de suficiencia fijado por la Corte Constitucional para el análisis de presunta vulneraciones del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, no contempla el estudio de la "corrección jurídica" de un razonamiento, particularmente, no incluye la examinación de la forma en que se ha aplicado o interpretado el Derecho o valorado la prueba:

> *"*(...) *el análisis de motivación de las decisiones judiciales que debe realizar (...) no guarda relación alguna con la selección, interpretación y aplicación de las leyes al caso concreto"*[14]
>
> *"*(...) *la falta o indebida aplicación de normas legales no constituye razón suficiente para considerar que ha existido una vulneración de la garantía del derecho a la defensa consistente en la obligación de los poderes públicos de motivar sus decisiones. Por lo cual, no hay mérito*

[9] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1158-17-EP/21, 20 de octubre de 2021, párr. 61: "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. [...] 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".

[10] Ídem, párr. 61.

[11] Ídem, párr. 61.1.

[12] Ídem, párr. 100.

[13] Ídem, párr. 101.

[14] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 274-13- EP/19, 18 de octubre de 2019, párr. 47.

para declarar la violación del derecho en cuestión"[15]

4.23. Así, las alegaciones relativas a la aplicación e interpretación de normas jurídicas deben ser propuestas y conocidas mediante los otros mecanismos judiciales que el ordenamiento jurídico contempla para resolverlas, mas no a través de un cargo de presunta violación de la garantía de motivación. Para el caso específico del recurso de casación, este tipo de alegaciones deben ser deducidas con base en la causal primera del artículo 3 de la LC, es decir, bajo la causal de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho.

4.24. En mérito de lo expresado, esta Sala de Casación rechaza la posibilidad de analizar la presunta violación de la garantía de motivación en la sentencia recurrida por una aparente errónea interpretación de los artículos 91.2 y 97 del Reglamento General a la LOSEP, en tanto que, dicho asunto es ajeno al ámbito del criterio rector de suficiencia de esta garantía del debido proceso.

4.25. Por otra parte, la entidad casacionista también alude a una supuesta falta de lógica de la sentencia recurrida, aseverando que habría contradicciones entre las premisas y conclusiones (párr. 3.2.1.2. *supra*). Lo alegado por la entidad casacionista se adecuada al vicio motivacional de incoherencia, el mismo que ha sido definido por la Corte Constitucional como el supuesto en el cual, "*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*". [16] Debiéndose, en el presente caso, de acorde a las alegaciones del recurrente, verificar la existencia de un posible vicio de incoherencia decisional.

4.26. En este orden, la entidad casacionista afirma que en la sentencia recurrida existirían dos casos de contradicciones entre premisas y conclusiones. El primero, se percataría entre el considerando octavo y décimo de la sentencia, por cuanto en el considerando octavose afirmaría "*que no existe incompetencia de la autoridad, funcionario público",* y luego, "*inexplicable e incoherentemente en el CONSIDERANDO DECIMO"* se concluiría que el funcionario fue incompetente. Como evidencia de su argumento, transcribe los siguientes extractos:

a. Extracto transcrito por el recurrente del considerando octavo de la sentencia:
   ´constituyéndose a la postre en la autoridad administrativa dotada de competencia legal para la expedición del acto administrativo que se impugna, desvaneciéndose por lo mismo la existencia de la primera causal de nulidad de la resolución o del procedimiento administrativo y que se halla determinadas expresamente en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en cuanto concierne a la incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución providencia´.
b. Extracto transcrito por el recurrente del considerando décimo de la sentencia:
   ´ (...) *Por todo lo expuesto, es evidente para este Tribunal que (...)* ***no se consideró la alegación de incompetencia esgrimida*** *por el sumariado respecto a la participación del jefe de la UATH del Cuerpo de Bomberos de Salcedo´*. [Énfasis en original]

4.27. Al respecto, luego de analizar los considerandos a los que la entidad casacionista ha hecho mención, esta Sala de Casación advierte que en el considerando octavo, el TDCA-Quito se refirió a la competencia del Comandante del Cuerpo de Bomberos del cantón Salcedo, mientras que en el considerando décimo se expresó sobre la falta de motivación del acto administrativo que estaba bajo análisis, por no haber considerado una de las alegaciones del accionante, relativa a la falta de competencia del jefe de la Unidad Administrativa de Talento Humano del Cuerpo de Bomberos de Salcedo. Esto es, los considerandos señalados versaban

[15] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1636-13-EP/19, 26 de noviembre de 2019, párr. 18.
[16] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1158-17-EP/21, 20 de octubre de 2021, párr.74.

sobre materia distinta, uno sobre la competencia del Comandante del Cuerpo de Bomberos y otro, sobre la falta de respuesta a una de las alegaciones del sumariado en el acto administrativo.

4.28. De ahí que contrariamente, a lo señalado por la entidad casacionista, el TDCA en ningún momento ha confirmado en una premisa la competencia del jefe de la Unidad Administrativa de Talento Humano del Cuerpo de Bomberos de Salcedo, y luego ha concluido lo contrario. De hecho, el contenido real e integral de los considerandos que la entidad accionante transcribió de manera seccionada, es el siguiente:

a. Extracto continuado del considerando octavo de la sentencia:
"los referidos ***actos administrativos han sido emitidos y suscritos por parte del Comandante (B) del Cuerpo de Bomberos de Salcedo en calidad de autoridad nominadora y por tanto autoridad competente****, conforme lo establece el inciso primero del artículo 42 de la Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 98 del Reglamento General a la LOSEP y artículo 14 del Reglamento Orgánico Operativo y Régimen Interno y Disciplina de los Cuerpos de Bomberos del País ;* ***constituyéndose a la postre en la autoridad administrativa dotada de competencia legal para la expedición del acto administrativo que se impugna, desvaneciéndose por lo mismo la existencia de la primera causal de nulidad de la resolución****".* [Énfasis añadido]

b. Extracto continuado del considerando décimo de la sentencia:
"Por todo lo expuesto, es evidente para este Tribunal que ***las resoluciones impugnadas son carentes de motivación*** *pues en ella no se determina cuál es el deber que incumplió el sumariado en su condición de funcionario público, cuál es la prueba fehaciente y contundente que determinó la imposición de la sanción de destitución del servidor pública, cuál es la infracción disciplinaria cometida o de qué manera se probó los cargos imputados en su contra, tanto más que* ***no se consideró la alegación de incompetencia esgrimida por el sumariado respecto a la participación del jefe de la UATH del Cuerpo de Bomberos de Salcedo que actúa en el sumario como denunciante, supuesto agraviado y a la vez emisor de los informes previos y final del sumario****".* [Énfasis añadido]

4.29. En este sentido, esta Sala de Casación hace un llamado de atención a la entidad casacionista por tergiversar en los extractos que transcribió el contenido de la sentencia impugnada, y rechaza esta alegación sobre una posible incoherencia decisional.

4.30. Por otro lado, respecto de la segunda supuesta contradicción que existiría en la sentencia recurrida, la entidad casacionista señala que en el considerando octavo se analiza un tema de "imparcialidad", y después en el considerando décimo se concluye sobre un tópico de competencia. De esta forma, expresa: "*en la sentencia cuestionada no existe la coherencia entre las premisas y la conclusión, ¿cómo es posible que se alegue imparcialidad y se concluya y resuelva sobre incompetencia?".*

4.31. Como evidencia de este segundo argumento, transcribe los siguientes extractos:

a. Extracto transcrito por el recurrente del considerando octavo de la sentencia:
"(...) la dualidad de la actuación del funcionario como agraviado y denunciante de los hechos y por otro como autoridad llamada a emitir los informes de inicio y final del sumario, afectan la imparcialidad, legitimidad y legalidad de lo actuado en el sumario".

b. Extracto transcrito por el recurrente del considerando décimo de la sentencia:
"(...) Por todo lo expuesto, es evidente para este Tribunal que (...) ***no se consideró la alegación de incompetencia*** *esgrimida por el sumariado respecto a la participación del jefe de la UATH del Cuerpo de Bomberos de Salcedo".* [Énfasis en original]

4.32. Sobre este punto, nuevamente la Sala de Casación verifica que, en la sección del considerando octavo a la que hace referencia el recurrente, el TDCA se pronunció sobre la falta de imparcialidad del jefe de la Unidad Administrativa de Talento Humano del Cuerpo de Bomberos de Salcedo, dejando en evidencia que dicho funcionario había actuado como presunto agraviado, denunciante y, a la vez, como el encargo de emitir el informe de procedencia de inicio del sumario y el informe final del mismo. Y, luego, en el considerando décimo, el TDCA-Quito se expresó sobre la falta de motivación del acto administrativo que estaba

bajo análisis, por no haber considerado una de las alegaciones del accionante.

4.33. De este modo, los considerandos señalados abordaban materias distintas, uno, la imparcialidad del jefe de la Unidad Administrativa de Talento Humano del Cuerpo de Bomberos de Salcedo, y otro, la falta de respuesta a una de las alegaciones del sumariado en el acto administrativo. Sin que lo afirmado en el considerando octavo haya fungido de premisa para lo concluido en el considerando décimo; teniendo cada afirmación sus propias razones justificativas.

4.34. En efecto, la afirmación de la falta de imparcialidad del jefe de la Unidad Administrativa de Talento Humano del Cuerpo de Bomberos de Salcedo estuvo respaldada en las siguiente razones: *"la dualidad de la actuación del funcionario como agraviado y denunciante de los hechos y por otro como autoridad llamada a emitir los informes de inicio y final del sumario", "es inconcebible que el mismo funcionario que denuncia los hechos y figura como el servidor agraviado por el proceder de los sumariados, intervenga como emisor de los informes que a la postre son determinantes de la sanción administrativa impugnada".* Por su parte, la falta de motivación del acto administrativo impugnado, obedeció a las siguientes premisas: "*no se determina cuál es el deber que incumplió el sumariado en su condición de funcionario público, cuál es la prueba fehaciente y contundente que determinó la imposición de la sanción de destitución del servidor pública, cuál es la infracción disciplinaria cometida o de qué manera se probó los cargos imputados en su contra, tanto más que no se consideró la alegación de incompetencia esgrimida por el sumariado respecto a la participación del jefe de la UATH del Cuerpo de Bomberos de Salcedo*".

4.35. Por consiguiente, se descarta el segundo alegato presentado por le entidad casacionista sobre la existencia de una presunta incoherencia decisional en la sentencia recurrida.

4.36. En mérito de lo expuesto, se rechaza el cargo de casación deducido por la causal quinta del artículo 3 de la LC.

4. Decisión

4.37. 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: **a)** Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Cuerpo de Bomberos del cantón Salcedo; **b)** No casar la sentencia emitida el 14 de abril de 2021, emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro de la causa No. 17811-2013-3150; **c)** Disponer la devolución del expediente procesal al juzgado de origen; **d)** Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015; **e) Notifíquese y cúmplase.-**

f) Dr. Iván Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Milton Velásquez Díaz, JUEZ NACIONAL; Dr. Patricio Secaira Durango, JUEZ NACIONAL (E).

V

Juicio Nro. *17811-2018-00270*
Resolución Nro. *1111-2022*
Fecha: *31 de octubre del 2022, las 14h52*

TEMA: Nulidad e Ilegalidad del acto administrativo.

ASUNTO

La actora propone acción contencioso administrativa de plena jurisdicción en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, impugnando el acuerdo No. 17-1611 de la Comisión Nacional de Apelaciones de dicha entidad de 6 de octubre de 2017, mediante el cual se declaró fraudulenta su afiliación de los periodos 2011, 2012 y 2015.

La accionante refiere que se vulneró su derecho a la defensa, pues no fue notificada con el inicio del procedimiento sancionador y no se le dio a conocer el estado o situación del trámite. Además, expresa que inició un trámite de validación de los ajustes a los aportes, por lo que jamás se defendió de una declaración fraudulenta de los mismos. La demandante adiciona que se vulneró el debido proceso, ya que no se inició el respectivo proceso de lesividad, al haberse generado un derecho subjetivo a favor del administrado. Agrega que existe caducidad de la facultad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para revisar los aportes, dado que el artículo 178 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece un plazo de 3 años para que la institución pública pueda revisar sus actos.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social indica que el acto emitido no se enmarca en ninguna de las causales para declarar su nulidad y que para su expedición se respetó el procedimiento establecido en la Ley de Seguridad Social, esto es, que el departamento pertinente comunicó la novedad y remitió al órgano de reclamación para que determine si el caso se hallaba enmarcado en las disposiciones legales para su reconocimiento.

La institución demandada expone que se verificó que los aportes realizados a favor de la afiliada, en los periodos 2011, 2012 y 2015, fueron fraudulentos, ya que los cónyuges no podían celebrar entre ellos contrato de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 218 del Código Civil, pues no existe la posibilidad legal de que la cónyuge sea trabajadora de su cónyuge, en la modalidad que fuere, considerándose que así se vulnera el vínculo jurídico que implica la institución del matrimonio, confirmándose la legalidad del acto administrativo impugnado.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito señala que cuando se ha disuelto la sociedad conyugal subsiste el vínculo matrimonial, por lo tanto también existe la limitación del artículo 218 del Código Civil y se debe considerar que el matrimonio sufre una modificación económica trascendental, ya que la disolución de la sociedad conyugal genera que cada uno de los cónyuges tenga autonomía económica, de manera que ya no existe la posibilidad de confusión patrimonial, pues se les dotó de independencia, de manera que las actividades económicas del primero ya no pueden confundirse económicamente y beneficiar al segundo. El tribunal agrega que

si un cónyuge es propietario de una empresa o negocio, lo que realice el otro cónyuge ya no puede reportarle gananciales, ni generarle ningún rédito, pues el dinero de salarios, utilidades, jornada nocturna, horas suplementarias y extraordinarias que llegase a tener el cónyuge, ya no pueden trascender económicamente en un beneficio mutuo, que si se daba en un régimen de sociedad conyugal.

Los jueces establecen que no se evidencia un comportamiento doloso del patrono y el afiliado, en los términos de una afiliación fraudulenta, pues es claro que la disolución de la sociedad conyugal entre el empleador y la afiliada actora ocurrió en el año 1996, es decir, no fue de reciente data como para presumir una intención de defraudar la ley o al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que muy al contrario se evidencia que es una realidad económica adoptada por los contrayentes, quienes desde aquella época mantuvieron independencia patrimonial. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito concluye que la prohibición generalizada del artículo 218 del Código Civil solo es atribuible a matrimonios que mantienen el régimen de sociedad conyugal, por lo que desecha las excepciones de fondo de la institución accionada y acepta en su totalidad la demanda, dejando sin efecto el acuerdo No. 17-1611 de la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y reestableciendo los derechos de la afiliada.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2018-00270

Juez Ponente: Dr. Iván Larco Ortuño

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

Quito, lunes 31 de octubre del 2022, las 14h52,

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 Nacional por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018 y ratificados por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, posteriormente, fue designado como Juez Nacional encargado mediante Oficio No. 115-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 30 de junio de 2021, la presente causa fue sorteada de forma electrónica, siendo prevenida su competencia por el Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo conformado por los jueces Iván Larco Ortuño, Milton Velásquez Díaz y Fabián Racines Garrido. Correspondiéndole la ponencia al primero de los jueces prenombrados; **d)** Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso de casación con base en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial (**COFJ**), y artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (**COGEP**); **e)** Habiendo sido resuelto este recurso de forma oral en audiencia, se emite esta resolución escrita motivada conforme al artículo 93 del COGEP:

II. ANTECEDENTES

2.1. El 5 de marzo de 2018, la señora María de Lourdes Carrera Andrade planteó una acción subjetiva, peticionando la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Acuerdo No. 17-1611 C.N.A. de 6 de octubre de 2017, emitido por la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que declaró *" fraudulenta (sic) la afiliación y aportes realizados a favor de la señora María de Lourdes Carrera Andrade, en el RUC 1705116745001 asignado al recurrente señor Terrence Nuttall Oates".* La competencia para conocer esta acción se radicó ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede

en el Distrito Metropolitano de Quito (en adelante "**TDCA-Quito**") y fue signada con el número 17811-2018-00270.

2.2. El 25 de noviembre de 2019, el TDCA-Quito, en sentencia de mayoría, resolvió aceptar la demanda, "*dejando sin efecto el Acuerdo No. 17-1611 CNA de 6 de octubre de 2017 y reestableciendo los derechos de la afiliada, se dispone que Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS cobre los aportes consignados con los intereses y multas respectivos. Sin costas, ni honorarios*".[1]

2.3. El 10 de enero de 2020, el señor Paúl Auz Jarrín, en calidad de Procurador General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad social (en adelante **"IESS"**), recurrió en casación de la sentencia de instancia.

2.4. El 10 de septiembre de 2020, el Conjuez Nacional Javier Cordero López, admitió a trámite el recurso de casación por "*la causal segunda por contradicción, y, por la causal quinta, (...) únicamente en relación a la errónea interpretación del artículo 218 del Código Civil*".[2]

2.5. El 11 de octubre de 2022, el Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo conformado por los jueces Iván Larco Ortuño, Fabián Racines Garrido y Milton Velásquez Díaz, en audiencia pública, de conformidad con los artículos 272 y 273 del COGEP, resolvió aceptar parcialmente el recurso de casación deducido por el caso quinto del artículo 268 del COGEP.[3]

III. ARGUMENTOS QUE CONSIDERA ESTE TRIBUNAL PARA RESOLVER

3.1. **VALIDEZ PROCESAL:** Estando la causa para resolver, este Tribunal no observa que se hayan infringido reglas de trámite que lesionen el derecho al debido proceso de 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 de casación ha sido sustanciado con apego a las normas adjetivas pertinentes, y que ninguna de las partes ha alegado vulneraciones de derechos procesales, se declara su validez.

3.2. PRETENSIÓN Y ARGUMENTOS DE LA ENTIDAD CASACIONISTA SOBRE EL CARGO ADMITIDO:

3.2.1. Con relación a los cargos de casación que fueron admitidos, el IESS, en su libelo inicial y en su escrito de ampliación y aclaración, expuso la siguiente construcción argumentativa:

3.2.1.1. Sobre el caso segundo, el IESS afirma que la sentencia recurrida se encuentra inmotivada en tanto que no cumpliría con el elemento de razonabilidad:

a. *"En la sentencia emitida por el Tribunal ad quo, es evidente que se excluyó del ordenamiento jurídico la aplicación de las disposiciones emitidas por el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, conforme sus atribuciones legales y constitucionales contenidas en la Resolución No. C.D. 516, referentes a las afiliaciones fraudulentas, las cuales se encuentran en armonía con los artículos 80 y 81 de la Ley de Seguridad Social, en la cual se manifiesta claramente que ese tipo de afiliaciones no se basan de la temporalidad cuándo se hayan producido, sino que la naturaleza de éstas parte de `que no cuente con los debidos justificativos razonables y pretenda causar un beneficio al requirente que de otra manera no lo hubiese obtenido`, acorde al artículo 30 de la Resolución en mención. Es decir, que si la Ley, específicamente en el artículo 218 de la Codificación del Código Civil, prohíbe expresamente a los cónyuges a contratar entre sí, (..., no haciendo diferenciación alguna para los cónyuges que tengan disolución de sociedad conyugal para que dicha prohibición no le sea aplicable; claramente cualquier tipo de contrato de orden laboral, incluyendo el de relación de dependencia, no puede ser ejecutado entre ambos (...)".*[4]

[1] Expediente de instancia. Fs. 382.
[2] Expediente de casación. Fs. 33.
[3] Expediente de casación. Fs. 52. Acta resumen de audiencia de recurso de casación.
[4] Expediente de casación. Fs. 23.

b. *"Por lo tanto, la falta de motivación respecto del principio de razonabilidad en el presente caso, es evidente, pues no se garantizó del cumplimiento de las normas antes citadas lo que afecta al derecho al debido proceso, en su garantía básica contenida en el Art. 76.l de la Constitución (...)".*[5]

3.2.1.2. Con relación al caso quinto, en lo que atañe a una eventual errónea interpretación del artículo 218 del Código Civil, indica:

a. *"(...) el artículo 218 aludido, en ningún momento hace diferenciación alguno o permite que los cónyuges con disolución de sociedad conyugal puedan o tengan la capacidad legal para contratar u obligarse entre ellos, ni siquiera las normas de disolución de sociedad conyugal establecidas en la Codificación del Código Civil, manda, permiten, distinguen o eliminan la prohibición dada a los cónyuges en general, dispuesta en el artículo 218 de la referencia. De manera que, la aseveración y aplicación que realiza el Tribunal al señalar, ´por lo cual para este Tribunal Distrital la prohibición generalizada del Art. 218 del Código Civil solo es atribuible a matrimonios que mantienen el régimen de sociedad conyugal´, no encuentra sustento legal alguno, ya que como se lo ha mencionado, la misma está dirigida para las personas que tengan calidad de cónyuges entre sí por vínculo matrimonial, sin importar si estos tengan o no disolución de la sociedad conyugal".*

3.3. DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS: Con base en lo expuesto, de la revisión del libelo del recurso de casación, de su escrito de ampliación y aclaración, y del auto de admisión emitido por el Conjuez Nacional, este Tribunal advierte dos problemas jurídicos a resolver que corresponden a los casos previstos en el artículo 268. 2 y 5 del COGEP. De conformidad a la naturaleza de los yerros acusados, sólo en el caso de ser casados, se dictará la sentencia de mérito que en Derecho corresponda.

IV. ANÁLISIS DE CASACIÓN

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

4.1. El caso segundo del artículo 268 del COGEP, se configura cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.

4.2. El IESS en su recurso de casación ha manifestado que la sentencia recurrida adolece de *"falta de motivación respecto del principio de razonabilidad"* (párr. 3.2.1.1. b. *supra*), adecuándose su argumentación al tercer presupuesto desarrollado en el párrafo precedente, esto es, al escenario en que el acto jurisdiccional ha carecido de motivación.

4.3. En este orden, dentro del espectro de las garantías del debido proceso, la CRE en el artículo 76.7.l ha recogido a la garantía de la motivación. Esta garantía constituye el requisito básico para la validez de "*las resoluciones de los poderes públicos*"[6], lo cual incluye las resoluciones emitidas por la función judicial. La protección de esta garantía del debido proceso configura un elemento indispensable para tutelar la vigencia de la dimensión argumentativa del Derecho, y, por ende, del Estado Constitucional de justicia y derechos.

4.4. La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 1158-17-EP/21 decidió alejarse explícitamente del "test de motivación", el cual "***consist*[ía] *en verificar si la motivación bajo examen cumple conjuntamente con estos tres parámetros: la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad".***[7] En su lugar, determinó que *"[p]ara examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, se debe atender [a un] criterio rector, establecido por la jurisprudencia de esta Corte: una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa* (...). *En esta línea, la jurisprudencia (...) ha reiterado que la exigencia de la mencionada estructura mínimamente*

[5] Expediente de casación. Fs. 24.
[6] CRE. Art. 76.7.l.
[7] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1158-17-EP/21, 20 de octubre de 2021, párr. 32

*completa 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**".* [8] [Énfasis añadido]

4.5. En síntesis, el nuevo criterio rector fijado por la Corte Constitucional, demanda que para "*examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación*", se deba comprobar que en el acto jurisdiccional impugnado haya existido: *"(i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente*". La fundamentación normativa deberá "*contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso*" y "*debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso*"; mientras que la fundamentación fáctica deberá contar con "*una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso*".[9]

4.6. En el caso *in examine*, se advierte que el IESS ha justificado su cargo siguiendo el esquema del derogado "test de motivación", aludiendo a un supuesto incumplimiento del requisito de razonabilidad (párr. 3.2.1.1. *supra*); sin embargo, en tanto que dicha forma de análisis fue reemplazada por el criterio rector de suficiencia motivacional, esta Sala de Casación procederá a analizar la motivación con base en el nuevo estándar desarrollado por la jurisprudencia constitucional.

4.7. Vale precisar que la propia Corte Constitucional ha manifestado que *"cuando se acusa el incumplimiento de la garantía de la motivación* **–incluso si se lo hace con base en el test de motivación–, lo que el órgano jurisdiccional debe examinar es si el cargo de insuficiencia motivacional específicamente esgrimido por la parte es o no procedente**, *centrándose en la parte de la motivación acusada (en la argumentación jurídica supuestamente deficiente) y aplicando las pautas sistematizadas en esta sentencia* [No. 1158-17-EP/21] *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****".*[10] [Énfasis añadido]

4.8. Así las cosas, de la revisión de la sentencia recurrida se tiene que la misma obedeció al siguiente razonamiento jurídico:

a. *"Cuando se ha disuelto la sociedad conyugal, si bien subsiste el vínculo matrimonial y por lo tanto aparecería que también la limitación del Art. 218 del Código Civil,* ***el matrimonio sufre una modificación económica trascendental, ya que la disolución de la sociedad conyugal general que cada uno de los cónyuges tenga autonomía económica****".* **[Énfasis añadido]**

b. *"Como consecuencia de lo indicado, es claro que* ***si bien por regla general el Art.218 del Código Civil estableció que los cónyuges no pueden celebrar otros contratos que los de mandato, administración de la sociedad conyugal y capitulaciones matrimoniales, aquella limitación no es taxativa,*** *ni limita de forma absoluta se celebren otros contratos que muy bien son válidos por expresa autorización de la ley o por efecto de la modificación del régimen de sociedad conyugal al de bienes separados entre cónyuges.* ***Así, debe recordarse que existen otras convenciones que se pueden celebrar válidamente entre los cónyuges pese a existir sociedad conyugal, como es el caso de la donación entre vivos*** *(...)".*[Énfasis añadido]

c. *"****Así resulta claro que, al existir patrimonios separados, bien cabe el contrato de fianza entre cónyuges, por el cual uno de los cónyuges contaría con la garantía solidaria de la totalidad o parte de los bienes***

[8] Ibídem, párr. 61: "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. [...] 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".

[9] Ídem, párr. 61.

[10] Ídem, párr. 101.

del otro cónyuge *frente a determinados acreedores, pues al existir patrimonios separados por efecto de los Arts. 198 y 215 numeral 2 del Código Civil no por ello se eliminó la obligación de auxilio entre los cónyuges establecida en el Art. 138 del Código Civil".* **[Énfasis añadido]**

d. *"Por último, como se ha indicado, si bien la relación contractual laboral inicialmente no es posible por el "consortium omnis vitae", a* ***criterio de este Tribunal la referida contratación es posible cuando se produce la disolución de la sociedad conyugal, pues el cónyuge ya no presta servicios en comunidad de bienes, de manera que su prestación de servicios ya no es posible considerarla una carga de la sociedad conyugal tendiente a acrecentarla****".* [Énfasis añadido]

e. *Como se desprende de la referida prescripción legal y de lo dispuesto por los* ***Arts. 33 y 34 de la Constitución de la República del Ecuador es claro que se superado ampliamente las limitaciones del derecho civil para el reconocimiento del trabajo y la protección de la seguridad social que merecen todos los ciudadanos.*** [Énfasis añadido]

f. *Por lo indicado* ***si se reconoce a las personas el derecho a la Seguridad Social inclusive en el caso en el cual realizan TRABAJO NO REMUNERADO, es claro que tiene que reconocerse el derecho a quien lo realiza remuneradamente*** *cuando se ha justificado claramente que existe dicha relación de dependencia".* **[Énfasis añadido]**

g. ***"Como se ha verificado de los contratos y de los testimonios rendidos en juicio, existe la relación laboral entre los cónyuges Terence Nuttall Oates (empleador) y la trabajadora (María de Lourdes Carrera Andrade),*** *no solo verificándose que se prestó servicios en relación de dependencia en los periodos observados, sino inclusive desde el año 2008, aspecto que determina que más allá de que pudiese existir errores contables u omisiones en la declaraciones impositivas del señor Terence Nuttall Oates, que se han rectificado posteriormente, la primacía de la realidad prevalece,* ***ya que se ha demostrado que dicho empleador realiza actividades económicas, además los contratos celebrados e inscritos, no han sido declarados nulos por autoridad judicial alguna y en los mismos se ha establecido una remuneración, subordinación y horario e****n el que la afiliada realizó actividades personales, en el establecimiento ubicado en la ciudad de Quito Bosmediano E16-19, que es un lugar determinado".* [Énfasis añadido]

4.9. Con esto, de lo transcrito, se colige que la sentencia recurrida cumplió con una fundamentación normativa suficiente, en tanto que, enunció normas del Código Civil (artículos 138, 198, 215.2, y 218), de la Constitución (artículos 33 y 34) y referencias doctrinarias; explicando las razones por las cuales eran pertinentes al caso en concreto, principalmente, realizando una interpretación y explicación de las razones por las cuales la prohibición de contratar entre cónyuges no era oponible a las situaciones donde hubiere operado la disolución del régimen patrimonial de sociedad conyugal.

4.10. Asimismo, se tiene que, en cuanto a hechos, la autoridad judicial impugnada ha valorado el material probatorio aportado al proceso, concluyendo que "***de los contratos y de los testimonios rendidos en juicio"*** se ha podido verificar que ***"existe la relación laboral entre los cónyuges Terence Nuttall Oates (empleador) y la trabajadora (María de Lourdes Carrera Andrade)"***; existiendo una fundamentación fáctica suficiente.

4.11. En consecuencia, esta Sala de Casación concluye que la sentencia recurrida cumplió con los elementos constitutivos del criterio rector de motivación, es decir, contó con una fundamentación fáctica y normativa suficiente; desestimándose el cargo de la presunta falta de motivación denunciado por el IESS.

4.12. Para finalizar, este Tribunal recuerda que las alegaciones relativas a la falta o indebida aplicación de normas jurídicas, incluyendo las de fuente jurisprudencial, deben ser propuestas y conocidas mediante los mecanismos judiciales pertinentes que el ordenamiento jurídico contempla para encausarlas, mas no a través de un cargo de presunta violación de la garantía de motivación en sede casacional; toda vez que, las mismas difieren del criterio de rector de suficiencia y se vinculan a la revisión de la corrección jurídica de las decisiones judiciales; sobre esto, la Corte Constitucional ha sido claro en decir: "[s]*i una motivación, a pesar de*

ser suficiente, es incorrecta, la garantía de la motivación no se vulnera".[11]

4.13. Para el caso específico del recurso de casación, las alegaciones referentes a la aplicación o interpretación de normas legales o jurisprudenciales deben ser deducidas con base en el caso quinto del artículo 268 del COGEP, es decir, bajo la causal de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de Derecho sustantivo.

4.14. Por consiguiente, esta Sala de Casación rechaza la posibilidad de analizar la presunta violación de la garantía de motivación en la sentencia recurrida, en lo que refiere a supuestas infracciones del artículo 30 del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (Resolución No. C.D. 516) y del artículo 218 del Código Civil, en la medida de que dicho asunto es ajeno al ámbito esta garantía del debido proceso.

4.15. En mérito de lo expuesto, se rechaza el cargo de casación deducido por el IESS bajo el caso segundo del artículo 268 del COGEP.

CASO QUINTO: Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto:

4.16. El caso quinto del artículo 268 del COGEP reproduce los presupuestos de procedencia del recurso extraordinario de casación que la Doctrina ha identificado bajo la categoría de "infracciones directas a las normas"[12]. De este modo, esta causal reproduce tres yerros *in iudicando* que son objeto de casación: (i) la aplicación indebida, (ii) la falta de aplicación, y (iii) la errónea interpretación:

4.17. En lo que atañe a la aplicación indebida, la Doctrina ha señalado que este yerro atañe a las premisas menores de la motivación jurídica, toda vez que, se materializa en los casos donde, un operador jurisdiccional subsume de manera inadecuada los supuestos de hecho de un caso concreto a la hipótesis abstracta contenida en una norma que resulta impertinente. En este sentido, el vicio de indebida aplicación hace referencia a que la norma aplicada ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla, es decir entrañaría "*un error de selección*". Con esto, este tipo de infracción directa de normas, traduce "*una equivocada selección-adecuación de la normativa que se aplica como adjetivante de la conducta que se trate, en el entendido de que aquella no regula, no recoge las conductas juzgadas*".[13]

4.18. Por su parte, la falta de aplicación, es definida como aquella infracción normativa, mediante la cual se desconocen de manera franca las propiedades de un enunciado jurídico, esto es, su vigencia, su validez y su eficacia. En efecto, en este yerro *in iudicando*, el operador jurisdiccional desconoce o niega la existencia y/o validez en el tiempo y espacio de una norma; en resumidas cuentas, en este yerro se prescinde de una disposición sustantiva de carácter preponderante para la resolución de un litigio. [14]

4.19. Finalmente, en lo que refiere 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*".[15]

4.20. Sobre este punto, 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

[11] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1158-17-EP/21, 20 de octubre de 2021, párr. 29.
[12] Bello Tabares, H. (2010) La casación civil. Propuesta para un recurso eficaz y constitucional. Ediciones Paredes. Caracas: Venezuela, pág. 548.
[13] Ibídem, pág. 619.
[14] Sarmiento Nuñez, J. (1998) Casación Civil. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas: Venezuela, pág. 134.
[15] Bello Tabares, H. (2010) La casación civil. Propuesta para un recurso eficaz y constitucional. Ediciones Paredes. Caracas: Venezuela, pág. 616.

se han limitado a erigir un *obiter dicta* o argumento accesorio.

4.21. En el caso *sub iudice*, el IESS ha manifestado que el TDCA-Quito habría incurrido en un supuesto de errónea interpretación del artículo 218 del Código Civil, para lo cual afirma que : "***la aseveración y aplicación que realiza el Tribunal al señalar, ´por lo cual para este Tribunal Distrital la prohibición generalizada del Art. 218 del Código Civil solo es atribuible a matrimonios que mantienen el régimen de sociedad conyugal´, no encuentra sustento legal alguno, ya que como se lo ha mencionado, la misma está dirigida para las personas que tengan calidad de cónyuges entre sí por vínculo matrimonial, sin importar si estos tengan o no disolución de la sociedad conyugal***". [Énfasis añadido]

4.22. Ahora bien, a fin de resolver el cargo planteado, esta Sala de Casación considera prudente iniciar transcribiendo el contenido del artículo 218 del Código Civil, el cual establece: *"Los cónyuges no podrán celebrar entre sí, otros contratos que los de mandato, los de administración de la sociedad conyugal en los términos que consta en el Art. 142 de este Código, y capitulaciones matrimoniales: no obstante, en caso de separación de bienes, podrán adquirirlos y mantenerlos en comunidad".*

4.23. Así, se puede verificar que la norma transcrita identifica una norma de carácter prohibitivo, esto es, una norma cuyo carácter deóntico está dirigido a limitar o restringir cierto acto, derecho o conducta, generalmente so pena de una sanción.[16]

4.24. Cuando las normas prohibitivas están dirigidas a negarle a cierta persona o grupo de personas la posibilidad de realizar actos, celebrar contratos y/u ostentar ciertos cargos o dignidades, en consideración del estatus personal, familiar o jurídico que ostentan, con la finalidad de garantizar el mantenimiento del orden público o algún otro objetivo legítimo o constitucional; dichas normas reciben el nombre de normas inhabilitantes.

4.25. La norma del artículo 218 del Código Civil configura una norma inhabilitante, toda vez que, restringe el ejercicio de la libertad de contratación a determinadas personas por haber contraído matrimonio entre sí, es decir, por tener la mutua calidad de cónyuges; salvo excepciones tasadas.

4.26. Sobre las propiedades de este tipo de normas, la Doctrina ha señalado que se deben tener en cuenta que: "*1º. Se trata de normas restrictivas de libertades. 2º. Son normas moralizadoras. 3º. De su aplicación se derivan consecuencias sancionatorias. 4º. Podrían llegar a generar responsabilidades. 5º. De su aplicación no puede beneficiarse quien ha actuado con dolo, o en fraude a la ley, o utilizando persona interpuesta a fin de evadir la aplicación de restricciones legales".*[17] Estas características, a su vez, generan consecuencias interpretativas, dirigidas a garantizar una interpretación restrictiva, de aplicación inmediata y en donde no caben técnicas extensivas como la interpretación por analogía:

> *"Por el primer aspecto, estas disposiciones legales no admiten interpretaciones analógicas, por el segundo, tienen la condición de ser de aplicación inmediata, por el tercero, o sea, por su carácter sancionatorio, deben reunir todas las condiciones de este tipo de derecho, en especial deben reunir los requisitos de legalidad tanto de la conducta sancionable como de la pena, el cumplimiento del debido proceso, el de aplicación de la norma favorable y el de la temporalidad, por el cuarto se debe tomar en cuenta que solo cuando son el resultado de una actuación `antijurídica´ generan responsabilidades, y por el quinto, de su aplicación no pueden deducirse ventajas a favor de quien ha actuado en forma dolosa".*[18]

4.27. Lo dicho, ha sido ratificado por el par colombiano de esta Sala de Casación; así, el Consejo de Estado de Colombia, en su sentencia No.925 de 30 de octubre de 1996, ha sancionado que: *"Las inhabilidades e incompatibilidades así como sus excepciones son de interpretación y aplicación restrictiva."*, y, deben estar "*expresa y taxativamente consagradas en la Constitución o en la ley*".[19]

---

[16] P. NAVARRO, "Enunciados jurídicos y proposiciones normativas", Revista Isonomía, No. 12, p. 122-125.
[17] Atehortúa, C. (1995) Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, pàg. 23.
[18] Ibídem.
[19] Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia No. 925, 30 de octubre de 1996.

4.28. En este sentido, tal como lo ha señalado la entidad casacionista, "*el artículo 218 aludido, en ningún momento hace diferenciación alguno o permite que los cónyuges con disolución de sociedad conyugal puedan o tengan la capacidad legal para contratar u obligarse entre ellos"*. Esto en tanto que, la calidad de cónyuge no depende exclusivamente del estatus patrimonial de las personas que han contraído matrimonio, sino que es una consecuencia directa y personal producida por el sólo hecho de haber celebrado este contrato.

4.29. De ahí que, con base en una interpretación restrictiva y directa del artículo *in examine*, en consideración de su naturaleza de norma de inhabilidad, se puede advertir claramente que, el legislador no ha introducido ningún tipo de excepción o causal de exoneración de la prohibición contemplada en el artículo 218 del Código Civil, para aquellos casos en los cuales los cónyuges hayan modificado o disuelto el régimen patrimonial connatural al matrimonio: la sociedad conyugal.

4.30. Acerca de este punto, la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 53-2011, emitió la resolución No. 149 – 2012, reprodujo una línea jurisprudencial semejante a la aquí sostenida;

> *"Efectivamente nadie niega que un cónyuge puede prestar su contingente y colaborar con su otro u otra cónyuge en el lugar de trabajo de éste o ésta, pero de tal circunstancia no se puede concluir que entre dichos cónyuges puede existir una relación de carácter laboral que pueda dar lugar a una afiliación patronal al IESS, por la sencilla razón de que en el sistema legal que nos rige solo cabe entre cónyuges, principalmente, los contratos de mandato y de los de administración de la sociedad conyugal, especialmente el de capitulaciones matrimoniales, conforme el artículo 218 del Código Civil, pero en todo caso no un contrato de carácter laboral".* [20]

4.31. De esta forma, el razonamiento interpretativo expuesto por el TDCA-Quito, según el cual la prohibición contemplada en el artículo 218 no es oponible a los cónyuges "***cuando se produce la disolución de la sociedad conyugal"*** es incorrecto y no encuentra asidero en nuestro ordenamiento jurídico.

4.32. A contrario *sensu* de lo expresado por el TDCA-Quito, tratadistas como Luis Parraguez Ruiz, han establecido que la prohibición de contratar entre cónyuges es un efecto autónomo del contrato de matrimonio, el cual obedece a un naturaleza "jurídica", que difiere de los efectos personales y patrimoniales del mismo: *"Lo que en este campo se ve afectado por el matrimonio es la capacidad de los cónyuges para contratar entre sí".*[21] Por consiguiente, los actos realizados sobre el régimen patrimonial del matrimonio, como por ejemplo, la disolución de la sociedad conyugal, no interfieren sobre esta "*otra consecuencia jurídica*" del contrato de matrimonio relacionada con un tópico disímil, como lo es la capacidad jurídica de ejercicio de los cónyuges.[22]

4.33. En realidad, esta Sala de casación considera que la prohibición de contratación entre cónyuges limita la capacidad jurídica de aquellos para celebrar actos jurídicos bilaterales entre sí, con la finalidad de garantizar la indemnidad del consentimiento de las partes. Instituciones jurídicas desarrolladas por la Doctrina como el *undue influence*, el *wicked exploitation*, el *inequality of bargaining power*, entre otras, evidencian que el consentimiento de las partes contractuales puede verse viciado cuando existen vínculos de intima confianza, protección o dependencia (inclusive afectiva), lo cual no es poco común entre cónyuges. De este modo, prohibiciones como la contenida en el artículo 218 del Código Civil, persiguen proteger a las partes contractuales de "*ser víctima de una situación de debilidad, confianza o dependencia*"[23] que les impida otorgar libremente su consentimiento.

---

[20] Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. Recurso de casación No. 53-201. Resolución No. 149-2012. 25 de junio de 2012.

[21] Parraguez Ruiz, L. (1977) Manual de derecho civil ecuatoriano: Personas y familia. Quito: Publicaciones Jurídicas, pág. 36-37.

[22] Ibídem.

[23] Infante Ruiz, F. (2021) Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de la undue influence como vicio del consentimiento. Revista de Derecho Civil. Vol. VIII, Núm. 2. ISSN 2341-2216, pág. 6.

4.34. Bajo estas circunstancias, luego de verificar que el TDCA ejecutó una interpretación errada del artículo 218 del Código Civil para concluir que era procedente la celebración de un contrato laboral entre cónyuges como justificativo de la afiliación a la Seguridad Social de la mujer por parte del marido, esta Sala de Casación resuelve aceptar este cargo, y casar parcialmente la sentencia recurrida por el caso quinto del artículo 268 del COGEP.

V. SENTENCIA DE MÉRITO

4.35. El artículo 273.3 del COGEP determina que de casarse la sentencia recurrida "*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*". Lo mismo ha sido manifestado por la Corte Constitucional del Ecuador, la cual ha expresado que en fase de mérito *"corresponde a los jueces y juezas del tribunal de la Sala Especializada de Casación correspondientes, corregir el error de derecho y reemplazar los fundamentos jurídicos errados por los adecuados, según corresponda"*.[24]

4.36. Así las cosas, para dar inicio a este análisis de mérito, se tiene que el Acuerdo No. 17-1611 C.N.A. de 6 de octubre de 2017, emitido por la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que fue impugnado en el juicio originario, en su parte principal, manifestaba:

> *"Por tanto, de la revisión de la documentación contenida en el expediente, que incluye la presentada por el recurrente con su apelación, se puede establecer que no se cuenta con elementos de convicción que permitan determinar la existencia de la prestación del servicio y la obligación de aflicción al IESS en el periodo que va de enero del 2011 a diciembre del 2012 y de enero a diciembre del 2015. No se ha proporcionado los documentos como exige la institución para estos casos, según el artículo 114 de la Resolución C.D. 516: contrato de trabajo: reportes de décimo tercero o cuarto sueldos registrados en los mecanismos determinados por el Ministerio del Trabajo; declaración de impuesto a la renta; registros de asistencias con firmas de responsabilidad del empleador o de su representante certificados de trabajos suscritos por el empleador, su representante legal o el responsable del talento humano; roles de pago o recibos en los que exista evidencia que hayan sido elaborados por el empleador o el área responsable; actas de finiquito debidamente suscritas por el empleador y el trabajador y registradas conforme lo determine el Ministerio de Trabajo (de ser el caso); copia certificada de sentencias ejecutoriadas emitidas por autoridad competente (de ser el caso).*
> *b) Dentro del procedimiento de certificación la Unidad encargada a encontrar que:*
> *`(...) De la verificación efectuado, los señores inmersos en el presente caso, las partes procesales son CÓNYUGES´ (...).*
> *[...]*
> *Por lo expuesto, esta Comisión en ejercicio de las atribuciones constantes en la Ley de Seguridad Social y la Resolución Nº CD 084 expedida por el Consejo Directivo del IESS el 19de diciembre de 2005.*
> *RESUELVE:*
> *Reformar el Acuerdo Nº IESS-CPPCP-2017-1156-A de 04 de abril del 2017, dictado por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha del IESS, en el sentido de que se ratifica la declaración de fraudulenta (sic) la afiliación y aportes realizados a favor de la señora María de Lourdes Carrera Andrade, en el RUC 1705116745001 asignado al recurrente señor Terrence Nuttall Oates, por los periodos comprendidos entre enero de 2011 a diciembre del 2012 y enero a diciembre de 2015 (...)".* [25]

4.37. Lo transcrito del acto administrativo impugnado, permite observar que la decisión de declarar fraudulenta la afiliación y aportes realizados a favor de la señora María de Lourdes Carrera Andrade, en el RUC 1705116745001 asignado al señor Terrence Nuttall Oates, obedeció a dos razones principalmente: (i) primero, al hecho de que no habrían existido "*elementos de convicción que permitan determinar la existencia de la prestación del servicio y la obligación de aflicción al IESS*", tales

[24] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1656-14-EP/20, 15 de enero de 2020, párr. 25.
[25] Expediente de instancia. Fs. 11-13.

como, "*contrato de trabajo: reportes de décimo tercero o cuarto sueldos registrados en los mecanismos determinados*", etc.; y, segundo (ii), a la premisa de que *"los señores inmersos en el presente caso, las partes procesales son CÓNYUGES".*

4.38. Al respecto, esta Sala de Casación observa que, de conformidad con el artículo 81 de la Ley de Seguridad Social, la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, y la Comisión Nacional de Apelaciones son autoridades competentes para declarar una afiliación como indebida o fraudulenta. Dicha competencia tiene como objetivo garantizar la plena vigencia del principio de realidad, el cual la Corte Constitucional ha calificado como *"una norma transversal que comparten varias ramas del Derecho*"[26] , la cual busca "*que los actos jurídicos se interpreten de conformidad con la real voluntad o intención de sus artífices, sin limitarse a atender las formalidades que los revisten; y en correspondencia con los efectos jurídicos que ciertamente se producen, haciendo prevalecer el contenido del acto jurídico sobre su continente*"[27], y, que "*el análisis que se haga para su calificación deberá enfocarse en las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan antes que en la forma jurídica que lo envuelva*".[28]

4.39. En la esfera de las afiliaciones y aportaciones a la seguridad social, el principio de realidad persigue que las personas que se beneficien del catálogo de prestaciones del sistema de seguridad social, como la jubilación, préstamos hipotecarios y quirografarios, cobertura de salud, asistencia sanitaria en riesgos laborales, entre otras, sean aquellas que verdaderamente cumplan con las condiciones y requisitos que exige la ley y la Constitución para la categoría de sujetos de protección y beneficiarios; prohibiendo, con especial rigor, las prácticas de simulación.

4.40. Ahora bien, se puede colegir de los artículo 80 y 81 de la Ley de Seguridad Social, que dentro del ámbito de las afiliaciones y aportaciones, el principio de realidad puede verse infringido de dos formas: (i) a través del fraude (afiliación fraudulenta), o, por el mero incumplimiento no doloso de los requisitos, obligaciones o prohibiciones sancionados en la ley (afiliación indebida).

4.41. En el caso de las afiliaciones fraudulentas, para su comprobación, por cuanto operan mediante el fraude, se deben verificar dos elementos: el *animus fraudandi* y el *corpus fraudandi.* El *animus fraudandi* ha sido definido como "*la decisión volitiva, interna, planeada o aceptada para obtener un beneficio*", mientras que el *corpus fraudandi*, como "*la realización de la conducta para obtener un beneficio económico"*.[29] Esta intención positiva (animus) de obtener un beneficio mediante la ejecución de actos idóneos para burlar o infringir la ley (corpus), permiten comprobar que en la afiliación fraudulenta subyace una intención dolosa de quienes se benefician de la ejecución del ilícito. Empero, se debe tener en consideración que de conformidad con el artículo 1475 del Código Civil, este elemento doloso debe ser probado por la autoridad administrativa competente, ya que: "*El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse*".

4.42. Por su parte, en lo que atañe a la afiliación indebida, ésta refiere a todos aquellos incumplimientos de las prescripciones legales relacionadas a la afiliación y aportaciones al sistema de seguridad social respecto de las cuales no se ha probado una intención dolosa o fraudulenta; de ahí que, este tipo de infracciones pueden responder a conductas u omisiones negligentes, imprudentes o movidas por la impericia.

4.43. En el caso *in examine*, dentro del acto administrativo bajo análisis no se evidencia que la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social haya llegado a probar que los señores María de Lourdes Carrera Andrade y Terrence Nuttall Oates hayan actuado movidos por el dolo con la intención de burlar el sistema de seguridad social para obtener el beneficio económico de la jubilación. De hecho, en el expediente administrativo No. IESS-CPP-CP-2017-0935-M de la Dirección Provincial de Pichincha del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, constan copias simples de los contratos individuales de trabajo y de roles de pago en favor de la señora María de Lourdes Carrera Andrade, lo cual deja ver que el punto controversial de la causa

[26] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 47-15-IN/21, 10 de marzo de 2021, párr. 38.
[27] Ídem, párr. 39.
[28] Ídem, párr. 51.
[29] Mansilla y Mejía, M. (2016) Fraude a la ley: fraus legis facta. Revista Cultura Jurídica, pág. 106.

se limita al hecho de que la relación laboral en la que se justificó la afiliación y aportes haya estado celebrada entre cónyuges.

4.44. En este orden, no ha sido negado por ninguna de las partes, el hecho de que en los periodos comprendidos entre enero de 2011 a diciembre de 2012 y entre enero a diciembre de 2015, los señores María de Lourdes Carrera Andrade y Terrence Nuttall Oates se encontraban unidos mediante vínculo matrimonial, compartiendo el estado de civil de casados, lo cual los convertía en cónyuges (indistintamente del régimen patrimonial de su matrimonio).

4.45. Por consiguiente, a la luz de lo sentado previamente en esta sentencia, al ser los señores María de Lourdes Carrera Andrade y Terrence Nuttall Oates cónyuges, aquellos no podían celebrar contratos de naturaleza laboral entre sí, en razón de lo dispuesto en el artículo 218 del Código Civil:

> *"Art. 218.- Los cónyuges no podrán celebrar entre sí, otros contratos que los de mandato, los de administración de la sociedad conyugal en los términos que consta en el Art. 142 de este Código, y capitulaciones matrimoniales; no obstante, en caso de separación de bienes, podrán adquirirlos y mantenerlos en comunidad".*

4.46. De ahí que, la relación laboral mantenida entre las partes, que se empleó como justificativo para la afiliación y pago de aportes de la señora María de Lourdes Carrera Andrade, al haberse efectuado en incumplimiento de prescripciones legales, provocó que dicha afiliación deba concebirse como indebida.

4.47. En este orden de ideas, dado que el contrato laboral *in examine* se ejecutó en contravención de la ley, el mismo no surtió los efectos jurídicos que hubiera surtido un contrato celebrado válidamente, por tanto, la señora María de Lourdes Carrera Andrade no podía ser considerada una trabajadora bajo relación de dependencia mediante un contrato de trabajo, no adecuándose su calidad a la de los sujetos protegidos enunciados en los artículos 2.a y 9.a de la Ley de Seguridad Social:

> *"Art. 2.- SUJETOS DE PROTECCIÓN.- Son sujetos obligados a solicitar la protección del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; en particular: a. El trabajador en relación de dependencia".*
>
> *"Art. 9.- DEFINICIONES.- Para los efectos de la protección del Seguro General Obligatorio: a. Es trabajador en relación de dependencia el empleado, obrero, servidor público, y toda persona que presta un servicio o ejecuta una obra, mediante un contrato de trabajo o un poder especial o en virtud de un nombramiento extendido legalmente, y percibe un sueldo o salario, cualquiera sea la naturaleza del servicio o la obra, el lugar de trabajo, la duración de la jornada laboral y el plazo del contrato o poder especial o nombramiento".*

4.48. Para finalizar, si bien al momento de emitido el acto administrativo contenido en el Acuerdo No. 17-1611 C.N.A. de 6 de octubre de 2017, emitido por la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se encontraba vigente el artículo 118 del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, dictado a través de la Resolución No. C.D. 516, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 687, de 15 de agosto de 2016, que disponía:

> *"(...)* ***En el caso de que los órganos de reclamación administrativa declaren indebida*** *o fraudulenta la afiliación,* ***el IESS retendrá en concepto de multa, los aportes personales y patronales así como los fondos de reserva que hubiere consignado. Se exigirá el pago o reembolso de las prestaciones servidas se declararán vencidas y exigibles las obligaciones por préstamos concedidos****. De las cantidades que llegare adeudar al IESS serán responsables solidarios el supuesto afiliado y la persona que figuró como empleador. En caso de declaratoria de afiliación fraudulenta los Directores Provinciales pondrán en conocimiento de las autoridades judiciales el hecho para la investigación correspondiente (...)".*

4.49. Esta Sala de Casación recuerda que, en el Derecho Administrativo Sancionador rige el principio de favorabilidad, según el cual el órgano administrativo o jurisdiccional que va a imponer una sanción, debe aplicar la norma sustantiva que más le favorezca a los intereses del administrado, aunque esta norma sea posterior a la restrictiva o desfavorable. La Corte Constitucional, ha sido clara al momento de afirmar que: "*que el principio de favorabilidad no pertenece exclusivamente a la protección de derechos humanos o al beneficio del reo en el derecho penal, por el contrario la aplicación del artículo 76*

numeral 5 es de observancia general en `todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones' ***. En tal virtud, la aplicación del principio de favorabilidad es obligatoria también en el derecho administrativo sancionador*****"**.[30]

4.50. Desde esta perspectiva, dado que en la actualidad se encuentra vigente el Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, dictado a través de la Resolución No. C.D. 625, publicada en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 403, de 4 de marzo de 2021, que contempla una sanción menos grave para estos casos, estableciendo en su artículo 32:

> *"(...) Se consideran indebidas las afiliaciones registradas por períodos posteriores a las fechas de terminación de relaciones laborales; así como, después de las fechas que registren suspensión, cancelación o cierre de actividades económicas unipersonales, autónomas, de administración o profesionales, etc.* ***En todos los casos antes señalados se revisará que en los períodos de afiliación en controversia dejaron de cumplirse las condiciones establecidas en los Arts. 2 y 9 de la Ley de Seguridad*** *Social, situaciones que serán verificadas, justificadas y probadas documentadamente mediante instrumentos públicos debidamente otorgados ante las Autoridades Competentes que corresponda;* ***dando lugar a la devolución de los valores que hubieren ingresado al IESS por concepto de aportes, cumpliendo previamente para efectos de dicha devolución el procedimiento de verificación establecido en el presente Reglamento".***

4.51. Esta Sala de Casación declara indebida la afiliación y aportes realizados en favor de la señora María de Lourdes Carrera Andrade, en el RUC 1705116745001 asignado al recurrente señor Terrence Nuttall Oates, por los periodos comprendidos entre enero de 2011 a diciembre del 2012 y enero a diciembre de 2015, y ordena que se le devuelvan los valores que hubieren ingresado al IESS por concepto de aportes, cumpliendo previamente para efectos de dicha devolución el procedimiento de verificación establecido en el Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, (Resolución No. C.D. 625).

VI. DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve: **a)** Aceptar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en lo referente a la presunta errónea interpretación del artículo 218 del Código Civil, esto es, únicamente por el caso quinto de casación establecido en el artículo 268 del COGEP; y rechazándose lo alegado por el caso segundo de casación establecido en el artículo 268 del COGEP; **b) C**asar la sentencia emitida el 25 de noviembre de 2019, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro de la causa No. 17811-2018-00270; **c)** Dejar sin efecto la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2019, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro de la causa No. 17811-2018-00270, y en su lugar ordenar que se esté a lo dispuesto en lo determinado en la sentencia de mérito dictada en la resolución del presente recurso de casación; **d)** Actúe la doctora Nadia Fernanda Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora; **e)** Notifíquese y cúmplase.-

f) Dr. Iván Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Milton Velásquez Díaz, JUEZ NACIONAL; Dr. Fabián Racines Garrido, JUEZ NACIONAL.

[30] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 265-15-SEP-CC, Causa No. 1204-12-EP, 12 de agosto de 2015, párr. 25.

VI

Juicio Nro. *17811-2018-01279*
Resolución Nro. *11233-2022*
Fecha: *19 de diciembre del 2022, las 11h06*

TEMA: Legalidad y validez de un acto normativo: resolución de la Superintendencia de Compañías.

ASUNTO

Comparecen las compañías: SEGUROS EQUINOCCIAL S.A., BMI DEL ECUADOR COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A., ASEGURADORA DEL SUR C.A., ORIENTE SEGUROS S.A., CONSTITUCIÓN C.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS; y, EQUIVIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., las cuales solicitan que, al amparo de lo previsto en el artículo 326 numeral 2 del Código Orgánico General de Procesos, se declare la ilegalidad y consecuente nulidad del Art. 1 numerales 1.2.1, 1.3.1, 1.3.3, 1.3.4; y, del Art. 2 numerales 2.5, 2.6, 2.7, 2.7.2, 2.7.3, 2.8, 2.9 y 2.10 de la resolución No. SCVS-INS-2018-0007 de 27 de febrero de 2018, dictada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, por contravenir disposiciones legales expresas.

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros señala que el Código Orgánico Monetario y Financiero, en su libro III, específicamente en el artículo 25, en cuanto a las cláusulas de carácter obligatorio y cláusulas prohibidas dentro de las pólizas de seguros, establece que, en ejercicio del control, tiene la competencia para emitir las regulaciones necesarias para la correcta y adecuada aplicación de la Ley General de Seguros.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito acepta parcialmente la demanda y declara la nulidad por exceso de poder, con efecto general, del numeral 2.8 del art. 2 de la resolución No. SCVS-INS-2018-0007 dictada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, pues la normativa emitida aplicaría en forma indiscriminada a todos los contratos de seguro y parecería que sanciona con la pérdida de derechos todas las conductas antijurídicas del asegurado, por lo tanto, dado que la norma no es clara y permite muchas confusiones, con resultados inciertos, se declara su ilegalidad. Con respecto al resto de numerales impugnados de los artículos 1 y 2, se ratifica su legitimidad, pues no se encuentra que alteren lo dispuesto por la ley, conforme las acusaciones formuladas por el actor.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2018-01279

Juez Ponente: Dr. Patricio Secaira Durango

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
Quito, lunes 19 de diciembre del 2022, las 11h06.
VISTOS: El tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales Patricio Secaira Durango (ponente), Milton Velásquez Díaz e Iván Larco Ortuño, dicta la siguiente sentencia dentro de la causa No. 17811-2018-01279:

I. Conformación y competencia de la Sala

1.1. 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.

1.2. 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").

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

II. Antecedentes

2.1 El 5 de septiembre de 2018, Emilio Suárez Salazar en calidad de Procurador Judicial de las compañías: Seguros Equinoccial S.A., BMI del Ecuador Compañía de Seguros de Vida S.A., Aseguradora del Sur C.A., Oriente Seguros S.A., Constitución C.A. Compañía de Seguros y Equivida Compañía de Seguros S.A. (en adelante "las compañías de seguros") presentó una acción contencioso administrativa en contra de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ("Superintendencia") y la Procuraduría General del Estado para que se declare la ilegalidad y nulidad de los numerales 1.2.1, 1.3.1, 1.3.3, 1.3.4 del artículo 1 y numerales 2.5, 2.6, 2.7, 2.7.2, 2.7.3, 2.8, 2.9 y 2.10 del artículo 2 de la Resolución No. SCVS-INS-2018-0007 de 27 de febrero de 2018, emitida por la Superintendencia (R.O. No. 218 de 10 de abril de 2018), por contravenir disposiciones legales expresas.

2.2 Mediante sentencia de 17 de octubre de 2019, las 11h45, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito ("TDCA") aceptó parcialmente con lugar la demanda y declaró la nulidad, por exceso de poder, con efecto general, del numeral 2.8 del artículo 2 de la Resolución No. SCVS-INS-2018-0007 y ratificó la legalidad de los demás numerales de los artículos citados *ut supra*. Contra esta decisión, la Superintendencia y las compañías de seguros interpusieron recursos de casación.

2.3 Elevado el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 1 de julio de 2020, las 08h03, el Conjuez Nacional Miguel Ángel Bossano Rivadeneira admitió únicamente el recurso interpuesto por las compañías de seguros, por las causales segunda y quinta del artículo 268 del COGEP.

2.4 En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 272 del COGEP se celebró audiencia de fundamentación del recurso, de manera telemática, el 13 de octubre de 2022, a las 14h30, la cual fue suspendida para emitir la resolución, por la complejidad del caso. El 22 de noviembre de 2022, a las 09h45, se reanudó la audiencia y por voto de mayoría, se resolvió aceptar parcialmente el recurso de casación interpuesto. 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:

III. 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.

IV. Análisis del recurso

Análisis de la causal segunda del artículo 268 del COGEP, por falta de motivación.

4.1 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 [CNJ, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencias dentro de los juicios: No. 09801-2013-0480; No. 17811-2013-6930; No. 01803-2019-00258; No. 01803-2018-00369; 18803-2019-00075; entre otras].

4.2 El cambio de línea jurisprudencial se fundamenta principalmente en que el "*test*" distorsionaba 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].4.3 De acuerdo con lo anterior, esta Sala se dispone a examinar la falta de motivación del auto recurrido de acuerdo con la estructura del artículo 76.7.l de la CRE.

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

> Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

4.5 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].

4.6 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].

4.7 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].

4.8 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].

4.9 Ahora bien, sobre la motivación de la decisión, la parte recurrente manifestó:

> 4.9.1 Que, en el acápite 5.4 de la decisión impugnada, el TDCA determinó que el numeral 1.3.1 de la Resolución de la Superintendencia señala que el infraseguro se puede aplicar únicamente en pérdidas parciales dependiendo de la modalidad de contratación. En consecuencia, al ser una precisión se encuentra conforme al artículo 742 del Código de Comercio ("CCo"). En tal medida, argumentó que, la decisión carece de lógica, dado que la Superintendencia no puede crear excepciones que modifiquen la ley.
>
> 4.9.2 Que, en el acápite 6.4 de la sentencia impugnada, el TDCA concluyó que, en caso de fuerza mayor o caso fortuito el asegurado tiene la posibilidad de justificar el abandono de las cosas aseguradas. Sin embargo, en la actual regulación del CCo, el asegurado tiene la obligación de no abandonar las cosas aseguradas, salvo que dicha posibilidad haya sido estipulada por los contratantes. De esta

> manera, que al encontrarse determinada la obligación en una norma legal no puede ser modificada o interpretada a través de una resolución emitida por la Superintendencia. Por consiguiente, que la única conclusión a la que debió llegar el TDCA es que la Superintendencia no podía interpretar el contenido y alcance de una disposición legal.

4.10 En estas circunstancias, conviene recordar que la CCE con acierto ha dicho que, hay casos en donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo; por ejemplo, cuando se atiende temas de puro derecho [CCE. Sentencia No. 1158-17-EP/21, párr. 61]. En el caso concreto, ocurre lo propio, dado que la controversia se delimitó en establecer si los artículos contenidos en la Resolución de la Superintendencia son o no ilegales. Por consecuencia, el examen de esta Sala se limitará a ello.

4.11 Pues bien, con sustento en los argumentos que preceden y los acápites sobre los cuales se fundamentó la causal, se considera: primero, para examinar el numeral 1.3.1 de la Resolución de la Superintendencia, el TDCA invocó el artículo 742 del CCo y consideró que esta regula la relación entre la suma y el interés asegurados. De igual manera, desarrolló el concepto de infraseguro, para concluir que la disposición jurídica actual contenida en la Resolución mantiene la regla de la proporcionalidad en tanto prevé que no se aplica el infraseguro para destrucción o pérdida total, en cuanto a que el valor de la pérdida no va a ser por el total sino, por una parte. En tal marco, consideró que la disposición es legal.

4.12 Y segundo, para analizar el numeral 2.7.2 de la Resolución de la Superintendencia, el TDCA aplicó el artículo 747 del CCo para establecer que en efecto el asegurado está obligado a no abandonar las cosas aseguradas. No obstante, considerando ciertos aspectos sobre la salud o integridad física, que se refieren a derechos de orden constitucional y de eminente relevancia jurídica, no se le podría exigir al asegurado permanecer junto a los objetos, y lo propio respecto de caso fortuito o fuerza mayor. En tales circunstancias, concluyó que la norma que limite aquello, no debería estar permitida. En consecuencia, también declaró su legalidad.

4.13 De acuerdo con lo anterior, esta Sala observa que el TDCA cumplió con la garantía de motivación suficiente, dado que enunció las normas y doctrina y su interpretación al caso concreto, para luego decidir sobre la legalidad de estas normas. En suma, explicó su razón de su decidir; sin que ello signifique que este Tribunal concuerda o no con la aplicación y/o interpretación del Derecho efectuada por los juzgadores.

4.14 Finalmente, en relación con los argumentos de la parte accionante, cabe recordar que mediante la causal segunda del artículo 268 del COGEP, 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 -motivación suficiente-. Este criterio ha sido recogido por la jurisprudencia de esta Sala, de la siguiente forma:

> [E]l incumplimiento del requisito de motivación es un cargo casacional que guarda relación con un defecto de construcción de la sentencia impugnada. Entonces, esta causal no puede ser trastocada para analizar la corrección jurídica de la decisión ni la valoración de la prueba. Cuando un recurrente busque tal tipo de control deberá alegar las causales aptas para el efecto y no limitarse a invocar el incumplimiento del requisito de motivación. De otra manera, la motivación se convertiría en una suerte de llave maestra para abrir cualquier tipo de control sobre la decisión recurrida, lo que vaciaría de contenido a las demás causales de casación. [Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 8 de septiembre de 2021, juicio No. 01803-2018-00396, párrs. 4.8 y 4.9]

4.15 En este contexto, se advierte que las compañías de seguros atacan la decisión de fondo respecto la legalidad de los artículos, por cuanto sus argumentos se direccionan a cuestionar que, mediante una norma emitida por la Superintendencia, no se puede contradecir, modificar o interpretar una disposición legal; siendo ello un tema de corrección. Por tanto, si las recurrentes pretendían revisar aquello, debieron invocar la o las causales y normas adecuadas, y estas ser admitidas en la etapa procesal oportuna. En tal circunstancia, al encontrarse este Tribunal impedido de revisar y casar el fallo de oficio por aquellas causales y normas no invocadas, no prosperan los argumentos.

4.16 Por todo lo expuesto, se rechaza el cargo por la causal segunda del artículo 268 del COGEP, por falta de motivación.

Análisis de la causal quinta del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación, indebida aplicación y errónea interpretación de normas sustantivas.

Consideración previa: Alcance de actuación de los entes reguladores

4.17 La causal de casación establecida en el numeral quinto del artículo 268 del COGEP contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva. 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]:

1) Falta de aplicación: Cuando el juzgador dejar de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.
2) 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.
3) Errónea interpretación: Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.

4.18 La parte recurrente fundamentó la causal con base en 10 cargos individuales y no acumulables, dado que cada uno corresponde a un numeral diferente de los artículos de la Resolución de la Superintendencia que fueron impugnados. En consecuencia, se revisarán en apartados particularizados.

4.19 No obstante lo anterior, al tratarse de una resolución de carácter general y obligatoria emitida por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, resulta necesario realizar un breve esbozo de la intervención del Estado a través de entidades públicas y de las disposiciones jurídicas que de ellos emanan.

4.20 La intervención del Estado en la economía puede obedecer al cumplimiento de varias funciones. No obstante, la que nos interesa para este desarrollo, es la función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas, de acuerdo con los parámetros de la Constitución y la ley. Esta función, por tanto, obedece a criterios técnicos relativos a las características de cada sector y a su dinámica propia [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150/03].

4.21 Según nuestra Constitución, la división de poderes se materializa en las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, de Transparencia y Control Social y Electoral. La Función de Transparencia y Control Social, en concreto, se encarga de promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción [CRE, art. 204].

4.22 De la precitada función, forman parte justamente las superintendencias, como entidades con personalidad jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa [CRE, art. 204]. Ya en lo particular, de acuerdo con la misma norma suprema, las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

4.23 En suma, las superintendencias son órganos o entes administrativos autónomos y técnicos de control y regulación de ciertas actividades económicas, sociales y ambientales, con la finalidad de que estos se sujeten al ordenamiento jurídico y al interés social-general. No obstante lo anterior, al tratarse de la intervención sobre áreas específicas, su delimitación y facultades se encuentra encomendada a la ley [CRE, art. 213]. En el caso de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, respecto de los seguros, debemos atenernos principalmente a la Ley General de Seguros y al Código de Comercio.

4.24 Ahora bien, por regulación, debemos entender toda actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y la emisión de actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso, como a permitir el flujo de actividad socioeconómica respectivo

[Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150/03].

4.25 Es por ello que, como acertadamente enseña cierta doctrina, regular es esencialmente dictar normas que establezcan reglas para el funcionamiento de una determinada industria o actividad que se encuentra bajo la vigilancia de un ente regulador [Alberto Bianchi, *La potestad reglamentaria de los entes reguladores*, Revista de Derecho Administrativo Económico, No. 16, 2006, 77-100]. En coincidencia con este criterio, Cassagne sostiene que, la idea de regulación como función se traduce en atribuir a una autoridad independiente el poder de dictar normas generales y actos individuales de aplicación cuyos efectos recaen en general sobre sujetos que prestan servicios que satisfacen necesidades primordiales de la población [Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo* (Argentina: Palestra Editores, 2017) 202].

4.26 Sin embargo, dado que nuestra Constitución exige expresa habilitación legal para dicho ejercicio, resulta necesario revisar el alcance de su intervención y las facultades encomendadas para su regulación.

4.27 En este contexto, sin que ello signifique citar todas las normas de habilitación legal normativa, podemos destacar los artículos 8, 9, 19, 21, 25, 27, 29, 32, 37 y otros de la LGS, que en lo esencial hacen referencia expresa a las regulaciones encomendadas a la Superintendencia en su rol de ente de control y regulación. Finalmente, el artículo 69 *ibidem*, dispone que: "*La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, expedirá mediante resoluciones las normas necesarias para la aplicación de esta Ley*".

4.28 No obstante, lo anterior no quiere decir que la Superintendencia exclusivamente pueda, mediante su potestad normativa, emitir disposiciones para la aplicación de la LGS, dado que ello sería contrario a la naturaleza de los entes de regulación, como se expondrá a continuación, y en todo caso, la misma LGS le otorga potestad de regulación general sobre ciertos ámbitos.

4.29 Sobre la base de lo anterior, esta Sala examinará la naturaleza de las normas expedidas por la Superintendencia, principalmente, en su labor de ente de regulación.

4.30 En este orden, como bien enseña cierta doctrina, el Derecho de regulación se proyecta sobre los servicios de interés general y los sectores económicos de relevancia y aunque, en un Estado de Derecho, la regulación pública se encuentra, naturalmente, sujeta a la ley, no es mera ejecución de ella [José Esteve Pardo, *Principios de Derecho Regulatorio* (Madrid: Marcial Pons, 2021) 27].

4.31 Es así como, el marco general que conforma este Derecho se encuentra compuesto de la Constitución, la ley e incluso de los reglamentos dictados para el desarrollo y ejecución de las leyes. En este punto, debe recordarse que la potestad de reglamentar prevista el numeral 13 del artículo 147 de la CRE, es diferente de la competencia legalmente atribuida a determinados órganos para que cumplan o ejecuten determinadas funciones, como en el caso de las superintendencias, y que pueden traducirse en actos normativos emitidos en ejercicio de una potestad administrativa [COA, art. 128 y 129].

4.32 En esta línea, Alejandro Silva, aunque refiriéndose a la potestad reglamentaria, sostiene que:

La potestad reglamentaria inherente a los cuerpos administrativos funcionalmente descentralizados tiene su fuente en la respectiva ley de creación de cada uno de ellos y no proviene, por lo tanto, de delegación alguna del Presidente. El legislador, al crear dichos entes, no puede menos que darles facultades para adoptar las decisiones de carácter general o particular encaminadas a satisfacer sus respectivos objetivos [Alejando Silva, Tratado de Derecho Constitucional (Santiago: Ed. Jurídica, 2000) 67].

4.33 De otro punto de vista, Ibáñez parte de la regla general del principio de competencia del legislador, ya expresa o por cláusula general. Empero, precisa que sólo por excepción el legislador no regula determinada materia y ello ocurre precisamente cuando: "*dicha competencia se le atribuye a otra autoridad, en este caso de carácter administrativo, para que ésta la ejerza de manera exclusiva bien sea sin intervención de la ley, mediante decretos o con sujeción a las reglas generales que defina el propio legislador. Este es el caso de las facultades de regulación del comercio exterior y de las actividades financiera, bursátil, aseguradora, etc.*" [Jorge Ibáñez Najar, *Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria*, PUJC, núm. 106, 2003, 10-93].

4.34 En concordancia con los criterios previamente expuestos, autorizada doctrina en la materia considera que, los poderes normativos de las comisiones independientes (lo más parecido a las superintendencias y otros órganos de regulación) se justifican normalmente por la especialización técnica que tienen y por las singularidades que presentan dichos sectores cuya regulación les está

encomendada. En tal marco, el mismo autor estima que, no tendría sentido que sus atribuciones normativas quedaran constreñidas a la ejecución de la ley [Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (Madrid: Iustel, 2006) 997-998].

4.35 Es por esta razón, que el poder normativo asignado a estos órganos o entes no es nunca de simple desarrollo de sus preceptos, sino que consiste en una habilitación para dictar normas que permitan la regulación del sector en que aquellas intervienen. En estas circunstancias, concluye que, estas normas se caracterizan por estar sometidas a lo que las leyes puedan establecer respecto de su contenido, aunque considerando que el contenido técnico de las regulaciones de cada sector, estas comisiones disponen de un margen de discrecionalidad amplio [Santiago Muñoz Machado. Op, cit., 998].

4.36 Bajo las consideraciones que anteceden, el artículo 25 de la LGS prevé que:

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros **determinará las cláusulas que obligatoriamente contendrán las pólizas, así como las cláusulas prohibidas**, las cuales carecerán de efectos y se tendrán por no escritas en caso de existir (...).

Las pólizas deberán sujetarse mínimo a las siguientes condiciones:

a) Responder a normas de igualdad y equidad entre las partes contratantes;
b) Ceñir su contenido a la legislación sobre el contrato de seguro constante en el Código de Comercio, el Decreto Supremo No. 1147, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 7 de diciembre de 1963 a la presente Ley y a las demás disposiciones que fueren aplicables;
c) Encontrarse redactada de manera clara, de modo que sea de fácil comprensión para el asegurado;
d) Los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles;
e) Figurar las coberturas básicas y las exclusiones con caracteres destacados en la póliza;
f) Incluir el listado de documentos básicos necesarios para la reclamación de un siniestro;
g) Incluir una cláusula en la que conste la opción de las partes de someter a decisión arbitral o mediación las diferencias que se originen en el contrato o póliza de seguros; y,
h) Señalar la moneda en la que se pagarán las primas y siniestros. La cotización al valor de venta de la moneda extranjera serán los vigentes a la fecha efectiva de pago de las primas y de las indemnizaciones.
i) Señalar que todo reembolso de seguros se realizará mediante transferencia electrónica de fondos o cualquier otro medio de pago electrónico.

4.37 Por consiguiente, se observa que la norma legal otorga una habilitación normativa clara, expresa y amplia a la Superintendencia para que determine las cláusulas obligatorias y prohibidas de las pólizas. Lo que tiene sentido en la medida en que es dicho órgano quien tiene la competencia técnica y especial en materia de seguros y es con base en ello, que establecerá lo que necesariamente contendrá una póliza y aquello que no.

4.38 Ahora, es cierto que la misma norma regula ciertas condiciones mínimas a las que deberán sujetarse las pólizas. No obstante, ello responde únicamente al marco de regulación que necesariamente debe existir, de modo que no exista una habilitación en blanco que suponga "*la abdicación de la función básica que la CRE le ha encomendado*" [Santiago Muñoz Machado. Op, cit., 998].

4.39 De igual manera, la habilitación normativa prevista en el artículo 25 de la LGS, de ninguna manera puede ser interpretada como mera ejecución de dicha ley o de otras que regulen el contrato de seguros. Primero, por cuanto la atribución normativa no es la de un reglamento de ejecución, sino la de una potestad normativa en ejercicio de una función administrativa clara, expresa y necesaria: la regulación y control de la materia de seguros, en beneficio del interés general. Y, segundo, debido a que no tendría sentido que se otorgue una habilitación general para normar cláusulas obligatorias y prohibidas, y estas se limiten a la materialización de la o las leyes, cuando deberían responder a las consideraciones técnicas y especializadas del ente regulador en materia de seguros.

4.40 Lo anterior, no quiere decir de ninguna manera que los entes de regulación puedan contrariar la Constitución, la ley e incluso -en lo pertinente-, los reglamentos de ejecución, pues estos actos normativos se encuentran sujetos y limitados por el ordenamiento jurídico.

4.41 Una vez realizadas las precisiones del caso, esta Sala examinará las causales alegadas por la parte accionante.

A. Indebida aplicación del artículo 713 del Código del Comercio ("CCo"), que provocó la falta de aplicación del artículo 1505 del Código

Civil ("CC"). (numeral 1.2.2 de la Resolución No. SCVS-INS-2018-007)

4.42 Las compañías de seguros manifestaron que el TDCA aplicó indebidamente el artículo 713 del CCo, dado que esta norma no se encontraba vigente en el periodo comprendido entre el 27 de febrero de 2018 y el 29 de mayo de 2019; fecha en que se promulgó el nuevo Código de Comercio. Por consecuencia, que el TDCA inaplicó el artículo 1505 del CC, en vista de que regula la forma de terminación de los contratos sinalagmáticos, dentro de los cuales solo las partes contratantes pueden limitar el derecho a demandar la resolución del contrato frente a la mora de quién lo incumplió.

4.43 El TDCA, calificó a la acción contencioso administrativa como objetiva o por exceso de poder, de acuerdo con el artículo 326.2 del COGEP. En general, la acción objetiva se diferencia de la subjetiva, en cuanto al propósito o intención que mueve al accionante, según tenga por finalidad la tutela de derechos o la defensa de la legalidad. Es así como, González Pérez considera que la única diferencia es en las pretensiones: "*la pretensión procesal de tutela de un derecho subjetivo o bien la sola declaración de nulidad del acto o reglamento en defensa de la legalidad y mediando un interés directo*" [Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo hispanoamericano* (Bogotá: Temis, 1985) 158]. Bajo tales consideraciones, la pretensión del accionante fue verificar la legalidad de la Resolución de la Superintendencia.

4.44 En este orden, cuando el TDCA se dispone a examinar la legalidad de un acto normativo emitido por una entidad pública, respecto del ordenamiento jurídico o una determinada regulación, debe hacerlo necesariamente con aquellas normas vigentes al momento de su revisión.

4.45 El criterio anterior se sustenta en que, el Código del Comercio derogó expresamente la Codificación del Código de Comercio y todas aquellas normas de inferior o igual jerarquía que se opongan a sus prescripciones [Disposición Derogatoria primera y quinta]; pero, además, en que por la entrada en vigencia de la norma precitada, todas sus prescripciones deben entenderse de obligatorio cumplimiento y rigen, por regla general, para lo posterior [CC, arts. 6 y 7].

4.46 Por consecuencia, si una regulación se expide con posterioridad a la presentación de la demanda, y regula o resuelve aquellos puntos de Derecho sobre los cuales se pretendió la ilegalidad del acto normativo, necesariamente deberían aplicarse. Lo contrario provocaría que el órgano judicial se pronuncie sobre la legalidad del acto normativo con sustento en normas derogadas o que, por especialidad o jerarquía, tampoco prevalecerían, pudiendo determinarse ilegalidades que al momento y con las normas vigentes, ya han desaparecido del ordenamiento jurídico.

4.47 Lo propio acaecería, cuando la norma vigente al momento de la decisión del TDCA presente una clara contradicción respecto del acto normativo impugnado, lo que ocasionaría su ilegalidad. Esta interpretación realizada por la Sala garantiza la seguridad jurídica [CRE, art. 82] y asegura la conservación del acto normativo en el ordenamiento jurídico.

4.48 Ahora bien, el TDCA aplicó el artículo 713 del CCo, que en lo esencial dispone que: "*Si el asegurado estuviere en mora, tendrá derecho a la cobertura por treinta días, contados a partir de la fecha en que debió realizar el último pago; fenecido dicho plazo, se suspenderá la cobertura*". Disposición que tiene plena concordancia con el numeral 1.2.1 de la Resolución impugnada. De hecho, regulan exactamente lo mismo. En este sentido, mal podría sustentarse una presunta ilegalidad, en aplicación del artículo 1505 del CC, que por especialidad, no resulta prevalente.

4.49 Por todo lo expuesto, dado que el TDCA aplicó adecuadamente el artículo 713 del CCo, se rechaza el cargo por la causal quinta del artículo 268 del COGEP.

B. Errónea interpretación del artículo 742 del CCo (anterior artículo 40 del CCo derogado). (numeral 1.3.1 de la Resolución No. SCVS-INS-2018-007)

4.50 El TDCA interpretó el artículo 742 del CCo, en el sentido de que la disposición únicamente es aplicable en los casos de pérdida parcial y no total. No obstante, la interpretación literal, según la parte recurrente es que: "*en el escenario de que el bien no se encuentre asegurado por su valor real, la compañía aseguradora está en la obligación de indemnizar el daño únicamente a prorrata y en proporción a la cantidad asegurada, sin importar si se trata de una pérdida parcial o total*". En tal marco, las recurrentes aseguraron que el legislador no realizó distinción alguna sobre si era aplicable a la pérdida total o parcial y querer hacer una distinción, implica realizar una interpretación errada y asistemática.

4.51 Para resolver el problema planteado por las compañías aseguradoras, resulta necesario hacer referencia a los párrs. 4.18-4.40 *ut supra*, en el

sentido de que los actos normativos emitidos por la Superintendencia, en el marco de las obligaciones y prohibiciones en las pólizas, tiene una habilitación legal amplia, que tiene sustento en la naturaleza de los entes de regulación y su especialidad respecto de determinados sectores de la economía, sociedad, etc., en beneficio del interés general.

4.52 De esta manera, el hecho de que el CCo no disponga expresamente si el infraseguro se aplica en casos de pérdidas parciales o totales, y esto se realice a través de una resolución de la Superintendencia, no provoca *prima facie* su ilegalidad, pues tiene su fundamento Constitucional y legal en la regulación técnica y especial de la actividad de seguros por medio de los entes de regulación. Tal como se manifestó en su momento, no tendría sentido que esta potestad normativa, dadas sus especiales características, suponga la simple ejecución de la ley.

4.53 Adicionalmente, es preciso recordar que el error debe tener la trascendencia necesaria para influir en la decisión de la causa. Esto quiere decir que "*para fines de casación, el error de derecho debe ser protuberante, como doctrinariamente se exige "ostensiblemente para el sentido común"; o como también señala la doctrina, es error trascendente: "cuando repercute e incide en la decisión, a tal punto que sin él el juez habría fallado en sentido contrario*" [Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil (Bogotá: El Foro de la Justicia, 1983), 364]. En el caso concreto, por las razones expuestas en 4.51 y 4.52 *ut supra*, la presunta errónea interpretación del artículo 742 del CCo carecería de trascendencia, pues de cualquier forma no se configuraría la ilegalidad de la Resolución de la Superintendencia.

4.54 Bajo tales consideraciones, se rechaza el cargo por la causal quinta del artículo 268 del COGEP, por errónea interpretación del artículo 742 del CCo.

C. Falta de aplicación del numeral 2 del artículo 240 del Código Orgánico de la Función Judicial. (numeral 1.3.3 de la Resolución No. SC-VS-INS-2018-007)

4.55 La parte recurrente consideró que, el TDCA confundió el alcance de la frase "*valorada conforme al derecho civil*". Por un lado, sostuvo que el numeral 1.3.3 excluye la responsabilidad penal y administrativa (hecho que no está en discusión). No obstante, la frase precitada, se refiere a que la Superintendencia pretende arrogarse las funciones de un juez para asignar el grado de culpa en la que incurrió el asegurador.

4.56 El artículo acusado como inaplicado manda:

> Art. 240.-ATRIBUCIONES Y DEBERES.-Son atribuciones y deberes de las juezas y los jueces de lo civil: 2. Conocer y resolver, en primera instancia, todos los asuntos de materia patrimonial y mercantil establecidos en las leyes, salvo las que corresponda conocer privativamente a otras juezas y jueces;

4.57 Por su parte, el numeral 1.3.3 de la Resolución de la Superintendencia prevé: "*En el seguro de daños, la responsabilidad del asegurado será siempre valorada conforme al derecho civil*". Sobre este punto, la parte accionante alegó que la Superintendencia se estaría atribuyendo funciones jurisdiccionales, dado que el artículo 42 de la LGS dispone que el asegurado puede presentar un reclamo ante la Superintendencia, quien dirimirá la controversia administrativamente.

4.58 Ahora bien, debemos partir de que, en general, estas pólizas de seguros son contratos mercantiles y como tal, se encuentran sujetos al Derecho civil. Otra cosa es que, por las características de la actividad aseguradora, el Estado haya decidido intervenir a través de un órgano regulador técnico y de control, que resuelva ciertos conflictos en sede administrativa, por medio de actos administrativos; pero ello de ninguna manera altera la naturaleza del negocio jurídico.

4.59 En este sentido, el numeral 1.3.3 de la resolución impugnada, únicamente dispone que la responsabilidad será valorada conforme al Derecho civil; pero de ninguna manera, otorga atribuciones jurisdiccionales civiles al órgano administrativo. Además de ello, debemos coincidir con lo resuelto por el TDCA, en el sentido de que ello también excluye otro tipo de responsabilidad [considerando 5.5 de la sentencia impugnada].

4.60 Por lo expuesto, esta Sala no encuentra que el TDCA haya inaplicado el numeral 2 del artículo 240 del COFJ. Además de ello, de la revisión de la disposición jurídica, se verifica que esta es de carácter procesal y no sustantivo, de tal suerte que no procedería su examen. Por lo tanto, se rechaza el cargo por la causal quinta del artículo 268.

D. Errónea interpretación del artículo 718 del CCo (anterior artículo 20 del Decreto Supremo). (numeral 1.3.4 de la Resolución No. SC-VS-INS-2018-007)

4.61 La parte recurrente, sostuvo que el TDCA interpretó el artículo 718 del CCo de forma extensiva, al cotejarlo con el artículo 729 del CCo,

dado que concluyó que el asegurado puede justificar siempre la fuerza mayor o caso fortuito que le imposibilita dar aviso del siniestro, no solo en el término de 5 días, sino hasta en tres años. La interpretación correcta de la disposición jurídica, que según el recurrente deviene de su texto literal, es que el asegurado únicamente puede dar aviso de la imposibilidad de notificar con el siniestro por caso fortuito y fuerza mayor en el término de 5 días, fenecido el cual no podrá hacerlo.

4.62 En este sentido, consideró que es asistemático interpretar de forma extensiva el artículo 718 con el artículo 729 del CCo, pues la segunda norma se refiere a las acciones judiciales derivadas del contrato de seguro, que nada tienen que ver con la notificación del siniestro.

4.63 Pues bien, el artículo acusado como erróneamente interpretado, prevé:

> Art. 718.-El asegurado o el beneficiario están obligados a dar aviso de la ocurrencia del siniestro, al asegurador o su intermediario, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que hayan tenido conocimiento del mismo.
>
> Este término puede ampliarse, más no reducirse, por acuerdo de las partes.
>
> El intermediario está obligado a notificar al asegurador, en el mismo día, sobre la ocurrencia del siniestro.
>
> El asegurado podrá justificar la imposibilidad de dar aviso del siniestro en el término señalado o pactado, en tanto hubiere estado imposibilitado físicamente, por caso fortuito o fuerza mayor, de cumplir con este deber.
>
> En caso de seguros de vida, el beneficiario tendrá hasta tres (3) años desde la fecha del siniestro para dar aviso al asegurador. La aseguradora tendrá la obligación de notificar al beneficiario sobre la existencia del seguro desde el momento en que tenga conocimiento, aun de oficio, del deceso del asegurado o, de ser el caso, de su declaratoria de muerte presunta.

4.64 Sobre la interpretación de este artículo, el TDCA consideró que, realizado el cotejamiento de las normas, se evidenció que la cláusula no contraviene la norma, pues permite justificar el no aviso oportuno, en caso fortuito o fuerza mayor. De igual manera, estimó que el propio CCo ratifica la posibilidad de justificar la falta de aviso, pues solo la omisión no justificada permite perder el derecho al cobro, tal como ordena el artículo 725 *ibidem*.

4.65 En este escenario, se observa que el numeral 1.3.4 de la Resolución de la Superintendencia, prescribe que el asegurador o beneficiario siempre podrá notificar, por fuerza mayor o caso fortuito, su imposibilidad de dar aviso oportuno del siniestro, con el fin de no perder su derecho a reclamar la indemnización, aunque dicho aviso no podrá exceder el tiempo señalado en el artículo 26 del Código de Comercio.

4.66 En su primer inciso, el artículo 718 *ibidem* obliga al asegurado o beneficiario a dar aviso de la ocurrencia del siniestro, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en que hayan tenido conocimiento del mismo. De ahí, en su cuarto inciso *ibidem*, prevé que el asegurado podrá justificar la imposibilidad de dar aviso del siniestro en el tiempo señalado, en tanto hubiera estado imposibilitado físicamente, por caso fortuito o fuerza mayor.

4.67 Es decir que, la norma permite al asegurado avisar sobre la ocurrencia del siniestro hasta dentro de 5 días hábiles. No obstante, de haber imposibilidad física, por caso fortuito o fuerza mayor, podría hacerlo posteriormente.

4.68 Las compañías aseguradoras pretenden interpretar el artículo en el sentido de que "***el asegurado únicamente puede dar aviso de la imposibilidad de notificar con el siniestro en el término de 5 días, fenecido el cual no podría hacerlo***". Sin embargo, esta no es la interpretación literal del artículo, pues el lapso de 5 días está diseñado para notificar la ocurrencia del siniestro, no la imposibilidad de hacerlo. La excepción por la imposibilidad actúa precisamente respecto del tiempo de 5 días. Con lo cual, la justificación ocurrirá necesariamente de forma posterior y no durante el lapso permitido. De otra manera, resultaría mejor notificar directamente el siniestro y no la imposibilidad de hacerlo.

4.69 De otro lado, en relación con el numeral 1.3.4 de la Resolución impugnada, la interpretación realizada del artículo 718 del CCo, en cuanto a que las dos normas regulan la posibilidad para justificar la falta de aviso de la ocurrencia del siniestro, es una interpretación acorde al tenor literal de la disposición legal analizada y conforme a las consideraciones antes expresadas. En tal sentido, no prospera el vicio invocado.

4.70 Además de lo anterior, la parte que recurre manifestó que es asistemático interpretar de forma extensiva el artículo 718 con el artículo 729 del CCo, pues la segunda norma se refiere a las

acciones judiciales, que nada tienen que ver con la notificación del siniestro.

4.71 Si bien es cierto que el artículo 729 del CCo regula la prescripción judicial y *prima facie* nada tiene que ver con la notificación del siniestro, de todas formas dicho argumento no es trascendente en el fondo, pues el objeto fue determinar si el numeral 1.3.4 de la Resolución impugnada es ilegal o no, y ello se encuentra resuelto con base en el artículo 718 y 725 *ibidem*. Por consecuencia, tampoco prospera por este extremo.

4.72 Por todo ello, se rechaza el cargo por la causal quinta del artículo 268 del COGEP, por errónea interpretación del artículo 718 del CCo.

F. Errónea interpretación de los artículos 6 y 8 de la Ley General de Seguros ("LGS") (numeral 2.6 de la Resolución No. SCVS-INS-2018-007)

4.73 La parte recurrente argumentó que, el TDCA, al interpretar los artículos 6 y 8 de la LGS señaló que estas normas son meramente descriptivas de quienes son los peritos en la materia de seguro y que no son normas respecto a cómo se debe probar un determinado hecho. Según las recurrentes, la interpretación correcta de las normas precitadas, en armonía con todo el cuerpo legal, es que, en materia de seguros, para demostrar la causa del siniestro y la valoración de los daños, se necesita la práctica de un informe pericial elaborado por una persona con credencial y registro otorgado por la Superintendencia.

4.74 En este marco, las accionantes precisaron que, lo contrario, implica vaciar de contenido las disposiciones jurídicas, convirtiéndolas, en la práctica, ineficaces e inútiles. Es así como, los artículos erróneamente interpretados, determinan de manera expresa que los únicos medios conducentes para demostrar la causa del siniestro y la valoración de los daños son los "ajustadores" y los "inspectores de riesgo".

4.75 En estas circunstancias, el numeral 2.6 de la Resolución de la Superintendencia prevé que están prohibidas aquellas cláusulas que "*limitan los medios de prueba que puede utilizar el asegurado, o que pretendan invertir la carga de la prueba en su perjuicio*".

4.76 En esta línea, el recurrente dice que, en materia de seguros, solo pueden utilizarse determinadas pruebas, que se encuentran recogidas en los artículos 6 y 8 de la LGS. Sin embargo, dicha interpretación resulta restrictiva de derechos, pues no existe limitación procesal alguna en la ley, sino en ocasión de que sea una prueba obtenida o actuada con violación de la CRE o de la ley [CRE, art. 76.3]. Por lo tanto, la regulación de la Resolución impugnada, de hecho, ratifica el contenido de esta disposición constitucional y garantiza de esta forma el derecho a la defensa.

4.77 Lo propio sucede en la interpretación realizada por el TDCA, dado que manifestó: "*por lo que la cláusula acusada no contiene limitación alguna, al contrario, garantiza la libertad de las partes en materia de pruebas, incluso lo citado por el actor, referente a los artículos 6 y 8 de la LGS*". En consecuencia, no se advierte la errónea interpretación de los artículos 6 y 8 de la LGS. Por lo tanto, se rechaza el cargo por la causal quinta del artículo 268 del COGEP.

G. Falta de aplicación del numeral c) del artículo 25 de la LGS. (numeral 2.7 de la Resolución No. SCVS-INS-2018-007)

4.78 Las recurrentes sostuvieron que, el TDCA consideró que, dada la naturaleza del numeral 2.7 de la Resolución de la Superintendencia, las normas son abstractas, impersonales, permanentes y no pueden establecer todos los casos posibles. En tal marco, que el literal c) del artículo 25 de la LGS establece que los contratos deben ser específicos y claros, por lo que no puede generalizarse, menos aún con términos ambiguos los requisitos que el asegurado debe cumplir para la ejecución de una póliza.

4.79 Ahora, el artículo acusado como inaplicado, en lo principal dispone: "*Las pólizas deberán sujetarse mínimo a las siguientes condiciones: c) Encontrarse redactada de manera clara, de modo que sea de fácil comprensión para el asegurado*" [LGS, art. 25]. Por su parte, el numeral 2.7 de la Resolución impugnada dispone que estarán prohibidas las cláusulas que: "*establecen la caducidad o pérdida de derechos del asegurado en caso de incumplimiento de cargas difíciles o imposibles de ser ejecutadas, o que no guarden consistencia o proporcionalidad con la gravedad del siniestro, tales como*:".

4.80 La norma acusada como no aplicada, determina en general las condiciones mínimas de las pólizas, y entre estas, aquella sobre la redacción clara y de fácil comprensión de las cláusulas por parte del asegurado. En este marco, esta Sala considera:

4.81 Primero, la regla no exige que las cláusulas sean determinadas "específicamente" o que no puedan regularse *numerus apertus*; segundo, si bien determina conceptos valorativos, como son las "*cargas difíciles o imposibles o que no guarden consistencia o proporcionalidad con la gravedad del siniestro*", su concreción le corresponde al órgano

competente, de acuerdo con los casos concretos; aspecto que no se vincula con la comprensión de ésta por parte del asegurado.

4.82 Finalmente, el numeral 2.7 de la Resolución impugnada establece las cláusulas prohibidas [Resolución de la Superintendencia, art. 2]. Es decir, aquellas que la aseguradora debe abstenerse de incluir dentro de las pólizas o que, en caso de hacerlo, de todas formas se tendrían por no escritas. En este orden, la norma acusada como ínaplicada, no tiene relación con la disposición cuya ilegalidad se pretende, pues la primera regula la redacción clara de las cláusulas en la póliza, mientras que la segunda, aquellas que, no debería contener la póliza.

4.83 En este orden, mal podría haberse inaplicado el literal c) del artículo 25 de la LGS. Por consecuencia, se rechaza el cargo por la causal quinta del artículo 268 del COGEP.

H. Falta de aplicación del artículo 3 del CC. (numeral 2.7.2 de la Resolución No. SC-VS-INS-2018-007)

4.84 Las compañías aseguradoras consideraron que, el TDCA interpretó el artículo 747 del CCo y señaló que la limitación establecida en el numeral 2.7.2 de la Resolución de la Superintendencia no altera el texto legal. Por el contrario, impide que se prohíba que el asegurado pueda justificar aquellos casos en los cuales se le hizo imposible permanecer junto a los objetos. De esta forma, si el legislador no ha previsto una excepción a la obligación de no abandonar el objeto, no es jurídicamente posible que dicho órgano la incorpore a través de una resolución administrativa.

4.85 El artículo acusado como inaplicado dispone: "*Sólo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio*" [CC, art. 3]. No obstante, tal como se manifestó en los párrs. 4.18-4.40 *ut supra*, los actos normativos emitidos por la Superintendencia, en el marco de las obligaciones y prohibiciones en las pólizas, tiene una habilitación legal amplia, que tiene sustento en la naturaleza de los entes de regulación y su especialidad respecto de determinados sectores de la economía, sociedad, etc., en beneficio del interés general.

4.86 En tales circunstancias, el órgano regulador en materia de seguros estimó pertinente que, en las pólizas de seguros, no pueden estipularse cláusulas que determinen la pérdida de derechos, cuando ocurren circunstancias extraordinarias, como son: fuerza mayor y riesgo a la integridad personal. De igual manera, que el artículo 747 del CCo no disponga tal excepción no provoca su ilegalidad, pues tiene su fundamento Constitucional y legal en la regulación técnica y especial de la actividad de seguros; pero, además, específicamente, en la regulación sobre situaciones imprevistas e irresistibles dispuestas en el artículo 30 del CC.

4.87 Lo anterior, empero, no quiere decir que la Superintendencia tenga la potestad de interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio, pues ello le corresponde por exclusión a la Asamblea Nacional. Sin embargo, debe quedar claro que la potestad normativa de estos órganos, no se limita a la ejecución de ley, sino que abarca la regulación de distintas situaciones acorde a su especialidad y técnica, como en el caso de las prohibiciones en las pólizas.

4.88 Por todo lo expuesto, este Tribunal no considera que se haya inaplicado el artículo 3 del CC. En consecuencia, se rechaza el cargo por la causal quinta del artículo 268 del COGEP.

I. Falta de aplicación del artículo 42 de la LGS. (numeral 2.7.3 de la Resolución No. SC-VS-INS-2018-007)

4.89 La parte accionante sostuvo que, el TDCA consideró que el numeral 2.7.3 de la Resolución de la Superintendencia, al incorporar el término "*tardanza injustificada*" introduce un caso adicional y distinto que no estaba previamente regulado en la ley: cuando el asegurador, en forma injustificada, tarda en proporcionar la atención debida al asegurado. El artículo 42 de la LGS prevé un tiempo de 30 días para que opere la restitución o la reparación. Por lo tanto, este es el único plazo que tiene la aseguradora para cumplir con sus obligaciones.

4.90 Ahora bien, la parte recurrente alegó la inaplicación del artículo 42 de la LGS, que en lo pertinente dispone:

> Art. 42.-Las compañías de seguros y reaseguros tienen la obligación de pagar el seguro contratado o la parte correspondiente a la pérdida debidamente comprobada, según sea el caso, dentro del plazo de treinta (30) días siguientes de presentada la reclamación por parte del asegurado o beneficiario, acompañando los documentos determinados en la póliza.

4.91 De otro lado, el numeral 2.7.3 de la Resolución impugnada contiene la prohibición de que: "*una vez inspeccionado el bien siniestrado por la aseguradora, que el asegurado proceda con la reparación, castigándolo con la pérdida o reducción de la indemnización, cuando la aseguradora tarde injustificadamente en autorizar la reparación o indemnización*".

4.92 En general, las compañías aseguradoras estimaron que el tiempo establecido en el artículo 42 de la LGS, es el único plazo que tiene la aseguradora para cumplir con sus obligaciones, y con base en ello, sustentaron la presunta violación de la ley.
4.93 Pues bien, es cierto que la norma acusada determina un plazo de 30 días para cumplir con las obligaciones, empero ello no tiene vinculación o relación directa con la disposición sobre la cual se pretende su ilegalidad, pues esta regula, precisamente, aquellos casos en que, al existir "***retardo injustificado***" por parte de la aseguradora, el asegurado puede proceder a la reparación, sin que ello resulte en limitaciones a la indemnización. Naturalmente, si la aseguradora actúa dentro del tiempo permitido por la norma, no podría, en ningún supuesto, alegarse retardo injustificado.
4.94 Finalmente, al igual que en el párr. 4.85 *ut supra*, debemos considerar lo expuesto en los párrs. 4.18-4.40 *ut supra*. En tal medida, la Superintendencia, en uso de sus atribuciones conferidas en la habilitación legal, y dadas las circunstancias de la actividad que regula, estimó adecuado prohibir que las aseguradoras impidan a los asegurados reparar el bien siniestrado, una vez inspeccionado y cuando la aseguradora tarde injustificadamente en autorizar la reparación o indemnización.
4.95 Por todo ello, se rechaza el cargo por la causal quinta del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación del artículo 42 de la LGS.

J. Aplicación indebida del artículo 745 del CCo. (numeral 2.9 de la Resolución No. SC-VS-INS-2018-007)

4.96 De acuerdo con las recurrentes, el TDCA sostuvo que el artículo 745 del CCo es la norma pertinente, pues esta permite la transmisión o transferencia a título singular del interés asegurado, por lo que se debe establecer las condiciones respecto al momento en que se deben cumplir las solemnidades que se exija para la transferencia. En tal marco, manifestaron que la disposición citada, no es aplicable porque no se está discutiendo la transferencia o transmisión del interés asegurado, sino que con la Resolución de la Superintendencia se pretende eliminar un elemento esencial del contrato de seguro.
4.97 A criterio de las accionantes, lo anterior provocó la inaplicación del artículo 691 del CCo, por cuanto un elemento esencial del contrato, *so pena* de nulidad es precisamente la existencia del interés asegurable.
4.98 La norma que se acusó como indebidamente aplicada dispone, en lo pertinente, que:

> La transmisión o transferencia a título singular del interés asegurado, o de la cosa a que está vinculado el seguro, produce automáticamente la extinción del contrato, a menos que subsista un interés asegurable en cabeza del asegurado. En este caso, subsiste el contrato en la medida necesaria para proteger tal interés, siempre que el asegurador no prefiera darlo por terminado; si lo prefiere, tiene la obligación de devolver la prima en proporción al tiempo no corrido.

4.99 Por su parte, el numeral 2.9 de la Resolución de la Superintendencia dispone que, estarán prohibidas aquellas cláusulas que, a pesar de constatarse que existió interés asegurable, excluyen de cobertura por no haberse cumplido solemnidades legales o contractuales necesarias para constituir el derecho relativo al interés asegurable. No obstante, que previo al pago, las cumpla. Finalmente, la norma que, a criterio de la parte accionante debió aplicarse dispone: "*Art. 691.-Son elementos esenciales del contrato de seguro: c) El interés asegurable; A falta de uno o más de estos elementos el contrato de seguros es absolutamente nulo*".
4.100 El artículo 691 del CCo regula, en general, los elementos esenciales del contrato y le otorga los efectos de la nulidad absoluta, a la falta de uno de ellos. Sin embargo, el numeral 2.9 de la resolución impugnada no se refiere a la falta del interés asegurable, sino precisamente a su existencia al momento del siniestro, para efectos de la prohibición regulada. Por lo que, mal podría el TDCA haberla aplicado.
4.101 En estas circunstancias, dado que el artículo 691 no resulta ser la norma adecuada en el caso concreto, carece de relevancia y trascendencia la presunta indebida aplicación del artículo 745 del CCo. En mérito de lo expuesto, se rechaza el cargo por la causal quinta del artículo 268 del COGEP.

K. Falta de aplicación del artículo 735 del CCo (anterior artículo 32 del Decreto Supremo 1147). (numeral 2.10 de la Resolución No. SC-VS-INS-2018-007)

4.102 La parte accionante manifestó que, el TDCA señaló que el numeral 2.10 de la Resolución de la Superintendencia no contraviene el artículo 756 del CCo, en virtud de que la disposición legal no establece la prohibición de llegar a acuerdos extrajudiciales por parte del asegurado con los involucrados en el siniestro, en casos que no sean de responsabilidad civil. Sin embargo, el TDCA debió comparar el numeral precitado, con el artículo

735 *ibidem*, que establece que en ningún tipo de seguro de daños es posible que el asegurado se enriquezca, ya que por su naturaleza busca una indemnización reparatoria.

4.103 La norma acusada como inaplicada prevé:

> *Art. 735.-Respecto del asegurado, los seguros de daños son contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste último deberá ser objeto de un acuerdo o disposición expresa; en ambos casos descontando el valor del deducible, salvo acuerdo contrario de la partes.*

4.104 De otro lado, el numeral 2.10 de la Resolución de la Superintendencia dispone que, estarán prohibidas aquellas cláusulas que: "*estipulen la pérdida o reducción de la indemnización por el hecho de que el asegurado haya alcanzado acuerdos con otras partes partícipes del hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 52 del CCo (actual 756 del CCo)*".

4.105 Pues bien, las recurrentes precisaron que, el artículo 756 del CCo, que prevé que está prohibido "*bajo pena de pérdida del derecho a la indemnización, realizar transacciones, arreglos extrajudiciales o cualquier otro acto que tienda a reconocer su responsabilidad, sin previa y expresa aprobación del asegurador*" debió concatenarse con la disposición que se acusa como inaplicada, de modo que se concluya que el numeral 2.10 de la resolución impugnada, es ilegal.

4.106 En este contexto, claramente el artículo 756 *ibidem* prevé la prohibición de realizar transacciones, arreglos extrajudiciales o cualquier otro acto que tienda a reconocer su responsabilidad sin previa autorización del asegurador. Sin embargo, esta última disposición se encuentra en la sección III "*del seguro de responsabilidad civil*". Por lo que, resulta evidente que su regulación no es extensible para los otros tipos de seguros de daños, como el de incendios, de transporte, de personas, etc., pues si el legislador lo hubiera considerado así, hubiese determinado ello en la sección I "Disposiciones Comunes". Con lo cual, la única prohibición expresa, se encuentra dirigida a los contratos de seguros de responsabilidad civil, pero no a los demás. En tal medida, no se encuentra prohibido por la ley.

4.107 Ahora, es cierto que el artículo 735 del CCo prescribe que los seguros de daños no pueden constituir fuente de enriquecimiento. No obstante, lo regulado en el numeral 2.10 de la Resolución impugnada, no implica necesariamente enriquecimiento del asegurado, principalmente por cuanto el mismo artículo 756 *ibidem* prevé que pueden realizarse acuerdos previa autorización del asegurador. Por consecuencia, un acuerdo no implica, en todos los casos, un beneficio indebido por parte del asegurado.

4.108 Si erradamente consideramos que todo acuerdo con los demás partícipes en el hecho genera enriquecimiento del asegurado, no resultaría aplicable la permisión prevista en el artículo 735 del CCo. De otro lado, dado que solo los acuerdos en seguros de responsabilidad civil se encuentran prohibidos por la ley, la habilitación general en materia de seguros, de acuerdo con los párrs. 4.18-4.40 *ut supra*, permitía regular estos casos, aunque sin contravenir la ley; tal como ocurrió en el caso concreto, al excluirse de la prohibición del numeral 2.10 de la Resolución impugnada, justamente a los casos de responsabilidad civil previstos en el CCo.

4.109 Por todo ello, no se observa que haya ocurrido la inaplicación del artículo 735 del CCo. Por lo tanto, se rechaza el cargo por la causal quinta del artículo 268 del COGEP.

L. Falta de aplicación del artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación ("LAM"). (numeral 2.5 de la Resolución No. SCVS-INS-2018-007)

4.110 Las recurrentes indicaron que, el TDCA sostuvo que la cláusula 2.5 de la Resolución de la Superintendencia impone una limitación para que no se pueda excluir el sometimiento de las controversias a la vía judicial. Sin embargo, el TDCA omite aplicar el artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, según la cual el método alternativo excluye la justicia ordinaria. Por lo tanto, mal podría establecer que la cláusula crea una vía adicional para sustanciar los conflictos. Dicho razonamiento es contrario a la norma inaplicada, pues se busca excluir a la justicia ordinaria y no crear una vía adicional.

4.111 La norma acusada como no aplicada por el TDCA dispone:

> Art. 7.- El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.
> Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial

> respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.

4.112 Por su parte, el numeral 2.5 de la Resolución de la Superintendencia expresamente prohíbe las cláusulas en las cuales se prohíba o restrinja el derecho del asegurado a presentar un reclamo administrativo o a someter la controversia a la vía judicial, sin perjuicio de su facultad de acordar con el asegurador, una vez producido el siniestro, el sometimiento al arbitraje u otro medio de solución de controversias.

4.113 Ahora bien, de acuerdo con cierta doctrina, la eficacia del convenio arbitral radica en la obligación que genera a las partes y que es inherente a su propia naturaleza. De esta manera, el vínculo obligacional faculta a exigir su cumplimiento, o en su caso, a oponerse, si una de las partes falta a su cumplimiento y plantea sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria [Fernando Vidal, *El convenio arbitral,* Revista de la Facultad de Derecho PUCP, No. 56, 2003, pp. 569-582].

4.114 En este contexto, llegada la controversia, las partes deben someterse al arbitraje, ya que si una de ellas pretende recurrir a la jurisdicción ordinaria, a pesar de haber pactado lo contrario, la otra parte tendrá la posibilidad de oponerse con la existencia del convenio arbitral [Fernando Vidal. Op, cit.]. Esto quiere decir que, cuando las partes acuerdan someter sus controversias al arbitraje, la jurisdicción ordinaria, por concepto y naturaleza, queda excluida; salvo que exista acuerdo o renuncia tácita de por medio.

4.115 Lo reflejado previamente, es justamente lo que prescribe el artículo 7 de la LAM, pues dispone que el convenio arbitral impide someter el caso a la justicia ordinaria e incluso obliga a los jueces ordinarios a inhibirse del conocimiento por incompetencia, al constatarse la existencia de este. Por lo que, resulta evidente que la jurisdicción arbitral excluye por disposición de la ley, la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio del acuerdo o renuncia tácita.

4.116 En esta línea de interpretación, la prohibición de estipular cláusulas que supongan la restricción de someter la controversia a la vía judicial, es incompatible con las cláusulas de convenio arbitral, que por disposición de la misma LAM y en el contexto de la LGS, se encuentran permitidas [LGS, art. 24, g)], tanto más que en estos contratos se determinan relaciones jurídicas privadas mercantiles; y a pesar de que el Estado interviene en este sector específico, su habilitación legal no le permite contravenir expresamente la ley.

4.117 Por todo lo expuesto, esta Sala considera que el TDCA sí debió aplicar el artículo 7 de la LAM, dado que la existencia de convenio arbitral, excluye a la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, el numeral 2.5 de la Resolución impugnada, al prohibir aquellas cláusulas que restrinjan someter la controversia a la jurisdicción ordinaria, tácitamente, estaría prohibiendo las cláusulas arbitrales en materia de seguros, en expresa contravención de la ley.

4.118 Por todo lo expuesto, dada la procedencia de la causal quinta del artículo 268, por falta de aplicación del artículo 7 de la LAM, en virtud de lo previsto en el artículo 273.3 del COGEP, se emite en su lugar la sentencia de méritos corrigiendo el yerro.

V. Sentencia de méritos

5.1 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].

5.2 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].

5.3 Bajo tal escenario, el error de la sentencia se centró en la presunta ilegalidad del numeral 2.5 de Resolución impugnada, que consta en el considerando 6.1 de la decisión recurrida.

5.4 Sobre esta presunta ilegalidad, la parte accionante manifestó que, el artículo 190 de la CRE reconoce al arbitraje como método alternativo de solución de conflictos. De igual manera, que el artículo 1 de la LAM prevé al arbitraje como método de solución de conflictos, al cual las partes

pueden someterse de mutuo acuerdo, en las controversias susceptibles de transacción existentes o futuras. Además, señala en general el literal g) del artículo 25 de la LGS.

5.5 De lo anterior, las accionantes concluyeron que, en un contrato de seguros, es legalmente posible e incluso obligatorio, introducir un convenio arbitral a través del cual se resuelvan las controversias. De ahí, precisó que por aplicación del artículo 7 de la LAM, ante la existencia de un convenio arbitral, las partes se encuentran impedidas para someter la controversia a la justicia ordinaria. De esta manera, cuando el numeral 2.5 de la resolución impugnada prohíbe que se restrinja someter la controversia a la jurisdicción ordinaria, se violenta la ley, dado que se desconoce la posibilidad que tienen las partes de estipular un convenio arbitral antes de que se produzca la controversia y, por tanto, excluir a la justicia ordinaria como método de solución de conflictos.

5.6 De acuerdo con los argumentos de la parte accionante, esta Sala debe remitirse en su mayoría a lo expuesto en los párrs. 4.116-4.118 *ut supra*, en el sentido de que la prohibición de una restricción a someterse a la jurisdicción ordinaria, implícitamente, estaría prohibiendo las cláusulas arbitrales en materia de seguros, en expresa contravención de los artículos 1 y 7 de la LAM. La interpretación contraria, vaciaría de contenido a los métodos alternativos de solución de conflictos y la naturaleza excluyente de la justicia ordinaria del convenio arbitral, máxime cuando nos encontramos ante un contrato bilateral privado mercantil.

5.7 No obstante, para este Tribunal resulta necesario puntualizar que las cláusulas arbitrales de ninguna manera pueden considerarse como obligatorias en materia de seguros. El literal g) del artículo 25 de la LGS únicamente es una materialización del derecho que asiste a todos los ciudadanos de acordar, en cualquier momento, someterse a los métodos alternativos de solución de conflictos, de acuerdo con las reglas previstas en el ordenamiento jurídico.

5.8 En este contexto, para que resulten procedentes los efectos del artículo 7 de la LAM, en cuanto a la competencia, es necesaria otra cláusula en la cual se determine expresamente el convenio arbitral.

5.9 De otro lado, en cuanto a la prohibición de que el asegurado presente reclamos administrativos, esta Sala no encuentra contradicción con la ley, pues el artículo 173 de la CRE, expresamente lo reconoce como derecho de los administrados.

5.10 En estas circunstancias, dado que solo una de las partes de la norma es contraria a la ley, de manera que esta pueda conservarse en el ordenamiento jurídico, se declara la ilegalidad únicamente de la frase "*o a someter la controversia a la vía judicial, sin perjuicio de su facultad de acordar con el asegurador, una vez producido el siniestro, el sometimiento del conflicto al arbitraje u otro medio de solución de controversia*".

5.11 En cuanto a las demás impugnaciones, esta Sala hará uso de la figura conocida como motivación por relación 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, esta Sala encuentra adecuada la decisión sobre la legalidad de las mismas y la ilegalidad del numeral 2.8 de la resolución impugnada. Para la fundamentación de la legalidad de los numerales impugnados, debe estimarse además lo expuesto en los párrs. 4.17-4.109 de la presente sentencia.

VI. Decisión

5.1. 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 Emilio Suárez, en calidad de Procurador Judicial de las compañías: Seguros Equinoccial S.A., BMI del Ecuador Compañía de Seguros de Vida S.A., Aseguradora del Sur C.A., Oriente Seguros S.A., Constitución C.A. Compañía de Seguros y Equivida Compañía de Seguros S.A., exclusivamente por la causal quinta del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación del artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Por lo tanto, decide casar la sentencia dictada el 17 de octubre de 2019, las 11h45, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito.

En virtud del artículo 273.3 del COGEP, se declara parcialmente con lugar la demanda, en los términos señalados en los párrafos 5.10 y 5.11 *ut supra*. En consecuencia: 1. Se declara la ilegalidad del numeral 2.5 de la Resolución No. SCVS-INS-2018-007, exclusivamente en cuanto a lo siguiente: "*o a someter la controversia a la vía judicial, sin perjuicio*

de su facultad de acordar con el asegurador, una vez producido el siniestro, el sometimiento del conflicto al arbitraje u otro medio de solución de controversia". 2. Se declara la ilegalidad del numeral 2.8 de la Resolución No. SCVS-INS-2018-007. 3. Los efectos de la declaratoria de la ilegalidad son hacia el futuro. En consecuencia, las cláusulas prohibidas expulsadas del ordenamiento jurídico ya no deberán estimarse en aquellas pólizas posteriores a la ejecutoría de esta decisión. 4. Se rechazan las demás pretensiones. Con lo cual, se declara la legalidad de los demás numerales impugnados de la Resolución No. SCVS-INS-2018-007. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

f) Dr. Milton Velásquez Díaz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Iván Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL; Dr. Patricio Secaira Durango, JUEZ NACIONAL.

VOTO SALVADO

Juicio No. 17811-2018-01279

Juez: Dr. Patricio Secaira Durango

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

Quito, lunes 19 de diciembre del 2022, las 11h06.

VISTOS: 1.- AVOCO: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional, quien actúa como Juez ponente en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial. **b)** El Dr. Milton Velásquez Díaz ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021. **c)** Iván Larco Ortuño ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 37-2018 de 15 de marzo de 2018, y ratificado por el artículo 2 de la Resolución No. 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y, por Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional. **d)** Mediante el sorteo pertinente, el presente juicio, signado con el **No. 17811-2018-01279**, correspondió su conocimiento a esta Sala Especializada; jueces que avocamos conocimiento de la presente causa que se encuentra en estado de dictar sentencia, e) Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), me aparto del criterio de mayoría y realizo mi voto salvado, por las siguientes razones::

2.- ANTECEDENTES:

2.1 El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, expidió sentencia dentro de esta causa signada con el **No. 17811-2018-01279**, el jueves 17 de octubre del 2019, las 11h45, promovido por las compañías: SEGUROS EQUINOCCIAL S.A., BMI DEL ECUADOR COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A., ASEGURADORA DEL SUR C.A., ORIENTE SEGUROS S.A., CONSTITUCIÓN C.A. COMPANÍA DE SEGUROS; y, EQUIVIDA COMPANIA DE SEGUROS S.A., a través de su Procurador Judicial, en contra de la SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS, y de la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, en la que se acepta parcialmente la demanda, declarándose la nulidad por exceso de poder, con efecto general, del numeral 2.8 del art. 2 de la Resolución No. SCVS-INS-2018-0007 de 27 de febrero de 2018, dictada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, publicada en el Registro Oficial No. 218 de 10 de abril de 2018; el resto de numerales impugnados de los artículos 1 y 2 se ratifica su legitimidad, al no encontrar que altere lo dispuesto por la ley, conforme las acusaciones formuladas por el actor. Sin costas ni honorarios que regular.

2.2 RECURSO: Tanto la parte accionante como la demandada en el juicio de instancia, han interpuesto recursos de casación en contra de la sentencia antes identificada.

2.3 ADMISIÓN: El Conjuez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de miércoles 1 de julio del 2020, las 08h03, admitió a trámite únicamente el recurso de casación interpuesto por el procurador judicial de las empresas accionantes, en razón del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por el caso **segundo,** por falta de motivación; y por el caso **quinto**, por **falta de aplicación** de los artículos 3 y 1505 del Código Civil, 240 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, 42 de la Ley de Seguros y 735 del Código de Comercio; **indebida aplicación** de los artículos 713 y 745 del Código de Comercio; y, **errónea interpretación** de los artículos 718 y 742 del Código de Comercio y 25 de la Ley de Seguros.

3.- ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN La casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas de derecho, sean sustanciales o procesales, que han sido usadas u omitidas en la sentencia o auto, materia del recurso, emitidas por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo o Contencioso Tributario, así como por las Salas de las Cortes Provinciales. La doctrina es coincidente y así lo ha señalado esta Corte Nacional, que entre los propósitos sustanciales de la casación, se encuentra el control efectivo de la legalidad de las sentencias de única y de última instancia, que provengan de Tribunales Distritales y Cortes Provinciales, expedidas en juicios de conocimiento; control que se orienta a la indispensable unificación de la jurisprudencia y, desde luego, a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico pertinente; es por eso que el recurso de casación es restablecedor del imperio de la norma jurídica que ha sido infringida por el auto o sentencia reprochadas. Cumple por eso, con hacer efectivo el principio de seguridad jurídica y de juridicidad propio del Estado constitucional de derechos y justicia (Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015).

4.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: El Tribunal de instancia en la parte considerativa de su sentencia estimó que:

"4.4.- Conforme lo antes señalado, corresponde la presente demanda a una acción objetiva y en virtud de aquello este Tribunal procederá a realizar el respectivo control de legalidad de las normas impugnadas, para verificar si contradicen la ley, conforme acusa la parte actora.- 4.5.- La impugnación que hace el actor es parcial, respecto a determinadas normas de la Resolución No. SCVS-INS-2018-0007 de fecha 27 de febrero del 2018 y publicada el Registro Oficial No. 218 el 10 de abril del 2018, que contiene las "LA NORMA PARA LA DETERMINACIÓN DE CLÁUSULAS OBLIGATORIAS Y PROHIBIDAS DEL CONTRATO DE SEGURO", específicamente el Art. 1, numerales 1.2.1, 1.3.1, 1.3.3, 1.3.4; y, el Art. 2, numerales 2.5, 2.6, 2.7, 2.7.2, 2.7.3, 2.8, 2.9 y 2.10.- Por tanto, no es tema controvertido la potestad que tiene la Superintendencia de Compañías para emitir la normativa que consta en la resolución impugnada, en ese sentido este Tribunal no debe realizar ningún pronunciamiento al respecto.- Lo que se analiza es si se ha rebasado el límite impuesto por la propia ley, que establece que esa capacidad regulatoria normativa, no podrá modificar o alterar el sentido de la ley, lo que además está contemplado en el inciso primero del art. 427 de la Constitución que establece un orden jerárquico en la aplicación de las leyes: "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.". QUINTO.- 5.1.- Para aquello que es objeto de la impugnación, es útil para el análisis separar las normas del art. 1 con las del art. 2, pues las primeras corresponden a las cláusulas obligatorias, y las segundas a las cláusulas prohibidas.- 5.2.- De conformidad con lo antes señalado, es obligatorio referirnos a las normas de mayor jerarquía que serían con la que se debería determinar si existe o no contradicción de las normas impugnadas de tal manera de verificar su legalidad.- Dentro de las cláusulas obligatorias y se entienden incorporadas en todo contrato de seguro (art. 1) se hace la siguientes impugnaciones: 5.3.- Tenemos el art. 1.2.1. de

la Resolución impugnada que dice: "1.2.1 En caso de que el asegurado estuviere en mora, tendrá derecho a cobertura por treinta días más a partir de la fecha en que debió realizar el último pago. Fenecido el plazo anterior, se suspenderá la cobertura.", para su contraste verificamos la norma legal pertinente que no puede ser otra que la norma vigente al momento de este análisis, pues de ninguna manera puede corresponder un cotejamiento con normas no vigentes, por los elementales efectos temporales de la ley, que en términos generales rige a partir de su promulgación, para el caso que nos ocupa tomamos el Código de Comercio, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 497 de 29 de mayo de 2019, que en su Disposición Derogatoria Primera, deroga la anterior codificación del Código de Comercio que incluye las normas del Decreto Supremo 1147 respecto a las normas que regulan el contrato de seguro.- Para el tema que nos ocupa, se considera el texto del inciso segundo del art. 713 del Código de Comercio que dispone: "Art. 713.- ... Si el asegurado estuviere en mora, tendrá derecho a la cobertura por treinta días, contados a partir de la fecha en que debió realizar el último pago; fenecido dicho plazo, se suspenderá la cobertura. La empresa de seguros hará conocer al asegurado o beneficiario sobre este hecho por cualquier medio. En caso que el asegurado estuviere en mora por más de sesenta (60) días, contados desde la fecha en que debió realizar el último pago, se le notificará la terminación automática del mismo, por cualquiera de los medios reconocidos por nuestra legislación. Lo dispuesto en este inciso no podrá ser modificado por las partes.".- De la simple revisión de los textos antes citados, se verifica la total concordancia de la norma impugnada con la ley, dada esta coincidencia que establece expresamente la posibilidad de suspender la cobertura, no es necesario atender las alegaciones de las partes, por lo que se concluye que no tiene sustento la impugnación realizada.- 5.4.- El texto del art. 1.3.1. de la Resolución impugnada manifiesta: "1.3.1. El infraseguro es aplicable solo en casos de pérdidas parciales, dependiendo de la modalidad de contratación con respecto a la suma asegurada y no es aplicable en casos de destrucción o pérdida total del bien asegurado, en los cuales la indemnización no podrá superar el monto asegurado.", la norma del Código de Comercio dispone: "Art. 742.- No hallándose asegurado el valor real del interés asegurable, en los casos en que éste es susceptible de una estimación, el asegurador solo está obligado a indemnizar el daño a prorrata en proporción a la cantidad asegurada y la que no lo está. Si esto ocurre, deberá reajustar el valor de la prima y devolver el sobrante al asegurado, en caso de haberlo.- Sin embargo, las partes pueden estipular que el asegurado no soporte parte alguna de la pérdida o deterioro sino en el caso de que el monto de éstos exceda de la suma asegurada.", esta norma legal, en general regula la relación entre la suma asegurada y el interés asegurado, la cláusula acusada de la resolución se restringe estrictamente al caso denominado de "infraseguro", que la doctrina describe de la siguiente manera: "a) El infraseguro cubre la hipótesis en que la suma asegurada queda por debajo del valor del interés asegurado. En este caso, señalaba J. GARRIGUES, el seguro cubre solamente una parte del interés, dado que el límite de la prestación del asegurador es siempre la suma asegurada. Por eso, decía el autor citado, el Código de Comercio siguiendo la doctrina tradicional, consideraba al asegurado como si fuese su propio asegurador en cuanto al exceso. Añadía que del espíritu de este precepto (art. 408 C. de C.) se desprendía la vigencia de la llamada «regla proporcional», según la cual el asegurador, en caso de siniestro parcial, solo responde en la proporción en que esté la suma asegurada respecto del valor del seguro. La regla en la actualidad ha pasado a la LCS." (Luis Díez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV, Las particulares relaciones obligatorias, 6ta. Ed., Thomson Civitas, Pamplona, 2010, p. 642).- En el caso que nos ocupa, la norma impugnada mantiene la regla de proporcionalidad, en cuanto señala que no se aplica el infraseguro para destrucción o pérdida total, y sin que sea una exclusión, sino más bien una precisión, determina que en caso de pérdida parcial se aplica el infraseguro dependiendo de la modalidad de contratación, es decir, por la propia naturaleza de la pérdida parcial, se hace obligatoria la aplicación de la proporcionalidad, en cuanto a que el valor de la pérdida no va a ser por el total de la suma asegurada, sino por una parte.- Por tanto, la norma

impugnada (1.3.1.) no contraviene la norma legal citada, por lo que se rechaza la impugnación.- 5.5.- Respecto a la acusación sobre el numeral 1.3.3. de la Resolución demandada, que dice: "1.3.3 En el seguro de daños, la responsabilidad del asegurado será siempre valorada conforme al derecho civil.", respecto a la gradación de la responsabilidad el Código Civil dispone: "Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.- Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.- El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.- Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.- El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.".- Asimismo se define aquello que, en general, exime la responsabilidad: "Art. 30.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.".- El actor hace la impugnación frente al art. 42 de la Ley General de Seguros, alegando que: "En consideración a lo mencionado, en este caso, de conformidad con la norma cuya legalidad nos encontramos impugnando, sería la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros la que a través de esta disposición, se auto facultaría para valorar la responsabilidad del asegurado, cuando aquella atribución es exclusiva de un juez y no de un órgano administrativo de control y regulación.".- La norma impugnada se refiere expresamente a los contratos de seguro de daños, donde se especifica que la valoración de la responsabilidad se la hará conforme el derecho civil, excluyendo otro tipo de responsabilidad como la penal o la administrativa, por lo que lo civil es natural a la esencia contractual entre particulares; considerando además que la norma lo que se refiere exclusivamente es a la "valoración" de la responsabilidad. Este Tribunal no encuentra oposición de aquello frente al art. 42 de la Ley General de Seguros, pues la Superintendencia de Compañías no se está otorgando ninguna competencia que no le sea concedida por la ley, conforme acusa el actor. Por lo antes expuesto la cláusula no resulta contraria a la norma legal alguna.- 5.6.- En relación a la cláusula: "1.3.4. El asegurado o beneficiario podrá siempre justificar, por fuerza mayor o caso fortuito, su imposibilidad en dar aviso oportuno del siniestro, con el fin de no perder su derecho a reclamar la indemnización. En ningún caso el aviso de ocurrencia del siniestro podrá exceder al tiempo señalado en el artículo 26 del título XVII del libro I Código de Comercio.".- Esta cláusula tiene que contrastarse actualmente con el Art. 718 del Código de Comercio: "Art. 718.- El asegurado o el beneficiario están obligados a dar aviso de la ocurrencia del siniestro, al asegurador o su intermediario, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que hayan tenido conocimiento del mismo. Este término puede ampliarse, más no reducirse, por acuerdo de las partes.- El intermediario está obligado a notificar al asegurador, en el mismo día, sobre la ocurrencia del siniestro.- El asegurado podrá justificar la imposibilidad de dar aviso del siniestro en el término señalado o pactado, en tanto hubiere estado imposibilitado físicamente, por caso fortuito o fuerza mayor, de cumplir con este deber.- En caso de seguros de vida, el beneficiario tendrá hasta tres (3) años desde la fecha del siniestro para dar aviso al asegurador. La aseguradora tendrá la obligación de notificar al beneficiario sobre la existencia del seguro desde el momento en que tenga conocimiento, aun de oficio, del deceso del asegurado o, de ser el caso, de su declaratoria de muerte presunta.", realizado el cotejamiento de las normas se evidencia que la cláusula, conforme ha sido impugnada, no contraviene la ley, pues se permite justificar el no aviso oportuno, en caso fortuito o fuerza mayor. El propio Código de Comercio ratifica la posibilidad de justificar la falta de aviso, pues solo la omisión no

justificada permite perder el derecho al cobro, tal como ordena su art. 725: "Art. 725.- El asegurado o el beneficiario pierden su derecho al cobro de la indemnización en caso de siniestro, por las siguientes causas: ... b) Por la omisión, no justificada, de la obligación de notificar a la aseguradora o intermediarios sobre la ocurrencia del siniestro.", por tanto se rechaza la impugnación, en cuanto no contraviene la ley.- Es evidente que el texto de la cláusula debe ser armonizado con la actual normativa, particularmente con el art. 729 del Código de Comercio, que dispone: "Art. 729.- Las acciones derivadas del contrato de seguro, prescriben en tres (3) años, contados a partir del acontecimiento que les dio origen, a menos que el beneficiario o asegurado demuestre no haber tenido conocimiento del hecho o que han estado impedidos de ejercer sus derechos, caso en los que el plazo se contará desde que se tuvo conocimiento, o se suspenderá mientras persistió el impedimento, respectivamente, pero en ningún caso excederá de cinco años desde ocurrido el siniestro.", sin embargo, aquello queda al ejercicio de la facultad de la Autoridad, sin que este Tribunal tenga que resolver al respecto. SEXTO: Conforme se había anticipado, corresponde ahora el análisis de las cláusulas "PROHIBIDAS", que se encuentran en el art. 2 de la Resolución impugnada: "ARTÍCULO 2.- Cláusulas prohibidas.- Salvo que se indique otro efecto, se tendrán por no escritas y por tanto carecerán de valor y no harán fe en instancia alguna, las siguientes cláusulas en toda póliza:". En consecuencia, se debe tener presente que se trata de estipulaciones que no pueden encontrarse en el contrato de seguro, no se trata de cláusulas que deben incorporarse al texto contractual de tal forma que constituyan limitaciones a la expresa voluntad de las partes, en ese sentido es con el que se procede al análisis de las impugnaciones específicas, que corresponden de la siguiente manera: 6.1.- Sobre la cláusula prevista en el 2.5.: "Las que prohíban o restrinjan el derecho del asegurado a presentar un reclamo administrativo, o a someter la controversia a la vía judicial, sin perjuicio de su facultad de acordar con el asegurador, una vez producido el siniestro, el sometimiento del conflicto al arbitraje u otro medio de solución de controversias.", se compara su texto respecto a la Ley General de Seguros en su art. 25: "Art. 25.- (...) Las pólizas deberán sujetarse mínimo a las siguientes condiciones: … g) Incluir una cláusula en la que conste la opción de las partes de someter a decisión arbitral o mediación las diferencias que se originen en el contrato o póliza de seguros...".- Este Tribunal considera que la cláusula es de aquellas que su naturaleza es que están prohibidas de ser incorporadas en el contrato, por lo tanto, lo que impone es una limitación a que no se pueda excluir el sometimiento de las controversias a la vía judicial ordinaria, en consecuencia esto no obsta para que se pueda pactar libremente medios alternativos de solución de conflictos, tal como la mediación y el arbitraje, por tanto, no se opone a la norma de la Ley General de Seguros, más bien pueden complementarse sin ningún problema. Se debe considerar que, efectivamente, conforme el art. 190 de la Constitución se reconoce al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, que se aplicarán conforme dispone la ley; pero a su vez debemos tener presente que el art 75 de la misma norma suprema, garantiza la tutela judicial efectiva: "Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.", siendo que nadie puede impedir el ejercicio de los derechos garantizados en la Constitución, por lo que resulta por demás justificado que se prohíba cualquier pacto para impedir el ejercicio de ese derecho, por lo que la impugnación realizada no es aceptada.- 6.2.- Respecto a la impugnación de la cláusula prevista en el numeral 2.6., cuyo tenor literal es el siguiente: "2.6 Las que limitan los medios de prueba que puede utilizar el asegurado, o que pretendan invertir la carga de la prueba en su perjuicio.", que dice el actor impide que se pueda probar las causas del siniestro y la valoración, de conformidad con los arts. 6 y 8 de la Ley General de Seguros, que disponen: "Art. 6.- Son peritos de seguros: a) Los inspectores de riesgos, personas naturales o jurídicas cuya actividad es la de examinar y calificar los riesgos en forma previa a la contratación del seguro y durante la vigencia del contrato; y, b) Los ajustadores de

siniestros, personas naturales o jurídicas, cuya actividad profesional es la de examinar las causas de los siniestros y valorar la cuantía de las pérdidas en forma equitativa y justa, de acuerdo con las cláusulas de la respectiva póliza. El ajustador tendrá derecho a solicitar al asegurado la presentación de libros y documentos que estime necesarios para el ejercicio de su actividad.".- "Art. 8.- Los asesores productores de seguros, intermediarios de reaseguros y peritos de seguros, deben tener intachables antecedentes, poseer los conocimientos necesarios por cada rama de seguros, para el correcto desempeño de sus funciones, obtener, mantener su credencial y registro ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.".- Este Tribunal dada la naturaleza de la cláusula, considera que, al contrario del argumento del actor, que dice restringe el uso de esos medios probatorios, lo que hace la prohibición, es precisamente garantizar esa libertad probatoria de las partes, en caso de cualquier conflicto, debiendo tener presente que el art. 76 numeral 4 de la Constitución es donde se encuentra la limitación respecto a la validez y eficacia probatoria: "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:... 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.", por lo que la cláusula acusada no contiene limitación alguna, al contrario garantiza la libertad de las partes en materia de pruebas, incluso lo citado por el actor, referente a los art. 6 y 8 de la Ley General de Seguros (incorporada al Código Monetario y Financiero), que en realidad no son normas respecto a pruebas sino a describir quienes son los peritos de la materia.- Asimismo se debe tener en cuenta que lo que corresponde respecto a las obligaciones probatorias, en esta materia, consta actualmente en el art. 723 del Código de Comercio: "Art. 723.- Incumbe al asegurado probar que el siniestro ha ocurrido, el cual se presume producido por caso fortuito, salvo prueba en contrario. Asimismo, incumbe al asegurado comprobar la cuantía de la indemnización a cargo del asegurador. Al asegurador le incumbe en ambos casos la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.".- Por todo lo antes descrito, se rechaza la impugnación realizada.- 6.3.- La norma del numeral 2.7. señala: "2.7 Las que establecen la caducidad o pérdida de derechos del asegurado en caso de incumplimiento de cargas difíciles o imposibles de ser ejecutadas, o que no guarden consistencia o proporcionalidad con la gravedad del siniestro, tales como:", luego de aquello se detallan el tipo de cláusulas a las que se refiere en los numerales que van del 2.7.1 a 2.7.3, debiendo siempre cumplir con la condición que se establece al final: "Corresponde al asegurado justificar la imposibilidad o dificultad excesiva de cumplir con tales cláusulas.", por tanto, el incumplimiento para que se justifique depende de la comprobación que de tal condición haga el asegurado; debiendo destacarse, para este caso concreto, que el actor no impugna todos los numerales del 2.7, sino únicamente dos, es decir acepta parcialmente la regulación general contemplada en el 2.7; al respecto dice el demandante: "la Superintendencia hace alusión a términos subjetivos e indeterminados, que no brindan certeza jurídica a los contratantes, pues, advierte que están prohibidas las "cargas difíciles o imposibles de ser ejecutadas" por parte del asegurado.".- Este Tribunal considera que dada la naturaleza de la normativa, es decir, que son abstractas, impersonales y permanentes no se puede establecer todos los casos posibles, sino las condiciones o circunstancias a las que se refiere, luego, en caso de surgir alguna controversia al respecto, deberá ser resuelta según a quien le corresponda la competencia para su resolución, conforme la vía legal elegida, por lo que no es procedente la impugnación general a la estipulación no permitida por el numeral 2.7.- 6.4.- La cláusula 2.7.2. que se impugna tiene el siguiente texto: "2.7.2.- En los seguros de daños, aquellas que exijan al asegurado -o a quien actúe por su cuenta-a permanecer junto al objeto asegurado una vez producido el siniestro, so pena de perder su derecho a indemnización, aun a pesar de fuerza mayor, o de poner el riesgo su integridad física, su seguridad personal o su salud, o las de las personas a cuyo cargo se encuentra; o,", sobre este tema el Código de Comercio dispone: "Art. 747.- Al asegurado o beneficiario, según el caso, no le está permitido el abandono de las cosas aseguradas, con ocasión de un siniestro,

salvo acuerdo entre las partes contratantes.", conforme la norma legal transcrita, no cabe duda que el asegurado o beneficiario está obligado a no abandonar las cosas aseguradas, a menos que exista acuerdo de las partes, sin embargo, cabe la inquietud respecto a qué pasa si el asegurado (o beneficiario) producto del mismo siniestro puede haberse visto afectado en su integridad o salud, por lo que no se le podría exigir permanecer junto a los objetos asegurados, lo mismo respecto a que se haya producido caso fortuito o fuerza mayor, ante aquello tendría la oportunidad de justificar tales condiciones, por lo que una estipulación que limite aquello, efectivamente, no debe estar permitida.- Entonces, este Tribunal entiende que la limitación no altera el texto legal, sino que impide que se pueda estipular en contrario a que se pueda justificar aquellos casos que hizo imposible para el asegurado o el beneficiario no permanecer junto a los objetos asegurados, en consecuencia no se acepta la impugnación realizada a esta cláusula.- 6.5.- El numeral 2.7.3 se refiere a: "2.7.3 Aquellas que impidan, una vez inspeccionado el bien siniestrado por la aseguradora, que el asegurado proceda con la reparación, castigándolo con la pérdida o reducción de la indemnización, cuando la aseguradora tarde injustificadamente en autorizar la reparación o indemnización.", la norma que se dice que contraviene ese texto sería actualmente el art. 737 del Código de Comercio: "Art. 737.- La indemnización es pagadera en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador.". Con lo que se verifica que la ley le otorga al asegurador la posibilidad de elegir entre pagar o reparar; sin embargo esta potestad del asegurador no puede permitirle mantener al asegurado, permanentemente, en una condición de indefinición, por lo que la estipulación plantea un caso específico, esto es, que el asegurador "tarde injustificadamente en autorizar la reparación o indemnización.". La condición de "tardanza injustificada" debe ser demostrada por el asegurado conforme el inciso siguiente de la norma, que antes ya fue citado, por lo tanto, la estipulación no contraviene la ley, sino que establece un caso adicional y distinto, esto es cuando el asegurador, en forma injustificada, tarda en dar la atención debida al asegurado. Por lo tanto, se niega la impugnación realizada.- 6.6.- Referente a la impugnación de la cláusula 2.8. que señala: "Las que imponen la pérdida de derechos del asegurado por la sola violación de leyes, normas o reglamentos, a menos que haya incurrido en culpa grave, y que su acción u omisión antijurídica y culposa guarde causalidad con el siniestro.".- La parte demandada alega que se incumple con el art. 13 del Código Civil que ordena: "Art. 13.- La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna.", en el presente caso, se verifica que al tratarse de una cláusula que impediría la pérdida de derechos por violación de leyes, normas o reglamentos, a menos que haya incurrido en culpa grave y guarde causalidad con el siniestro, en ese sentido se debe entender que tal como se encuentra redactado, parecería que se vuelve permisivas todas las conductas antijurídicas del asegurado. No sucede como en los anteriores casos, que se trate de una especificación a la regla general, al contrario se extiende en forma amplia una consideración que, bien puede caber para determinados casos, pero no para todos, dada la gran amplitud de la casuística que se puede suscitar, por tanto, sería necesario tener certeza respecto a los casos que se aplicaría, pero aquello no ha sucedido en el presente caso, pues la normativa emitida por la Superintendencia, al estar comprendido dentro de la potestad normativa general, aplicaría en forma indiscriminada a todos los contratos de seguro, por lo tanto, dado que la norma no es clara y permite muchas confusiones, con resultados inciertos, excede la potestad de la Superintendencia al respecto, prevista en el art. 25 de la Ley General de Seguros (Código Orgánico Monetario y Financiero), por lo que dicha cláusula del numeral 2.8 de la Resolución impugnada debe ser dejada sin efecto, aceptándose la impugnación en esta parte.- 6.7.- En relación al numeral 2.9, que establece la prohibición de estipulación: "En los seguros de daños o en los patrimoniales, las cláusulas que, a pesar de constatarse que existió interés económico asegurable al momento del siniestro, excluyen de cobertura por no haberse cumplido con solemnidades legales o contractuales necesarias para constituir el derecho relativo al interés asegurable. Previo al pago de la indemnización, no

obstante, el asegurado o beneficiario deberá cumplir con aquellas solemnidades, a menos que exista imposibilidad física o jurídica.", la impugnación del actor refiere que "La ausencia o carencia de este elemento, o algún otro de los detallados en la norma antes reproducida, acarrea, por disposición legal, que el contrato sea nulo. Es decir, sin la presencia del interés asegurable, no existe un contrato de seguro válido.", lo que sin duda es preciso, al tenor de lo dispuesto por el art. 691 literal c) del Código del Comercio: "Art. 691.- Son elementos esenciales del contrato de seguro: ... c) El interés asegurable;", que según el mismo Código define en el art. 730 y que más adelante dispone: "Art. 733.- El interés asegurable debe existir desde la fecha en que el asegurador asume el riesgo hasta el del siniestro, que condiciona la obligación a su cargo. La desaparición del interés lleva consigo la cesación o extinción automática del seguro.", sin embargo, la cláusula impugnada no pone en duda la necesaria y esencial existencia del interés asegurable sino que se limita al tema de la legalización de la titularidad, lo que es distinto y con ello se reconoce expresamente la posibilidad del traspaso del interés asegurable, que está acorde con el art. 745 del Código de Comercio: "Art. 745.- La transmisión o transferencia a título singular del interés asegurado, o de la cosa a que está vinculado el seguro, produce automáticamente la extinción del contrato, a menos que subsista un interés asegurable en cabeza del asegurado. En este caso, subsiste el contrato en la medida necesaria para proteger tal interés, siempre que el asegurador no prefiera darlo por terminado; si lo prefiere, tiene la obligación de devolver la prima en proporción al tiempo no corrido.", por lo que dada esta posibilidad legal, vale establecer las condiciones respecto al momento en que se debe cumplir con las solemnidades, que en cada caso, se exija para la transferencia, lo cual resulta adecuado que pueda hacerse hasta antes del pago de la indemnización, sin que se pueda verificar que tal condición vulnera norma legal alguna, por lo que no es procedente la impugnación realizada.- 6.8.- En referencia al numeral 2.10: "En los seguros de daños, las que estipulen la pérdida o reducción de la indemnización por el hecho de que el asegurado haya alcanzado acuerdos con otras partes partícipes del hecho dañoso, salvo en lo relativo a la responsabilidad civil en cuyo caso se estará a lo preceptuado en el artículo 52 del título XVII del libro I del Código de Comercio.", es imperativo considerar el texto que corresponde actualmente al art. 52 que se hace referencia, siendo el correspondiente el art. 756 del actual Código de Comercio: "Art. 756.- Es prohibido al asegurado, bajo pena de pérdida del derecho a la indemnización, realizar transacciones, arreglos extrajudiciales o cualquier otro acto que tienda a reconocer su responsabilidad, sin previa y expresa aprobación del asegurador. Sin embargo, esta prohibición no rige en caso de que el asegurado sea compelido a declarar judicialmente bajo juramento acerca de los hechos constitutivos del siniestro.", conservándose el mismo texto legal, ante esto es evidente que la cláusula mantiene expresamente la prohibición al asegurado de realizar arreglos extrajudiciales o reconocer su responsabilidad sin autorización del asegurador, pero sin duda su ubicación está en el seguro de responsabilidad civil, dentro del seguro de daños, por tanto, aparece como posible que en otros seguros de daños, que no sean de responsabilidad civil, pueda ser factible tal situación, pues la ley no lo prohíbe expresamente, en cualquier caso está cláusula no eliminaría el principio general de que en los seguros de daños el asegurado no pueda enriquecerse, en lo demás escapa a lo que sobre este tema pueda resolver este Tribunal, ya que la limitación legal se refiere únicamente a los contratos de responsabilidad civil, que es lo que la cláusula impugnada expresamente reconoce, por lo que no se verifica vulneración en ese sentido. Conforme lo analizado la cláusula no contraviene la norma legal citada por lo que la impugnación es improcedente. DECISIÓN: Conforme la motivación antes detallada, los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelven aceptar parcialmente la demanda presentada por SEGUROS EQUINOCCIAL S.A., BMI DEL ECUADOR COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A., ASEGURADORA DEL SUR C.A., ORIENTE SEGUROS S.A.,

CONSTITUCIÓN C.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS; y, EQUIVIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a través de su Procurador Judicial, por lo que se declara la nulidad por exceso de poder, con efecto general, del numeral 2.8 del art. 2 de la Resolución No. SC-VS-INS-2018-0007 de 27 de febrero de 2018, dictada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, publicada en el Registro Oficial No. 218 de 10 de abril de 2018; el resto de numerales impugnados de los arts. 1 y 2 se ratifica su legitimidad, pues no se encuentra que altere lo dispuesto por la ley, conforme las acusaciones formuladas por el actor.- Sin costas ni honorarios que regular.- Notifíquese y cúmplase.".

5.- DE LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN: La audiencia de sustentación del recurso de casación planteado por la parte actora del juicio de instancia se realizó el miércoles 31 de agosto de 2022, a partir de las 15h00, conforme los artículos 88, 90, 273 y 313 del Código Orgánico General de Procesos; diligencia en la cual intervinieron las partes, quienes ejercieron su derecho a réplica y contraréplica. Con fecha 22 de noviembre de 2022, a partir de las 09h45, se reinstaló el Tribunal para dar a conocer el pronunciamiento oral de la decisión adoptada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

6.- COMPETENCIA: No hay duda de que la Corte Nacional de Justicia, por medio de sus Salas Especializadas es competente para conocer y resolver los recursos que se interponen en contra de los sentencias o autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, que se expidan por parte de las Salas de las Cortes Provinciales de Justicia o de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo o Contencioso Tributario, dentro de procesos judiciales de conocimiento, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y 270 del COGEP. No obstante lo señalado es indispensable, en el caso presente, analizar los siguientes aspectos en torno al caso, que se analizan enseguida.

7.- DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN OBJETIVA O POR EXCESO DE PODER: 7.1 Distinciones entre las acciones impugnatorias contencioso administrativas: La acción de anulación objetiva o por exceso de poder, conforme lo define el numeral 2 del artículo 326 del COGEP, "tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción. Solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal".

Esta acción contencioso administrativa es aquella que permite, por vía judicial ordinaria, el control de la legalidad de aquellos actos normativos de rango inferior a la ley expedidos por la Administración pública, como pueden ser los reglamentos, ordenanzas municipales o provinciales, resoluciones administrativas de efecto erga omnes, decretos ejecutivos, acuerdos ministeriales y toda la amplia gama que se expide en ejercicio de potestad reglamentaria o normativa de carácter administrativo en general.

Se estima siempre que la expedición de normas jurídicas administrativas, promulgadas sobrepasando la reserva constitucional o legal, constituye un vicio que determina el ejercicio de exceso de poder; es decir, el órgano público, individual o colegiado, usa una potestad que no la tiene, abusando de los límites jurídicos prevenidos en el ordenamiento de superior jerarquía.

De ahí precisamente proviene su nombre, acción de "anulación objetiva o por exceso de poder"; en efecto, cuando la norma se refiere al exceso de poder éste ocurre, como hemos dicho, por el ejercicio aparente de una facultad normativa que no le corresponde al órgano público y se expresa cuando se ponen en vigencia disposiciones jurídicas que impiden, restringen o modifican el cumplimiento de la ley administrativa; y es de anulación objetiva, porque se la propone en solo interés de la ley y sus propósitos son: **a)** porque permite al juzgador, en ejercicio de su potestad de control jurisdiccional de las decisiones administrativas, anular la norma jurídica de rango inferior a la ley; esto es, retirarla del mundo jurídico para permitir que la norma legal administrativa fluya en su aplicación directa; y, **b)** porque el control de legalidad también tiene como objetivo la protección de la norma legal de carácter administrativo, en directa relación con los derechos que dimanan de ella en favor de los administrados.

La acción de anulación objetiva o por exceso de poder genera un conflicto judicial entre la norma administrativa de efecto general, con las disposiciones de una ley de orden administrativa, es por ello que se la califica como una acción en solo interés de la ley administrativa; por cuya caracterís-

tica, la legitimación activa del proceso contencioso administrativo se la entrega a las personas que puedan tener "interés legítimo", a diferencia de la acción de plena jurisdicción o subjetiva u otras acciones de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, en que, la legitimación activa en el proceso judicial de ese orden, la tienen las personas que acrediten derechos subjetivos, esto es, personales para reclamarlos o reivindicarlos cuando la decisión dirigida a ellos ha negado, desconocido o no reconocido esos derechos; o también, cuando las acciones u omisiones del Estado pudieren haber ocasionado daño a los particulares.

Bajo este contexto, hemos de establecer que en materia contencioso-administrativa, cuando los procesos judiciales se refieren a impugnaciones de decisiones de la Administración Pública, han de diferenciarse:

a) La acción subjetiva o de plena jurisdicción, en la cual un administrado impugna un acto administrativo afectador de un derecho que el demandante lo estima lesionado por esa decisión administrativa; es por ello que el COGEP (Art. 326.1), exige como requisito que el accionante justifique su legitimación activa, demostrando la existencia del derecho que le liga con el acto administrativo que reprocha; es decir, en estos casos existe una relación directa entre el derecho del actor con el acto administrativo que impugna en vía judicial.

En estos casos la manifestación de esa reivindicación del derecho subjetivo del actor, le liga con el objeto de la acción y con el derecho del demandado; por ello su legitimación activa individualiza su derecho al hacerlo diferente al que puedan tener otras personas, en razón, entre otros aspectos, a que la potencial sentencia que se obtenga genera derechos y obligaciones entre las partes.

Tiene por esta razón, la acción subjetiva o de plena jurisdicción, un ligamen sustancial con los principios de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica.

b En el caso de la acción de anulación objetiva o por exceso de poder, quien demanda no tiene que demostrar la existencia de ese ligamen directo; esto es de un derecho personal; sino solo un interés legítimo (Art. 326.2 COGEP); el cual está presente cuando se demuestra judicialmente la potencialidad de que se aplique una norma jurídica de rango inferior a la ley y afecte de alguna manera el derecho de quien demanda. De modo que, el interés legítimo, confiere el derecho de legitimación activa, en un proceso judicial impugnatorio de esa clase de actos administrativos normativos, no a cualquier persona como en el caso de la acción popular o la de derechos difusos, sino solo aquellas cuyos derechos puedan (a futuro), ser afectados por la aplicación de normas jurídicas que afectan disposiciones normativas de rango legal.

7.2 Sobre el interés legítimo: En este caso, el interés legítimo le permite el ejercicio de la acción, pero ello no implica que este sea distinto al que puedan tener otras personas respecto de la aplicación de la ley cuyo valor jurídico permite defender la acción de anulación objetiva; por cuanto ese interés legítimo corresponde a todas las personas que potencialmente puedan ser afectadas por la aplicación de la norma administrativa, en detrimento de las disposiciones legales cuyo rigor jurídico defiende la acción.

Siendo esta acción en solo interés de la ley, no protege derecho subjetivo alguno, que pueda ser reivindicado; por ello le es más aplicable el principio de seguridad jurídica que el de tutela, por las dimensiones distintas que tiene.

La acción de anulación objetiva o por exceso de poder, es en realidad un mecanismo por el cual el propio Estado, entrega, solo a quienes les asiste interés legítimo, la calidad de "legitimarios activos" para presentarse como accionantes en estos procesos judiciales de control de legalidad de normas jurídicas administrativas de efecto erga omnes, lo cual es un mecanismo de democracia participativa que permite defender la vigencia y aplicación de la ley, por sobre disposiciones normativas de rango inferior a ella, otorgando una forma de fiscalización jurídica para el logro de la plena vigencia de la ley; implica por ello un medio de defensa de la jerarquía normativa prevista en el artículo 425 de la CRE.

Este mismo ejercicio puede encontrarse, cuando la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, estructura un mecanismo de participación por acción popular, para que cualquier persona pueda defender la aplicación de las normas constitucionales a través de la acción de inconstitucionalidad; desde luego

respetando sus propios matices y propósitos con el control jurisdiccional de legalidad que es lo que regula la acción de anulación objetiva o por exceso de poder.

Ahora bien, ha de estimarse que la acción de anulación objetiva no pretende el reconocimiento de la existencia de una afectación al derecho personal, sino un agravio a la aplicación de una norma legal, por un acto normativo de efecto general que impide su adecuado imperio.

"El contencioso de anulación, por su parte, se suscita ante la interposición del recurso por exceso de poder, y consiste, en las palabras de *Laferrière*, en "un proceso seguido contra un acto". Como consecuencia de ello la intervención del recurrente y de la administración es limitada, el tribunal solo puede confirmar o anular el acto, pero no reformarlo, y los efectos de la decisión anulatoria se extienden *erga omnes* (…)Caso típico de la procedencia del recurso por exceso de poder es la impugnación de un reglamento por considerárselo violatorio de la ley: según la doctrina francesa el acto individual puede crear derechos, el reglamento nunca" (...) Para ser admisible [el recurso por exceso de poder], no se requiere alegar un derecho subjetivo, sino que basta un interés, siempre que sea personal y directo, y que exista, sea a la fecha de la interposición de la acción, sea a la fecha de dictar sentencia" (*Control Judicial de la Administración Pública. Héctor A. Mairal, Thomson Reuters LA LEY. 1ra Edición, reimpresión 2022, Argentina, p.213).*

El mismo autor, citando a Zanobini, respecto del derecho subjetivo, lo definía como: *"un interés reconocido por el ordenamiento jurídico como exclusivamente propio de su titular y, como tal protegido como un modo directo e inmediato", mientras que el interés legítimo consistiría en "un interés individual estrechamente conectado con el interés público y protegido por el ordenamiento solamente a través de la tutela jurídica de este último.- En consecuencia, para la doctrina clásica el interés legítimo existe solamente allí donde concuerda con la tutela del interés general : por ello el calificativo de "ocasional" que la tutela de aquel recibe". (citado en "Control Judicial de la Administración Pública. Héctor A. Mairal, Thomson Reuters LA LEY. 1ra Edición, reimpresión 2022, Argentina, p.221).*

Esta Sala Especializada, es clara en señalar, que no existe duda en el alcance que tiene el concepto de interés legítimo; el cual consiste en la potencialidad de que, aplicando la norma atacada como ilegal, pueda emitirse un acto administrativo que afecte los derechos subjetivos, de quien intenta la acción objetiva; elemento sustancial que le permite al particular comparecer a juicio como legitimado activo de una acción contencioso-administrativa de anulación objetiva o por exceso de poder; en la cual no se produce, en realidad, un conflicto entre el particular y la Administración pública, sino entre la norma jurídica administrativa de efecto general y la Ley que se denuncia como infringida y a cuya tutela se asiste.

Ahora bien, como señala la doctrina transcrita, el acto administrativo crea, modifica, extingue o desconoce derechos personales en el caso concreto; lo cual puede negar, desconocer o no reconocer derechos de las personas a las que va dirigido o de terceros; quienes tienen a su mano la acción subjetiva o de plena jurisdicción, para, por vía judicial, requerir, su restablecimiento o reconocimiento.

El reglamento o las normas de carácter administrativo de inferior jerarquía a la Ley, no son medios jurídicos creadores de derechos ya que esa es materia constitucional y de reserva legal, conforme los artículos 312 y 313 de la CRE. Pueden eso si, por sus propias defecciones dictarse en clara oposición a las normas constitucionales, situación que permite la interposición de la acción de inconstitucionalidad de norma; no obstante, cuando la norma administrativa es contraria a la Ley de ese mismo orden, la acción que permite el retiro de la órbita jurídica de aquellas, es la de anulación objetiva o por exceso de poder.

Bajo esta línea es evidente que la acción de anulación objetiva no tutela derechos personales, pues su carácter es precisamente impersonal, instrumentador de le ley; es por ello que quien lo propone los hace en solo interés de le ley; esto es, un interés público limitado para quienes tienen interés legítimo, por consecuencia, el resultado del enfrentamiento entre la norma administrativa de efecto general y la ley que se denuncia como infringida por aquél, sigue esa misma lógica, no se refiere a derecho alguno, puesto que la sentencia que se dicta en esa clase de causas, es meramente declarativa de la legalidad o de la ilegalidad de la norma impugnada; se limita a establecer la existencia o no de la confrontación de esas normas de distinta jerarquía; por consiguiente, si se estimare que el reglamento, la ordenanza o la resolución normativa es conforme a la Ley, no se viola derecho alguno, ya que solo se produce una declaración de certeza jurídica; ahora, si se estimare que efectivamente esas normas son contrarias al orden legal, la declaración implica

el retiro de la norma del mundo jurídico; restableciendo la seguridad jurídica al establecer que la jerarquía entre la ley y la norma administrativa, debe tener un grado de correspondencia tal, que aquella no puede contradecir ni alterarse por ésta. Ninguna de estas dos situaciones, a juicio de esta Sala Especializada, genera derechos subjetivos, positivos o negativos, del accionante; por consecuencia, tampoco puede producir agravio a persona alguna.

7.3 Sobre el agravio al recurrente en casación: El agravio judicial, es definido por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico es aquel *"Perjuicio o gravamen, material o moral, que una resolución judicial le causa a un litigante" (https://dpej.rae.es/lema/agravio).*

El COGEP, en su artículo 277 al referirse a la legitimación para proponer el recurso de casación, en la parte pertinente, ordena:

> *"Art. 277.- Legitimación para interponer el recurso. El recurso solo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto".*

La determinación de la existencia del agravio, por tratarse de un tema de fondo el recurso de casación no corresponde ni a los Tribunales de instancia ni al Conjuez Nacional que se pronuncia sobre la admisión del recurso; es pues, aspecto cuyo pronunciamiento es de competencia de la Sala, la cual solo puede hacerlo al momento mismo de pronunciarse sobre la procedencia del recurso.

En el caso es evidente que, siendo la acción de anulación objetiva o por exceso de poder, un medio procesal para impugnar la legalidad de una norma jurídica administrativa erga omnes, al estimarse violatoria de disposiciones jurídicas de orden legal; en el cual para asegurar la legitimación activa en el proceso judicial, debe demostrarse el interés legítimo de quien acciona, significa claramente que la aceptación o denegación de la acción contencioso administrativa no produce en aquél perjuicio material o moral en el accionante, ya que el Tribunal Distrital que expide el fallo se circunscribe únicamente a la determinación de los elementos que le permiten establecer si el reglamento u otra norma administrativa está alterando, modificando o restringiendo la aplicación de disposiciones legales, que han sido denunciadas como infringidas; sin que ello determine perjuicio o gravamen ni en el derecho ni en el interés legítimo, en los términos que hemos referido en párrafos pasados. Por consiguiente, al no existir el agravio arriba referido, que es requisito sustancial establecido en el precitado artículo 277 del COGEP; el recurso de casación, por este extremo, es impertinente.

7.4 Proceso de conocimiento: De otra parte, la sala reflexiona sobre la clase de proceso judicial que es el de anulación objetiva, en estos términos, debemos señalar que el artículo 266 del COGEP determina que el recurso de casación hace relación a sentencias que se expidan en procesos de conocimiento.

Los procesos de conocimiento son aquellos conflictos sometidos a decisión judicial, para que se dirima una controversia que enfrenta derechos u obligaciones entre las partes, a fin de que se determine a quién corresponden.

Bajo esa línea, es claro que la acción de anulación objetiva no controvierte derechos entre actor y demandado, ya que la controversia enfrenta a la Ley, cuyo rigor se reclama, frente a normas administrativas de efecto general que contradicen o impiden su aplicación, afectando el imperio de la Ley y la aplicación jerarquizada de la norma. Es pues, un proceso judicial de control de la legalidad de las decisiones normativas que emanan de la Administración pública; por medio de la cual se expresa un claro mecanismo de control social de la legalidad, al conferir legitimación activa a quienes tienen interés legítimo (no derecho), sobre los resultados potenciales de la aplicación de la norma administrativa.

En consecuencia de lo anterior, a juicio de esta Sala, la acción de anulación objetiva no se inscribe dentro de los llamados procesos de conocimiento, por lo que, las decisiones de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo expedidas en estos procesos, no son susceptibles de la interposición del recurso de casación.

7.5 Sobre la ilegalidad de las normas infralegales: Consta de la demanda y de la sentencia expedida por el Tribunal de instancia, materia del recurso de casación en estudio, que la pretensión de la parte actora es que se declare la ilegalidad y consecuentemente la nulidad de las siguientes disposiciones jurídicas contenidas en: artículos de la citada Resolución Administrativa de orden normativo, No. SCVS-INS-2018-0007 de 27 de febrero de 2018, dictada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, publicada en Registro Oficial 218, de 10 de abril de 2018, por considerarlas violatorias de normas legales expresas: Art. 1, numerales 1.2.1, 1.3.1, 1.3.3, 1.3.4; del Art. 2, los numerales: 2.5, 2.6, 2.7: 2.7.2, 2.7.3, 2.8, 2.9 y 2.10.

Se trata entonces de una acción de anulación objetiva que enfrenta normas administrativas con los mandatos legales que la demandada denuncia como infringidas. Al respecto, la sentencia reprochada establece claramente que no existe duda alguna de la competencia normativa que tiene la entidad pública emisora de las disposiciones jurídicas atacadas; estableciendo que, de conformidad al artículo 427 de la Constitución de la República que establece el orden jerárquico de las normas jurídicas; sobre cuya base realiza su análisis y decide el caso.

7.6 OBITER DICTA: Es claro asimismo que la demanda ha sido presentada el 5 de septiembre de 2018; sin embargo, en varios parajes de la sentencia atacada, se hace la comparación entre la resolución administrativa que se ataca que tiene rigor desde el 10 de abril de 2018, con el Código de Comercio publicado en suplemento de Registro Oficial No.497 de 29 de mayo de 2019; es decir, con posterioridad a la presentación de la demanda; elemento que sirve de sustento para que la parte casacionista argumente en el sentido de que la actividad de control encargada al Tribunal debió referirse a las normas legales vigentes a la fecha en que se presentó la demanda.

Al respecto se hace necesario establecer que, la expedición de normas de mayor jerarquía jurídica, con posterioridad a la entrada en vigencia de disposiciones de menor jerarquía, presupone al menos los siguientes elementos que deben ser considerados, para el ejercicio del control jurisdiccional de la legalidad que es precisamente la materia que corresponde a la acción planteada en instancia: **a)** La determinación de la diferencia jerárquica de las disposiciones jurídicas en pugna, para determinar precisamente, la vigencia de cuál de ellas es la que entra en conflicto; y, **b)** El establecimiento de la las fechas de promulgación de las disposiciones confrontadas.

Estos elementos son los que permiten traer al estudio, nuevos aspectos de la discusión; en efecto, es evidente que de manera general la norma de mayor jerarquía, en función del dial definido en el artículo 425 de la CRE; disposición que además ordena que, en caso de existir conflicto de aplicación de normas de distinta jerarquía; entre otros, los órganos jurisdiccionales deberán aplicar aquella que tenga jerarquía superior.

Ello implica que las disposiciones de inferior jerarquía carecen de eficacia jurídica frente a las que le son superiores; entendiéndose en ello que, ese modo de interpretación, ha de referirse a aquellas normas que son contrarias a las superiores.

No obstante, parece que ese remedio no es suficiente; más aun cuando se ha planteado la controversia por el camino de la decisión de control.

En efecto, una de las soluciones a estos problemas, escapa en realidad de la actividad judicial, en razón de que, es el propio legislador el que soluciona la controversia, estableciendo en la nueva norma la derogatoria expresa o tácita de aquellas de igual o inferior jerarquía, que se hallen en rigor a la fecha de su promulgación en el periódico oficial; en el caso, eso ocurre con el Código de Comercio, que en su disposición derogatoria QUINTA, manda:

> *"QUINTA.- Derógase cualquier norma de inferior o igual jerarquía que se oponga a las prescripciones contenidas en el presente Código".*

Disposición que deja fuera de esa derogatoria a las disposiciones vigentes a esa fecha, en el caso de que no se opongan; esto es, que no permitan la aplicación de las disposiciones jurídicas nuevas; ya que obviamente, no puede entenderse que persistan con vida, con rigor jurídico normas contrarias a las nuevas prescripciones legislativas.

Ahora bien, es importante determinar asimismo que, pueden haberse propuesto acciones jurisdiccionales encaminadas a lograr la anulación de normas de inferior jerarquía cuando estaban en vigencia disposiciones superiores jerárquicamente a las primeras; en ese caso, mientras las superiores sigan en vigor; el debate ha de ser resuelto verificando la potencial ilegalidad afirmada en la demanda, haciendo la comparación entre las dos normativas.

El problema más bien radica en que, si presentada la demanda y el proceso está en curso, se expiden disposiciones de rango superior a las cuestionadas: ¿Debe hacerse el control de las normas vigentes al tiempo en que se presentó la demanda; o, el comparativo debe corresponder a la confrontación entre la disposición jurídica inferior con la de superior jerarquía, expedida luego de iniciado el proceso.

La respuesta, puede verse conflictuada entre las siguientes posibilidades:

i. Como la demanda fue presentada en contra de una norma de inferior jerarquía, defendiendo la aplicación de una de superior jerarquía, debiera hacerse el estudio de confrontación entre ellas, sin que deba entrar en el debate la nueva norma superior, excluyendo del debate a la nueva superior, que

derogó la defendida por el legitimario interesado. Ello no resulta en realidad adecuado procesalmente, por cuanto la confrontación sobre la que se traba la Litis es entre las disposiciones jurídicas a las que se remite la demanda. Mas, en ese caso, ocurre que la de superior jerarquía cuyo vigor se defiende frente a la que se acusa de contrariar sus disposiciones, al tiempo de dictar sentencia, ya ha sido retirada del mundo jurídico por derogatoria; consecuentemente, al desaparecer uno de los elementos procesales sobre los que versó la demanda; ninguna confrontación corresponde dirimir al juzgador; razón por la cual el pleito concluye, por destrucción de su objeto.

ii. Si se estimase que puede hacerse la confrontación jurídica, propia de la acción de anulación objetiva, entre las normas confrontadas en el juicio, se encontraría en la situación de que, la norma jurídica inferior, deba cotejarse con la superior que ya no existe por habérsela derogado; lo cual determinaría en todo caso, la solución absurda de que la inferior se ha impuesto a la superior y que tiene rigor incluso respecto de la nueva superior.

iii. Frente a lo anterior, podría existir una tercera posibilidad que consiste en que el juzgador se vea obligado a efectuar una confrontación, entre la norma administrativa, con la nueva norma legal en vigencia; la cual no ha sido objeto de la controversia; sin embargo, no debe desestimarse que el control jurisdiccional de legalidad normativa; es una actividad judicial sustancial encaminada al velo y a la determinación del imperio de la ley; de manera abstracta, lo cual hace que se proscriba todo elemento concreto que deba ser considerado. Esta situación, daría pie a que el juzgador que conoce el caso, esté habilitado para pronunciarse sobre la controversia, confrontando a las normas de distinta jerarquía, bajo el esquema de control de legalidad de normas preexistentes a las nuevas.

iv. No obstante lo dicho, cabe asimismo señalar que en materia de control objetivo de la legalidad, no opera elemento alguno que pueda ser esgrimido por los accionantes, relacionados con derechos adquiridos relacionados con sus actividades, ya que un argumento en ese sentido develaría la existencia de "derechos subjetivos"; propios de la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción o subjetiva, lo cual daría lugar siempre a la distorsión de la de anulación objetiva; provocando su improcedencia inmediata.

8.- DECISIÓN: Sobre la base de lo dicho, es claro para esta Sala Especializada que las acciones contencioso administrativas de anulación objetiva o por exceso de poder, no son de conocimiento, como tampoco en ellas, las sentencias expedidas por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, cuando son contrarias a los planteamientos, que en solo interés de la Ley, formulan, en su demanda, quienes poseen interés legítimo, sufran agravio en sus derechos ya que ellos no están en discusión en esta clase de acciones de control jurisdiccional de la legalidad, por consecuencia**, RESUELVE:** Declarar la nulidad del auto expedido por el Conjuez Nacional el miércoles 1 de julio del 2020, las 08h03, por el cual admite el recurso de casación interpuesto por la parte actora del juicio de instancia, por cuanto las sentencias expedidas por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, dentro de las acciones de anulación objetiva o por exceso de poder, no son susceptibles de recurso de casación; conforme el artículo 266 y 277 del Código Orgánico General de Procesos, conforme ha quedado expresado en la parte considerativa de esta decisión judicial. Sin costas.- Actúe la doctora Ivonne Marlene Guamaní León como Secretaria Relatora, conforme consta en acción personal No. 1040-DNTH-2021-OQ. **Notifíquese, publíquese y devuélvase**.-

f) Dr. Patricio Secaira Durango, JUEZ NACIONAL; Dr. Iván Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL, Dr. Milton Velásquez Díaz, JUEZ NACIONAL.

VII

Juicio Nro. *17741-2015-0539*
Resolución Nro. *1239-2022*
Fecha: *20 de diciembre del 2022, las 08h17*

TEMA: Indemnización de daños y perjuicios.

ASUNTO

La compañía ZOFRAGUA S.A. formula una demanda en contra de la Autoridad Portuaria de Guayaquil, impugnando los actos administrativos contenidos en la resolución No PD-012-2012, emitida el 20 de marzo del 2012 por el Presidente del Directorio de la Autoridad Portuaria de Guayaquil, y la resolución No G-028-2012, emitida el 23 de marzo del 2012 por el Gerente de la Autoridad Portuaria de Guayaquil.

La actora refiere que la resolución de la Autoridad Portuaria de Guayaquil de dar por terminado unilateralmente el contrato de comodato, celebrado el 3 de octubre de 2001, para la entrega de un lote de terreno, se ha efectuado sin respetar lo pactado en el mismo y en las leyes que rigen la materia contractual.

La accionante indica que es incuestionable el enorme daño causado a ZOFRAGUA S.A. y solicita que la demandada pague una indemnización perfectamente cuantificable, correspondiente al daño emergente por las inversiones efectuadas, consistentes en edificios, infraestructura y el relleno y compactación del suelo, entre otras, y al lucro cesante respecto de lo que dejará de percibir como ingresos y utilidades durante los 39 años que faltaban para completar el plazo de 50 años de la duración del contrato, así como la devolución de la póliza de fiel cumplimiento por el monto de USD 350.000.00, la cual fue pagada a la Autoridad Portuaria de Guayaquil por Seguros Oriente S.A. Asimismo, la compañía solicita que se le restituyan los bienes contemplados en el contrato de comodato, sus bienes por adherencia y todas las mejoras incorporadas.

El presidente del Directorio de la Autoridad Portuaria de Guayaquil, a nombre del referido órgano colegiado, expresa que existe ilegitimidad de personería y falta de citación, por cuanto ZOFRAGUA S.A. demanda a la Autoridad Portuaria de Guayaquil a través de su Directorio, empero, el órgano demandado no representa legalmente a la Autoridad Portuaria de Guayaquil, ya que según lo señala el Artículo 21 del Decreto Ley de Emergencia No 15, quien ejerce su representación legal, judicial y extrajudicial es su gerente general, por lo que solicita la nulidad del proceso.

La entidad accionada, respecto de la "*unilateral*" decisión de terminar el contrato, menciona que el Código Civil, en su artículo 2080, regula el contrato de comodato y que, de las normas legales, reglamentarias y contractuales, se tiene que es facultad del comodante evaluar el cumplimiento del contrato y decidir si exige o no la restitución inmediata del bien, si no se halla satisfecho con el uso dado por el comodatario. El organismo adiciona que no fue de ninguna manera "sorpresiva" la terminación del contrato, ya que ZOFRAGUA S.A. sabía que no había logrado cumplir con lo establecido en el mismo y que la consecuencia de aquello podía ser la inmediata terminación de la relación contractual, con todo lo que ello implica.

RESUMEN DE INSTANCIA
El Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, sobre los cargos de incompetencia, omisión o incumplimiento de las formalidades y disposiciones constitucionales de las resoluciones No. PD-012-2012 y G-028-2012, resuelve que la primera se encuentra fundamentada en los informes del Coordinador de Control de las Concesionarias de la Autoridad Portuaria de Guayaquil, de la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, de la Dirección de Auditoría de Proyectos y Ambiental de la Contraloría General del Estado, con recomendaciones de aplicación obligatoria para la Autoridad Portuaria de Guayaquil, por incumplimientos contractuales incurridos por la comodataria ZOFRAGUA S.A. Con respecto a la segunda resolución, el tribunal establece que se encuentra motivada y respaldada en los informes internos y externos, estipulaciones contractuales y disposiciones legales. Es así que los jueces admiten la excepción de legitimidad de las resoluciones impugnadas, por provenir de autoridad competente y estar debidamente motivadas. En cuanto al pago de daño emergente y lucro cesante alegado por ZOFRAGUA S.A., el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil resuelve que dicha alegación carece de fundamento, ya que no posee la fortaleza probatoria que exige el primer inciso del artículo 113 del Código de Procedimiento Civil y que, además, al haber el accionante o comodatario incurrido en incumplimiento contractual, según las resoluciones mencionadas, no reúne las condiciones para la procedencia de la indemnización de perjuicios que comprende el daño emergente y el lucro cesante, esto es, que dicha indemnización no provenga de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento. Por las razones expuestas, el tribunal desecha por improcedente la demanda presentada por ZOFRAGUA S.A.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 17741-2015-0539
Juez Ponente: Dr. Patricio Secaira Durango

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

Quito, martes 20 de diciembre del 2022, las 08h17,

VISTOS: 1.- AVOCO: Conocemos la presente causa en virtud de que: a) El Dr. Patricio Secaira Durango ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución 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. 113-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por el cual se le llama a integrar la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en calidad de Juez Nacional, quien actúa como Juez ponente en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial. b) El doctor Milton Velásquez Díaz ha sido designado Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución 008-2021 de 28 de enero de 2021. c) Iván Larco Ortuño ha sido designado Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, por el Consejo de la Judicatura mediante Resolución 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 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.

2.- ANTECEDENTES: 2.1 La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, el 12 de noviembre de 2018, las 13h02, ha expedido sentencia, de mayoría, dentro del recurso de casación que corresponde al proceso judicial No 17741-2015-0539, promovido por el procurador judicial de la empresa ZOFRAGUA S.A., en contra de AUTORIDAD PORTUARIA DE GUAYAQUIL y, de la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO; por la cual se ha casado parcialmente la sentencia, materia del recurso extraordinario de casación, dictada por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Guayaquil, el 2 de abril de 2015, las 10h30; proceso que en esa sede de instancia estaba signado con el No. 09802-2012-565 Tz; y, aceptando parcialmente la demanda, dispone que Autoridad Portuaria de Guayaquil, "devuelva las inversiones realizadas por la compañía Zofragua S.A. en los bienes de Autoridad Portuaria de Guayaquil, para lo cual deberá usar el peritaje constante en el Oficio MIDUVI DINAC-MRS-2012-No.235 de 28 de febrero de 2012 realizado por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, DINAC. En lo demás se niega las pretensiones de los demandantes. Sin costas". 2.2 Es de hacer presente que el mencionado Tribunal Distrital, en su sentencia de 2 de abril de 2015 desechó por improcedente la demanda, presentada por la empresa actora; así como la extemporaneidad en la presentación de la reconvención presentada por la parte demandada. Es, respecto de esta sentencia, que la compañía Zofragua S.A., ha interpuesto recurso de casación, el cual ha sido atendido por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en la sentencia ya referida; fallo que ha sido atacado mediante, recurso extraordinario de protección 2.3 La Corte Constitucional, expide sentencia No. 476-19-E/21 de 15 de diciembre de 2021, correspondiente al Caso No. 476-19-EP, aceptando el recurso interpuesto y, declarando que la sentencia de 12 de noviembre de 2018 dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ha vulnerado el derecho al debido proceso, en las garantías de motivación y defensa de la Autoridad Portuaria de Guayaquil.

3.- SORTEO, CONFORMACIÓN y AVOCO: En cumplimiento de la disposición emanada de la Corte Constitucional, una vez receptado el proceso se ha efectuado el sorteo pertinente, cuya información consta en la razón de 27 de enero de 2022, las 16h40, habiéndose conformado la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con los Jueces Nacionales identificados en el numeral 1 de esta sentencia; quienes, en la calidad invocada, avocamos conocimiento de la presente causa, signada con el No. 17741-2015-0539.

4.- VALIDEZ PROCESAL: En la tramitación de esta causa se han observado las formalidades y solemnidades que le son inherentes, consecuentemente, se declara la validez procesal.

5.- DELIMITACIÓN DE LA MATERIA A RESOLVERSE: 5.1 Sentencia de la Corte Constitucional: La sentencia No. 476-19-E/21 de 15 de diciembre de 2021, expedida por la Corte Constitucional, que debe ser cumplida por esta Sala, al aceptar la acción extraordinaria de protección, pertinentemente, como medidas de reparación integral dispuso: a. Deja sin efecto la sentencia recurrida "exclusivamente, respecto del pronunciamiento realizado en la sección 3.7.5, de la sentencia impugnada por incumplir con la suficiencia de la motivación". b. Ordena que una nueva conformación de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, "emita una sentencia de mérito teniendo en cuenta los estándares de suficiencia expuestos en esta decisión, y con base a lo resuelto en el análisis de casación realizado en la sentencia impugnada". 5.2 Consideraciones de la Corte Constitucional a ser observadas: La sentencia expedida por la Corte Constitucional, que aceptó la acción extraordinaria de protección planteada en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia de 12 de noviembre de 2018, dejó establecido que su pronunciamiento hace relación a los numerales 3.7.2, 3.7.3, 3.7.4 y 3.7.5 de dicha sentencia; los cuales se refieren a: 5.2.1 La sentencia de casación en el numeral 3.7.2, estableció que la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación está debidamente fundamentada por la parte casacionista, refiriéndose a los artículos 1644, 1459, 2077 y 703 del Código Civil, para concluir que: "...si la novación del contrato de comodato o préstamo de uso, no se inscribió, no podía producir efectos

jurídicos válidos por lo que esto produjo [que] el Tribunal de instancia inobservare el artículo 76 numeral 4 de la Constitución de la República que señala que en todo proceso se asegurará el debido proceso como "las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución o la ley no tendrá validez alguna y carecerán de eficacia probatoria" es decir la prueba no fue valorada conforme a los principios de la sana crítica, por lo que el fallo del Tribunal Distrital carece de la motivación que establece el artículo 76 numeral 7 literal l)". 5.2.2 Sobre este aspecto, la Corte Constitucional en el párrafo 44 de su sentencia, determinó que: "no se identifica una alteración al marco fáctico expuesto en la sentencia de instancia, pues se refirió al Contrato y sus modificaciones las cuales, bajo la valoración en conjunto efectuada por la autoridad judicial, no habrían surtido efectos jurídicos"; adicionando a ello que la expresión de que la sentencia recurrida en casación, no está motivada, no influye en la decisión. 5.2.3 La sentencia de casación en su numeral 3.7.3 señaló que: "El Tribunal al momento de expedir su fallo no analizó y no valoró que mediante un documento de naturaleza privada de fecha 19 de mayo de 2009 que aprobó el Directorio de Autoridad Portuaria de Guayaquil en la que se aprobó una reprogramación del cronograma de inversiones a realizar por Zofragua S.A., la cual no tuvo las formalidades que establece el Código Civil, y con lo cual la Autoridad Portuaria de Guayaquil declaró la terminación unilateral del contrato de comodato o préstamo de uso, celebrado el 3 de octubre de 2001, e inscrito en el Registro de la Propiedad del cantón Guayaquil entre la Autoridad Portuaria de Guayaquil y la compañías Zofragua S.A.". Respecto de este numeral, la Corte Constitucional, en el párrafo 44 de su sentencia manifestó que: "Esta Corte no (--) encuentra que se haya alterado el marco fáctico establecido en la sentencia de instancia y, en consecuencia, que la Sala haya obviado las reglas de trámite del recurso de casación pues la Sala valoró la prueba ya establecida por el Tribunal (documento de 19 de mayo de 2009) y llegó a una conclusión respecto de una cuestión de derecho". 5.2.4 La sentencia de casación, en su numeral 3.7.4, estableció que: "La falta de valoración de la prueba, principalmente la cláusula cuatro del contrato de comodato o préstamo de uso, por parte del Tribunal de instancia también condujo a la falta de aplicación del artículo 685 segundo inciso del Código Civil que establece: "si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, quedará éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o semejante". En cuanto no se observó que dicha cláusula establecía que los bienes edificados en el suelo que Autoridad Portuaria de Guayaquil entregó a Zofragua S.A., las mejoras y todo pasarán a dominio de la comodante (Autoridad Portuaria de Guayaquil) siempre y cuando fuera la terminación por mutuo consentimiento, lo cual no se dio en el presente caso por tratarse de una decisión de terminación unilateral del contrato de comodato por parte de Autoridad Portuaria de Guayaquil, por lo que es procedente casar la sentencia por referida causal". 5.2.5 Sobre esta consideración, la Corte Constitucional en el párrafo 44 de su sentencia afirmó que: "La Sala explicó que el Tribunal no habría tomado en cuenta que se produjo la terminación unilateral del Contrato y no una terminación por mutuo consentimiento y llega a la conclusión de que existió una falta de aplicación del artículo 685 del Código Civil (...) Por lo tanto, no se observa una violación al trámite de casación". 5.2.6 El considerando 3.7.5 de la sentencia de casación, señaló que: "Es necesario mencionar que La Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, mediante oficio No. MIDUVI-DI-NAC-MRS-2012-No 235 de 28 de febrero de 2012, luego de la inspección y peritaje realizados presentó un informe técnico de peritaje de las obras realizadas hasta el 10 de febrero de 2012, en los predios que fueron cedidos en comodato a ZOFRAGIA S.A., el cual determina un valor por concepto de obras realizadas de cuatro millones setecientos noventa y tres mil setecientos sesenta y nueve 42/100 dólares de los Estados Unidos de América /USD $4.973.769,42)...". 5.2.7 La Corte Constitucional, en el párrafo 44 de su sentencia, relativo al considerando 3.7.5 de la sentencia de casación afirma que "Esta Magistratura no verifica que la autoridad judicial accionada se haya extralimitado en sus funciones, pues se refirió a un medio probatorio en específico, i.e Oficio MIDUVI-DI-NAC-MRS-2012-No 235 de 28 de febrero de 2012, una vez que resolvió casar la sentencia". 5.2.8 Los pronunciamientos referidos en los considerando anteriores (3.1.1 a 3.1.7) hacen relación a que la Corte Constitucional no encontró en la sentencia de casación, vulneración al derecho al proceso debido, en su dimensión constitucional, descartando transgresión sobre este aspecto. 5.2.9 Señala

asimismo la Corte Constitucional, sobre el derecho al debido proceso en su garantía de motivación, en el párrafo 50 de su sentencia, que: "Tomando en cuenta lo anterior, al tratarse de un recurso de casación, la motivación mínima y libre de vicios argumentales que se exige a los jueces de la Corte Nacional implica: (a) por un lado, justificar de forma suficiente el razonamiento acerca de la causal específica por la que se admitió el recurso de casación (indebida aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, en el caso) y, (b) en el evento de que se concluya que el cargo casacional procede, emitir una sentencia sustitutiva en la que acepte o niegue la demanda por el mérito de los hechos, mediante una fundamentación fáctica y jurídica mínima. En el caso particular, resolviendo las pretensiones y excepciones planteadas dentro del proceso y determinando la legalidad o ilegalidad de las resoluciones administrativas impugnadas". Asimismo, en el párrafo 56 de dicha sentencia, la Corte Constitucional manifiesta: "Este organismo verifica que una vez casada la sentencia, no existe un razonamiento que explique cómo la autoridad judicial llega a la conclusión de mérito de la acción de plena jurisdicción o subjetiva. Bajo la garantía Constitucional del artículo 76 numeral 7 literal l), existe la obligación de que toda decisión de autoridad del poder público de enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Este estándar se mantiene en el pronunciamiento respecto del mérito de un recurso de casación". Señala asimismo en su párrafo 57, que la Corte Nacional puede violar el debido proceso, en su dimensión constitucional si es que resuelve casar una sentencia sin expedir una sustitutiva; debiendo explicar cómo se resuelve la Litis en forma motivada, conforme el artículo 16 de la Ley de Casación; y que en el caso, la Sala (párrafo 58) se limitó a "ordenar el pago de una indemnización y negar la demás pretensiones dela demanda. No obstante, no explica cómo llega a resolver en la forma en que lo hace (no importa a la justicia constitucional si esta fue correcta o no), es decir, sin que media una fundamentación suficiente de la decisión". Concluye asimismo el fallo constitucional (párrafo 59), que la motivación implica el derecho del litigante a conocer que los jueces han resuelto la controversia, y el razonamiento bajo el cual se le impone una obligación indemnizatoria; en el caso, respecto de la terminación unilateral del contrato. Que, cuando una sentencia es casada (párrafo 60), "implica que deja de surtir efectos en el plano jurídico y al omitirse dictar un fallo de reemplazo, se impidió que la APG obtenga una resolución al conflicto que fue iniciado en su contra así como una respuesta a las excepciones de APG en el caso"; por consiguiente, "al no dictarse el fallo de mérito en contravención, en contravención de motivación y bajo el artículo 16 de la Ley de Casación, se afectó el derecho al debido proceso de la APG, en el elemento correspondiente a obtener una sentencia fundada en derecho", conforme determina su párrafo 61. Razones estas que determinaron que se deje sin efecto la sentencia de 12 de noviembre de 2018 "emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo dela Corte Nacional de Justicia, exclusivamente respecto del pronunciamiento realizado en la sección 3.7.5, de la sentencia impugnada por incumplir con la suficiencia de la motivación". 5.2.10 De todo lo expuesto, se colige con claridad, que habiéndose aceptado el recurso de casación interpuesto por la empresa Zofragua S.A., y casado la sentencia dictada el 2 de abril de 2015, las 10h30, por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, corresponde, al tenor de lo que ordena el artículo 16 de la Ley de Casación, por efecto de la sentencia expedida por la Corte Constitucional, a la que se viene haciendo referencia expedir la respectiva sentencia de mérito, que resuelva la controversia judicial que enfrenta, como actora, a la empresa Zofragua S.A. y como demandados: la Autoridad Portuaria de Guayaquil y, a la Procuraduría General del Estado. Consecuentemente, son solo estos aspectos los que corresponden ser cumplidos por esta Sala. 6.- SENTENCIA DE MÉRITO: PRIMERO: PARTE EXPOSITIVA. 1) La empresa actora ZOFRAGUA S.A., en su demanda afirma que: el 3 de octubre del 2001, ante la Notaría Décimo Segunda del cantón Guayaquil, se celebró la Escritura Pública de Comodato otorgada por la Autoridad Portuaria de Guayaquil (APG), a favor de la compañía administradora de zona franca ZOFRAGUA S.A. (ZOFRAGUA), inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Guayaquil, el 12 de noviembre del 2001; entregándose, en préstamo de uso y ocupación, un lote de terreno de 326.220 m2; por el plazo de 50 años, prorrogables; habiéndose estipulado, en lo principal: Cuarta: "... en el evento de la terminación del contrato por mutuo acuerdo de las

partes, todos los inmuebles en los términos previstos en el artículo 607 del Código Civil pasarían al dominio de la Autoridad Portuaria de Guayaquil (en adelante, APG), sin que esta entidad pública tenga que pagar un precio por los mismos. Los bienes, así como las mejoras voluntarias que puedan ser removidas serán de propiedad de ZOFRAGUA S.A.". Décima: "Restitución.- Por el incumplimiento de cualesquiera de las cláusulas contractuales, APG podrá exigir la restitución inmediata de dicho terreno, aunque no se haya cumplido el plazo del contrato". Décimo tercera: "Jurisdicción y Competencia.- Cualquier discrepancia que no pudiere ser arreglada directamente entre los contratantes, estos resuelven someterla al procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, para el arbitraje de derecho. Los árbitros serán designados de común acuerdo". 2) Que ZOFRAGUA ha entregado a APG, como garantía de fiel cumplimiento de los programas de inversión y ejecución, una póliza de fiel cumplimiento por la suma de USD $350.000,00, equivalente al 5% del total de las inversiones pactadas que alcanzan los USD $7'000.000,00. 3) Que, entre las partes se han suscrito tres adendas, elevadas a escritura pública, los días: i) 13 de diciembre del 2005 en la que se amplía el plazo para la ejecución de las inversiones, hasta el 31 de diciembre del 2006; ii) 11 de enero del 2007, ampliándose el plazo hasta el 31 de diciembre del 2008, en condición de que al 31 de diciembre del 2007 se cumpla con al menos el 50%, de las obras de la primera etapa en la propuesta; y, iii) 21 de enero del 2011, por la que se procede a la restitución a APG de una parte del terreno que se le entregó en comodato. Afirma que, con base del informe de Asesoría Jurídica, requerido por el Gerente de APG, se le concedió nueva ampliación del plazo y, el Directorio de la APG, el 19 de mayo del 2009, autoriza la reprogramación del cronograma de inversiones que debía realizar ZOFRAGUA S.A., por un valor de $11'863.560.88; sin que, sobre este nuevo monto de inversión se haya formalizado la celebración de escritura pública. 4) Que el Directorio de APG mediante Resolución No. PD-012-2012 de 20 de marzo del 2012, con base en informes internos, autoriza al Gerente dar por terminado el contrato suscrito con ZOFRAGUA S.A., afirmando que la comodataria habría incumplido con la obligación relativa al Plan de Inversiones; disponiendo que ZOFRAGUA S.A. restituya, los bienes contemplados en el contrato de Comodato, sus bienes por adherencia, y todas las mejoras incorporadas, en el plazo de 90 días calendario, lo cual viola lo dispuesto en la cláusula Décima del Contrato de Comodato, que dice: "...Por el incumplimiento de cualesquiera de las cláusulas contractuales, APG podrá exigir la restitución inmediata de dicho terreno, aunque no se haya cumplido el plazo del contrato". 5) Asegura la actora, que ha cumplido con las inversiones comprometidas por escritura pública, e incluso las ha superado, llegando a realizar una inversión en activos inmuebles, esto es, edificaciones y obras construidas sobre el terreno recibido de APG en comodato, que ascienden a USD $8'439.077,04, cuando lo comprometido mediante escrituras públicas eran USD $7'000,000,00. 6) Que el objetivo principal del comodato era el desarrollo de actividades de operación y control de la zona franca, de cuya operación ZOFRAGUA, recuperaría las inversiones que debía realizar; conforme establece el literal f) de la cláusula séptima del contrato, que dice: "de manera expresa y por la naturaleza de las operaciones que deberá realizar ZOFRAGUA S.A., en la zona franca, Autoridad Portuaria de Guayaquil autoriza a ZOFRAGUA S.A., para que las edificaciones que se construyan en el lote de terreno así como el inmueble que es entregado en comodato puedan ser arrendados por el plazo y con las condiciones que más le convengan al comodatario, mientras dure el comodato, cláusula que deberá constar en todos los contratos que realice ZOFRAGUA S.A., con terceros". 7) Que, como consecuencia de la ilegal y arbitraria resolución de terminación unilateral del contrato de comodato por parte de la APG, con la que se dispone a la actora, la restitución del terreno materia del comodato, dejando sin efecto el derecho al uso y goce del inmueble; ante lo cual, el Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad, a través del Presidente del Consejo Sectorial de la Producción, dicta la Resolución No. 3 del 25 de abril del 2012, dando por terminada la autorización de concesión, operación y establecimiento de ZOFRAGUA S.A., y así consta en los artículos 1 y 2 de la mencionada Resolución No 3, privándose a ZOFRAGUA S.A., de todos sus derechos adquiridos que consisten en la privación del derecho al uso y goce de los terrenos y la prestación de los servicios concesionados, vulnerando o desconociendo los derechos de la actora con la intención dolosa y manifiesta por parte de la APG

de pretender apropiarse de todas las obras civiles realizadas por ZOFRAGUA S.A. 8) Que tanto el Código Civil, las cláusulas contractuales de Arbitraje y Mediación y la Ley de Contratación Pública, vigentes a la fecha de la celebración de los contratos, son las normas aplicables para su terminación. Que para la terminación unilateral del contrato de comodato celebrado entre APG y ZOFRAGUA S.A., quien la pretendiere tenía que sujetarse al procedimiento establecido en la Ley y con notificación a la otra parte contratista o comodatario en este caso ZOFRAGUA S.A., pudiera ejercer su legítimo derecho a la defensa, al debido proceso y al derecho de contradicción. Considera por tanto, que no es procedente que simples informes, constituyan elementos probatorios para el despropósito de quebrantar la voluntad de ambas partes, expresadas en un contrato bilateral, como en este caso el de comodato celebrado por escritura pública y prevalezca la sola voluntad, sea del Directorio o del Gerente de la Autoridad Portuaria de Guayaquil para darlo por terminado. Que todos los informes, incluyendo el de Gerente de la Autoridad Portuaria de Guayaquil, fueron elaborados clandestinamente, sin que su representada se entere, lo cual le dejó en total indefensión, porque nunca fue notificada sobre las inspecciones, evaluaciones, etc., violando de esta forma, expresas normas legales y constitucionales, que atacan el debido proceso. El procedimiento legal que debió seguirse en todo caso, aplicando la ley de contratación pública vigente a la fecha del contrato, para que haya lugar a una sanción "al contratista" y en el presente caso "al comodatario", se precisa que debió abrirse un expediente o sumario administrativo, más aun tratándose de ejecución de obras civiles (por la inversiones que debía hacer ZOFRAGUA S.A.), y es el fiscalizador quien impone las multas, concede las prórrogas de los plazos e intervienen en la entrega-recepción previa y definitiva de las obras realizadas; y, una vez que el fiscalizador inspeccione y considere que existe algún incumplimiento notificara con la mora en la ejecución de obra físicas al contratista, para que éste explique las razones de su incumplimiento, concluye el accionante. El fiscalizador le otorgará un nuevo plazo para que se cumpla con la obra o se corrijan los errores y de no hacerlo se impondrá la sanción consistente en multa pecuniaria cuando dicha multa sobrepase del 10% del monto del contrato, habría lugar a la terminación unilateral del mismo, así se lo hace antes y sin seguirse este procedimiento, cualquier sanción o resolución es nula, de nulidad absoluta. 9) Que en el presente caso, el fiscalizador debió poner en conocimiento del Gerente o del Directorio de la Autoridad Portuaria de Guayaquil, (artículos 109 y 110 de la Ley de Contratación Pública vigente a la fecha del contrato) cualquier incumplimiento que hipotéticamente hubiera cometida ZOFRAGUA S.A., 10) Que la otra alternativa legal era someterse al Arbitraje y Mediación, sin embargo, esto tampoco se lo ha hecho violando la cláusula 13 del Contrato de Comodato que en forma expresa lo impone; y, que debió tramitarse la recisión del contrato conforme a las normas constantes en el Código Civil y de Procedimiento Civil pero que nada de esto se ha cumplido por parte del Directorio y Gerente de la APG, violaciones que son causales de nulidad de las resoluciones impugnadas. 11) Que APG ha exigido a ZOFRAGUA que cumpla con las inversiones y proyectos de construcción de obras civiles, como así lo ha cumplido con inversiones de USD $8'439.077,04 para obtener el beneficio de uso y goce por 50 años, que era el tiempo de duración del contrato para recuperar sus inversiones, y venía realizando sus operaciones y control de la Zona Franca sin problema alguno y de forma normal, ocurre que, faltando aún 39 años para que se cumpla dicho plazo, el Gerente de la APG "declaró" por terminado el contrato exigiendo la restitución del terreno con todas sus adherencias, apropiándose de todo lo invertido por ZOFRAGUA S.A. y disponiendo además el cobro de la Póliza de fiel cumplimiento que se había entregado en garantía; en base a las resoluciones Nos. PD-012-2012 y G-028-2012 de la APG que declararon ilegal y arbitrariamente la terminación unilateral del contrato de comodato, que son las únicas resoluciones que están siendo impugnadas. Posteriormente, con Resolución No. 3 de 25 de abril del 2012 del Consejo Sectorial de la Producción, se resuelve: "Terminar la autorización de concesión, operación y establecimiento de la empresa ZOFRAGUA S.A., en la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, para la instalación de Empresas Industriales, comerciales, turísticas y de servicios, otorgados mediante Decreto Ejecutivo No. 1955-8, publicado en el Registro Oficial No 439 del 24 de Octubre del 2001, al no subsistir el Título de respaldo para el USO y GOCE de los terrenos en los que funciona la Zona Franca, por la Terminación de! comodato por parte de la

Autoridad Portuaria de Guayaquil. Que el artículo 2 de la mencionada resolución dice: "Se concede a la empresa administradora de la zona franca ZOFRAGUA S.A., para la terminación de sus actividades, así como para la culminación de todos los trámites aduaneros y demás pertinentes respecto de los bienes que hubieren ingresado al amparo del régimen de zona franca, un plazo de 90 días, concomitante al que otorgó Autoridad Portuaria de Guayaquil, para la restitución del bien raíz objeto del comodato". 12) Que la resolución del Consejo Sectorial de la Producción tiene como base las resoluciones impugnadas con lo cual, era inevitable que se le retirara la autorización para operar la zona franca por parte del Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad MIPRO. Que se le ha causado un enorme perjuicio a ZOFRAGUA S.A., por lo que le será imposible recuperar todas sus inversiones realizadas en el terreno que les fue entregado en comodato, que es incuestionable el enorme daño que se le ha causado por parte de la APG, por lo que indica deberá pagarle una indemnización cuantificable, correspondiente en el daño emergente por las inversiones efectuadas en el terreno objeto del contrato de comodato, consistentes en edificios, infraestructura, incluyendo el relleno y compactación del suelo etc., y en el lucro cesante respecto de lo que ZOFRAGUA S.A., dejará de percibir como ingresos y utilidades durante los 39 años que faltaban por completar el plazo de 50 años, así como deberá proceder la devolución de la póliza de fiel cumplimiento por el monto de USD $350.000.00, la cual fue pagada a la APG por Seguros Oriente S.A., el 8 de junio del 2012. 13) Señala que los actos administrativos impugnados, no están debidamente motivadas, conforme lo ordena el Art. 76 literal I) de la Constitución de la República del Ecuador, por lo cual devienen en nulos. 14) La compañía actora fundamenta su acción en los artículos 3; 30; 59; 65 y 129, literales a) y b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado; artículo 155 de la Ley de Contratación Pública; artículos 69 y 122 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva; artículos 11, numeral 9; 66; 75; 76; 82; 312 y 323 de la Constitución de la República del Ecuador; y, en el artículo 685 del Código Civil, que el accionante transcribe. 15) Pretende que en sentencia se: a) Declare la ilegalidad, arbitrariedad y nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución No PD-012-2012, emitida el 20 de marzo del 2012, suscrita por el Dr. Rubén Morán Castro, Presidente del Directorio de la APG y en la Resolución No G-028-2012, emitida el 23 de marzo del 2012 por el abogado Juan Carlos Jairala Reyes, en calidad de Gerente de APG mediante los cuales fueron negados y desconocidos los derechos subjetivos de ZOFRAGUA S.A., invocados en esta demanda. b) Que como consecuencia, se declare que ZOFRAGUA S.A., tiene derecho a la indemnización por los evidentes daños y perjuicios que le han sido ocasionados, debiéndose condenar a APG a pagarle, por los perjuicios causados una cantidad no menor a US$ 8'439.077,04 correspondiente al daño emergente por las inversiones efectuadas por ZOFRAGUA S.A., en el terreno de propiedad de la APG que fuera objeto del contrato de comodato; y, USD $386'115.980,00, por el lucro cesante respecto de lo que ZOFRAGUA S.A., dejará de percibir como ingresos y utilidades durante los 39 años que faltaban por completar el plazo de 50 años del contrato de comodato, tal como reza el modelo económico y las respectivas utilidades proyectadas que ZOFRAGUA S.A., presentó a APG. c) La devolución de los valores referentes a la póliza de fiel cumplimiento del contrato, la cual fuera ejecutada por la entidad demandada, por el monto de USD $350.000.00 d) Que se condene a APG al pago de los honorarios de los abogados que le patrocinan; y, que ZOFRAGUA S.A.; que se reserva el derecho para ejercer cualquier acción civil o penal en contra de la APG o sus representantes y personeros. SEGUNDO: DE LAS CONTESTACIONES A LA DEMANDA Y SUS EXCEPCIONES: 2.1 CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO: La Procuraduría General del Estado, comparece manifestando que APG, decidió terminar el contrato de comodato, que mantenía con ZOFRAGUA desde el 3 de octubre del 2001 para el desarrollo de la zona franca; por "el incumplimiento evidente de la obligación contractual frente a la ejecución del cronograma de inversiones", con base en la autorización dispuesta por el Directorio al Gerente de APG, para notificar a ZOFRAGUA S.A., con la terminación del contrato y dar un plazo de 90 días para que se proceda a la restitución de los activos. Que el contrato original establecía en la Cláusula Cuarta, que en el evento de la terminación del contrato por mutuo

acuerdo de las partes, todos los inmuebles en los términos previstos en el artículo 607 del Código Civil, vigente a la fecha de suscripción del contrato, pasarían a dominio de APG, sin que esta entidad pública tenga que pagar un precio por los mismos. Que en la cláusula Quinta se establece que la garantía que ZOFRAGUA S.A. tenía que otorgar a la APG, consistía en una póliza de fiel cumplimiento de los programas de inversión y ejecución aprobados en ese contrato y que correspondía al cinco por ciento (5%) de la inversión total, de acuerdo al artículo 68 de la codificación de la Ley de Contratación Pública. Que, en la cláusula sexta, quedó claro que el programa detallado en el anexo de la escritura era de 24 meses, contados a partir de la firma del contrato de comodato, en ese plazo se debía elaborar los estudios definitivos, obtener aprobación por parte de los organismos correspondientes y ejecutar la obra, todo lo cual sería de cuenta de la comodataria, estimaba entonces que la inversión no sería menor a siete millones de dólares de los Estados Unidos de América. Que en la Cláusula séptima, letra "a", se estipula: "El Comodante conserva sobre el terreno, objeto del presente contrato, todos los derechos de dominio o propiedad, por lo tanto, ZOFRAGUA no podrá ceder, ni traspasar a ningún título, ni por ningún concepto a favor de terceros, todo o parte del área asignada materia de este contrato, ni las instalaciones que en ellas se levanten". Que la letra "d)" de la misma cláusula se refiere a los informes que acordaron las partes que se tendrían que emitir, y por lo tanto el control al que ZOFRAGUA S.A., aceptó someterse, lo cual deja sin sustento que se han hecho informes ocultos y a sus espaldas, cuando el control permanente y la elaboración de informes fue parte de la contratación. "d) Autoridad Portuaria de Guayaquil se reserva el derecho de verificar si el bien raíz materia de este comodato se ha destinado a los fines antes convenidos y que las edificaciones que se levanten sobre el también sean destinados a tal objeto", condición que se repite en la cláusula décima primera que dice: "Evaluación y Vigilancia. - Autoridad Portuaria de Guayaquil realizará las evaluaciones técnicas y vigilará la ejecución de obras según los planos especificación y cronograma determinados por ZOFRAGUA S.A., aprobados por los organismos competentes". Que la cláusula décima del contrato dice: "Restitución: Por el incumplimiento de cualesquiera de las cláusulas contractuales, APG podrá exigir la restitución inmediata de dicho terreno, aunque no se haya cumplido el plazo del contrato". Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 54, inciso 2do., del Reglamento de Bienes del Sector Público que establece: "Al fin de cada año la institución comodante evaluará el cumplimiento del contrato; y, de no encontrarlo satisfactorio, pedirá la restitución de la cosa prestada, sin perjuicio de ejecutar las garantías otorgadas". Que, el 13 de diciembre del 2005 se suscribe una adenda en el que convinieron que: "el cronograma de inversiones de la zona franca del Guayas detallado en el anexo se cumplirá en 24 meses contados a partir de la firma de este contrato de comodato: Este plazo de veinticuatro meses contempla...", debe decir: "el cronograma de inversiones de la zona franca del Guayas detallado en el anexo, se cumplirá hasta el treinta y uno de diciembre del dos mil seis. Dentro de este plazo se contempla...". El resto de la cláusula sexta y demás cláusulas continúan iguales e inalterables". En una segunda adenda del 11 de enero del 2007, se amplía el plazo de la cláusula sexta, esta vez hasta el 31 de diciembre del 2008, para cumplir con el cronograma de obras que propuso la comodataria, condicionada a que hasta el 31 de diciembre del 2007, se cumpla con al menos el 50% de las obras de la primera etapa en su propuesta de cronograma. Que, el cronograma y el plazo lo ha puesto ZOFRAGUA S.A., es decir, que lo que se ha incumplido son las condiciones que la misma compañía se ha impuesto; y, en un contrato que se ha suscrito con un plazo de dos años para inversiones, las que debieron estar terminadas en octubre del 2003, APG terminó aceptando que dichas inversiones se hayan concluido en un 50% en diciembre del 2007, cuatro años más para cumplir apenas con la mitad del contrato en cuanto a inversiones, y sin inversiones no se podía cumplir con el resto. Que, APG recibió denuncias de otros incumplimientos, de la compañía AMENEGSA, AMERICANA DE NEGOCIOS S.A. que reclamó por los obstáculos de las actividades de la empresa por parte de ZOFRAGUA, también el reclamo del ingeniero Wilmer Quezada L., en su calidad de Gerente General de Negocintersa Negocios Internacionales S.A., mediante el cual comunicó que en el año 2003 la ex comodataria aludida suscribió un contrato de reservación y promesa de arrendamiento con Importadora Créditos Quezada CÍA. Ltda., que luego quedó insubsistente toda vez que, a voluntad de su representada, pagando la cantidad de USD

$97.558,00 por tal contrato, asumió la reserva sin que se haya efectivado alguna vez la contraprestación pactada. Que el Directorio de APG, mediante Resolución PD-012-2012 de fecha 20 de marzo del 2012, autorizó al Gerente General a dar por terminado unilateralmente el contrato de comodato suscrito con ZOFRAGUA S.A., en consideración a los recurrentes incumplimientos. Que en cumplimiento a lo descrito, el Gerente de APG emitió la Resolución No. G-028-2012, el 23 de marzo del 2012, mediante la cual se dispuso a las diferentes Unidades y Departamentos administrativos de APG que se adopten las acciones necesarias para ejecutar lo ordenado por el Directorio de la Entidad. Que la Resolución de terminación unilateral del contrato, en sus considerandos determina los sobrados motivos de orden legal para haber tomado las resoluciones y para haber decidido la terminación unilateral, cuando ya había fenecido la extensión de plazo de la última adenda. 2.2 EXCEPCIONES: Que con los antecedentes expuestos, niega los fundamentos hecho y de derecho de la demanda y presenta sus excepciones en los siguientes términos: 2.2.1.- INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO.- Los informes sobre el desempeño y el cumplimiento del contrato constituyen la mínima actividad que le correspondía a APG para asegurar el cumplimiento del contrato y la efectividad del servicio. Respecto a la posición de la demandante de que no procede que el Directorio y el Gerente hayan tomado la decisión de la forma en que lo hicieron, la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional en su artículo 8 letra f), establece como una de las funciones del Directorio de las Autoridades Portuarias: "f) Autorizar al Gerente la celebración de contratos, inversiones, adquisiciones, estudios y otros actos necesarios para el cumplimiento de los fines de la Entidad, cuyo monto requiere del Concurso de Ofertas, sujetándose a la Ley de Licitaciones y al presupuesto aprobado." Y el artículo 13 de la misma Ley dice respecto al Gerente: "Art.13.- Son funciones y atribuciones del Gerente, dentro de su respectiva jurisdicción, las siguientes: d) Poner en ejecución los acuerdos y resoluciones de los Directorios correspondiente". 2.2.2 EXISTENCIA DE VIOLACIONES CONTRACTUALES CONCRETAS Y GRAVES POR PARTE DE LA CONCESIONARIA: APG ha recibido denuncias que evidencian el mal manejo de la concesionaria, y facturas que evidencian la imposibilidad de que exista un equilibrio económico que pueda de alguna manera garantizar el servicio o las inversiones prometidas. Adicionalmente en el último adendum del contrato se aceptó el cronograma propuesto por la comodataria y será demostrado en este juicio que no fue cumplido ni cercanamente. 2.2.3 IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA, por el fondo, por la forma, y por falta de causa. No procede la presentación de una demanda con una pretensión que no corresponde al derecho, los contratos deben cumplirse y las consecuencias del incumplimiento es que se terminen, si las inversiones de ZOFRAGUA se justificaban solo por el plazo del contrato de 50 años, debió con mayor razón cuidar su inversión cumpliendo el cronograma que la misma compañía presentó, la falta de cumplimiento denota falta de seriedad inclusive en sus cálculos económicos, al prolongarse en el tiempo el cumplimiento de las inversiones, también se retrasa la recuperación. 2.2.4 PLENA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. -Todas las autoridades involucradas en el caso son competentes para tomar las Resoluciones que hoy se impugnan, cumplieron su deber de investigar y de ejercer la potestad del Estado en cuanto a controlar los bienes públicos y proteger los intereses del Estado y lo hicieron cumpliendo las formalidades legales. 2.2.5 FALTA DE DERECHO DE LA ACTORA.- Porque no se le ha violado ni se le ha desconocido o no reconocido ningún derecho, no existe un procedimiento de sumario administrativo tratándose de contratación pública, por lo tanto no tiene razón la demandante al afirmar que se debió abrir un expediente, los contratos cuando se trata de ejecución de obras como dice la demanda, se terminan por incumplimiento y el procedimiento es el que se ha seguido en el presente caso con la notificación al comodatario, pero cabe aclarar que el presente no es un caso de contratación de obra, se trata de un comodato que no es similar siquiera al contrato de obra, y cuyo monto de incumplimiento había ya sobrepasado largamente las garantías que tenia de único respaldo la. Autoridad Portuaria de Guayaquil. 2.2.6 LEGITIMIDAD DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA. Por provenir de autoridad competente, estar debidamente motivada, en razón de que en ella se expresan los argumentos fácticos y jurídicos para imponer la sanción que no fue otra cosa que reclamar y recuperar en algo el perjuicio causado por el incumplimiento. En todo caso, es obvio para la demanda que

ZOFRAGUA no tiene claro cómo debió terminarse la contratación, ora por la Ley de Contratación Pública, o por las reglas del Código Civil con la rescisión del contrato, para lo cual se hubiera requerido buscar mutuo acuerdo con un contratista incumplido, o por arbitraje para decidir desacuerdos inexistentes, puesto que como se verá más adelante en el proceso, el incumplimiento es un hecho sobre lo que no caben desacuerdos, el Estado debe ejercer su potestad sancionadora, ante un incumplimiento tan evidente, sobre el que no se puede argumentar que constituye un desacuerdo sobre interpretación del contrato. 2.3 CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES DE AUTORIDAD PORTUARIA DE GUAYAQUIL: 2.3.1 Al contestar la demanda Autoridad Portuaria de Guayaquil (APG), señala que niegan, pura y simplemente, todos los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda propuesta por ZOFRAGUA S.A., contra APG. Que existe ilegitimidad de personería y falta de citación de la demandada, dado que APG no fue citada en la interpuesta persona de su Gerente, sino a través de su Directorio. Que, el 3 de octubre del 2001, APG y ZOFRAGUA S.A., suscribieron ante el Notario Duodécimo del Cantón Guayaquil, un contrato de comodato cuyo objeto era el préstamo de uso y ocupación de un área de 326.220 m², de propiedad de Autoridad Portuaria de Guayaquil a favor de ZOFRAGUA S.A., por un plazo de 50 años prorrogables, en cuya clausula sexta, referente al "Programa de Inversión y Ejecución", se contemplaba la obligación por parte de la comodataria de cumplir con el cronograma de inversiones de la Zona Franca del Guayas en el plazo de 24 meses contados a partir de la firma del contrato; siendo el monto de las inversiones a realizar no menor a siete millones de dólares, a esa fecha. Que dicho contrato de comodato ha sido objeto de tres modificaciones, instrumentadas por adendas otorgadas por escritura pública, previa aprobación por parte del Directorio de APG, mediante Resolución No PD-144-2005 de 16 de noviembre del 2005, APG y la compañía ZOFRAGUA S.A.: a) el 13 de diciembre del 2005, cuyo objeto ha sido la ampliación del plazo previsto en la cláusula sexta del contrato principal, b) el 11 de enero de 2007, ampliando el plazo hasta el 31 de diciembre del 2008, condicionado a que hasta que el 31 de diciembre de 2007, se cumpla con al menos el 50% de las obras de la primera etapa en su propuesta de cronograma", y, el incremento en las inversiones que debía efectuar ZOFRAGUA S.A., pasando de los iniciales 7 millones de dólares de los Estados Unidos de América, a una suma superior a los 11 millones ochocientos mil dólares, y, c) el 21 de enero de 2011, restituyendo a Autoridad Portuaria de Guayaquil una parte del área de terreno entregada en comodato. Que la supuesta clausula arbitral establece un procedimiento de arbitraje en derecho, pero no señala ni la ciudad ni el centro de arbitraje donde seria administrado dicho procedimiento, la que en virtud de lo diminuto de la cláusula compromisoria es imposible jurídicamente su aplicación o ejecución. A más de que como dispone el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se ha producido una renuncia al supuesto convenio arbitral por haber comparecido ante órgano judicial, por lo que mal podría reclamar ahora su aplicación. Que en cuanto al monto que la actora debía invertir, USD $11.863.560.88 y no USD $7.000.000 como señala ZOFRAGUA S.A., ya que este fue el monto originalmente pactado, que luego fue incrementado con las dos primeras adendas que modificaron el cronograma de inversiones Que respecto de la "unilateral" decisión de terminar el contrato, el Código Civil, en su artículo 2080, que se entiende incorporado al contrato se establece que: "art. 2080.- El comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase. En el caso de contravención, podrá el comodante exigir la indemnización de todo perjuicio y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo". Que el Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, norma jurídica vigente al tiempo de celebración del contrato de comodato entre APG y ZOFRAGUA S.A., en su artículo 63, inciso tercero, señala: "Al fin de cada año, la institución comodante evaluará el cumplimiento del contrato, y, de no encontrarlo satisfactorio, pedirá la restitución de la cosa prestada sin perjuicio de ejecutar las garantías otorgadas. La entidad comodante está obligada a incluir estipulaciones expresas que establezcan las condiciones determinadas en el inciso precedente". Que en la cláusula décima del contrato de comodato, a su vez, se establece la facultad del comodante de exigir la restitución inmediata del terreno dado en comodato por causa del incumplimiento de cualquiera de las cláusulas contractuales por parte de la comodataria, aunque no se hubiere cumplido el

plazo del contrato. Que en dicha cláusula décima se reitera además lo señalado por el Reglamento antes citado, esto es, que la institución comodante evaluará el cumplimiento del contrato y de no encontrarlo satisfactorio, pedirá la restitución de la cosa sin perjuicio de ejecutar las garantías otorgadas. Que en virtud de que, por la naturaleza del contrato, el comodato beneficia al comodatario, de no cumplir éste, a satisfacción del comodante, el fin para el que se celebró el contrato, está en la obligación jurídica no solo de restituir el bien que recibió en comodato, sino también de indemnizar al comodante por los perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento. Que no existe norma que conceda al comodatario la facultad de exigir al comodante que discuta con él lo relacionado con el cumplimiento del contrato. Que no es cierto que ZOFRAGUA S.A., no conocía que existían verificaciones, evaluaciones, informes, etc., no sólo de APG, sino de varias instituciones del Estado, entre las que se hallan la DINAC y la Contraloría General del Estado. Que el Coordinador de Control de las Concesionarias de la APG con memorando No APG-UCG 2011-000369-M del 28 de diciembre del 2011, ha presentado a la Gerencia de APG un informe sobre el cumplimiento del cronograma de inversiones por parte de ZOFRAGUA S.A., en el que se señalan las siguientes conclusiones: Que la comodataria no ha dado cumplimiento al cronograma de inversiones aprobado por la entidad referente a las cantidades reales ejecutadas de los rubros para el año 2011. Que la información remitida a la entidad como soporte de las inversiones ejecutadas, no refleja valores reales de inversiones que fueron aprobadas por la entidad, sino más bien valores de facturas concernientes a otras actividades. Que la jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica de APG mediante memorando No APG-UAJ-2012-M de 23 de febrero de 2012 ha presentado un informe respecto de la situación legal del contrato de comodato suscrito el 3 de octubre de 2001 entre APG y ZOFRAGUA S.A., por el que recomienda a la Gerencia, "dar por terminado el contrato de comodato celebrado con la compañía ZOFRAGUA S.A., y solicitar la restitución de dichos terrenos a favor de la APG, para lo cual se deberá contar con la respectiva autorización del Directorio de la entidad mediante Resolución pertinente". Que la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros mediante Oficio MIDUVI-DINAC-MRS-2012-No 235 de 28 de febrero de 2012, luego de la inspección y peritaje realizados, ha presentado el informe técnico de peritaje de las obras realizadas hasta el 10 de febrero del 2012, en los predios que fueron cedidos en comodato a ZOFRAGUA S.A. Que en dicho informe se ha determinado que el valor por concepto de las obras realizadas ascendía a USD $4.793.769,42. Que el Coordinador de Control de las Concesionarias mediante memorando APG-UCG-2012-000086 M de 6 marzo de 2012 ha presentado para revisión y análisis de la Institución el informe respecto del peritaje elaborado por la DINAC a las inversiones realizadas por ZOFRAGUA S.A., en el que se concluye y recomienda lo siguiente: "Conclusiones: Los rubros que han sido considerados en el peritaje realizado por la DINAC ascienden a USD $4.793.769,42 dólares americanos.- Es importante señalar que la brecha existente es de USD $7.069.791,40 dólares americanos, lo que origina un cumplimiento del 40.4% de las inversiones establecidas inicialmente en el comodato Autoridad Portuaria de Guayaquil - ZOFRAGUA. - El cumplimiento de los rubros que debía ejecutar en el 2011 es del 4%. Recomendaciones: Exigir a la comodataria ZOFRAGUA S.A., la restitución inmediata de los terrenos entregados en comodato por no haber cumplido por segundo año consecutivo las inversiones comprometidas en el cronograma de obra aprobado por la entidad". Que la Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica ha presentado con memorando No APG-UAJ-2012-000303-M de 16 de marzo de 2012, un informe ampliatorio al inicial (memorando N° APG-UAJ-2012-00210-M de 23 de febrero de 2012), en el que hace constar como recomendación lo siguiente: "Esta Unidad es del criterio que la causal de incumplimiento expuesta es suficiente para que la Gerencia considere, el dar por terminado el contrato de comodato celebrado con la compañía ZOFRAGUA S.A. y solicitar la restitución de dichos terrenos a favor de APG, para lo cual deberá contar con la respectiva autorización del Directorio de la entidad mediante Resolución pertinente". Que no solo APG, sino también la Contraloría General del Estado y la DINAC han concluido que ZOFRAGUA S.A., ha incumplido con el contrato de comodato celebrado con APG por no haber realizado las inversiones a que estaba obligada, en el tiempo pactado. Que dado el incumplimiento contractual de ZOFRAGUA S.A., y por la restitución que hizo del inmueble entregado en comodato, le fue

revocada la concesión de operación y establecimiento de empresas industriales, comerciales, turísticas y de servicios en zona franca, por parte del Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad. ACEPTA EL DAÑO Que APG no tiene obligación jurídica de responder por aquella revocatoria, peor aun cuando ha sido causada por la propia ZOFRAGUA S.A. Que la competencia legal del Gerente debía ejercerse previa aprobación del Directorio, tal como en efecto ha sucedido, ya que el Directorio de APG, mediante Resolución N° PD-012-2012, autorizó al Gerente de la APG para que dé por terminado el contrato de comodato suscrito el 3 de octubre del 2001 con ZOFRAGUA S.A.; y, en consecuencia, el Gerente de APG ha dictado la Resolución N° G-028-2012, del 23 de marzo de 2012, con la que se dio por terminado el contrato antes referido. Que en sesión celebrada el 20 de marzo de 2012, el Directorio mediante Resolución N° PD-012-2012, autorizó al Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil para dar por terminado el contrato de comodato suscrito el 3 de octubre del 2001 entre Autoridad Portuaria de Guayaquil y la compañía ZOFRAGUA S.A., y, consecuentemente, sus respectivas adendas modificatorias, y solicitar la restitución de los bienes contemplados en el contrato de comodato y sus bienes por adherencia. Que la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado referente a las atribuciones de quienes tienen a su cargo la dirección de estudios y de los procesos de contratación y de ejecución, dispone en su artículo 54: "aquellos a quienes correspondan las funciones de supervisión, control, calificación o dirección de la ejecución de los contratos, serán responsables de tomar todas las medidas necesarias para que sean ejecutadas con estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales, los programas, costos y plazos previstos y que la Contraloría General del Estado establecerá las responsabilidades a que hubiere lugar en esta materia". Que mediante memorando N° APG-P-2012-000015-M de 23 de marzo de 2012, el Presidente del Directorio ha notificado a la Gerencia de la APG la resolución N° PD-012-2012 adoptada por ese cuerpo colegiado en sesión celebrada el 20 de marzo de 2012, en cuyo artículo segundo se autoriza al Gerente de APG para dar por terminado el contrato de Comodato suscrito el 3 de octubre de 2001, entre APG y la compañía ZOFRAGUA S.A. Que mediante resolución No. G-028-2012, del 23 de marzo de 2012 (anexo 15), el Gerente de APG resuelve: "dar por terminado el contrato de comodato suscrito el 3 de octubre del 2001 entre Autoridad Portuaria de Guayaquil y la compañía ZOFRAGUA S.A., y, consecuentemente, sus respectivos Addéndums modificatorios, debiendo ZOFRAGUA S.A. proceder con la restitución de los bienes contemplados en el contrato de comodato, sus bienes por adherencia y sus mejoras. Para este efecto, y para el cierre completo de sus operaciones, se le concede el plazo de 90 días calendario, contados a partir de la notificación a la comodataria de la presente Resolución de Terminación del Contrato de Comodato". Que en cuanto al debido proceso, Zofragua S.A. jamás inició reclamo administrativo alguno ante la APG, sino que procedió directamente con la demanda que ha dado origen al presente juicio, donde está ejerciendo su derecho constitucional a acudir ante los jueces a reclamar aquello a lo que cree tener derecho, pese a estar equivocada. Que con respecto a la alegada falta de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cabe recordarle a la actora que dicha ley no es aplicable al presente caso, debido que el comodato celebrado con APG no es un contrato de servicios, ni de compras de bienes ni un contrato de obra -como ahora sin vergüenza alguna pretende hacer creer la actora- y que los fundamentos para la contratación de comodato fueron: el Código Civil y el Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes de! Sector Público. Por tanto, no cabe reclamo alguno sobre procedimientos contemplados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni sobre supuestos sumarios administrativos que dizque debieron haberse iniciado, ni sobre otros procedimientos especiales distintos a los aplicados por AGP en este caso. Que, contrariamente a lo que manifiesta Zofragua S.A., quién ha sufrido daños y perjuicios por el incumplimiento contractual en que incurrió dicha compañía ha sido la Autoridad Portuaria de Guayaquil. De hecho, de haberse cumplido el cronograma de inversiones, Zofragua S.A. habría dejado a favor de APG la suma aproximada de 24.8 millones de dólares. Sin embargo, no solo que la actora no ha dejado una inversión como la antedicha, sino que, por el contrario, luego de la terminación del contrato, ha dejado obligaciones pendientes de pago por concepto de agua potable y energía eléctrica respecto del bien inmueble dado en comodato-por- sumas que ascienden a más de

USD $11,000, en agua potable y USD $2,895.46, en energía eléctrica. Que sobre las mejoras que quedaron a favor de APG, no pueden ser consideradas un daño causado a Zofragua S.A., ya que la intención de los contratantes era que al finalizar el contrato, todas las inversiones hechas por la comodataria, quedarán en beneficio de Autoridad Portuaria de Guayaquil. Si el contrato no duró el plazo inicialmente pactado fue por causa del incumplimiento de Zofragua S.A. y dado que la intención de las partes era que las inversiones quedaran en beneficio de APG, ésta requirió a la actora la devolución del inmueble entregado en comodato, con las pocas mejoras realizadas. Cabe resaltar que la actora estaba facultada a retirar aquellas mejoras que al ser removidas no ocasionaran detrimento al bien restituido, por lo que no tiene derecho a reclamar por los bienes que quedaron en beneficio del predio por "adherencia" de conformidad con la ley, ya que de haberse pretendido remover dichos bienes adheridos, se habrían causado detrimentos al bien dado en comodato y, por tanto, mayores perjuicios a APG. 2.3.2 EXCEPCIONES La APG opone las siguientes excepciones: Que sin perjuicio de la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, que han realizado a través del presente escrito, y considerando todo lo expuesto en él, alegan las siguientes excepciones: a.- Falta de legitimo contradictor, b.- Falta de citación de la demanda a quien legalmente representa a la demandada; c.- Nulidad del proceso por falta de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios, en especial las anteriormente señaladas; d. En subsidio, alegan la improcedencia de la demanda y falta de derecho de la actora para reclamar la nulidad de las resoluciones impugnadas, por ser estas absolutamente apegadas a derecho; y, e. Así mismo, en subsidio, alegan falta de derecho de la actora para reclamar daños y perjuicios. Pretensión concreta. - Con todo lo expuesto, solicitan que se acoja las excepciones propuestas y se declare la nulidad del presente juicio por las causas anotadas, o, en subsidio, que en sentencia, se declare total y absolutamente improcedente, además de maliciosa y temeraria, la demanda propuesta por ZOFRAGUA S.A., condenándola al pago de las costas procesales y honorarios de mis patrocinadores. TERCERO.- RECONVENCIÓN: 3.1 La reconvención ha sido presenta por Autoridad Portuaria de Guayaquil; en la cual se hace referencia al contrato de comodato celebrado entre la actora y APG, así como sus 3 contratos de modificatorios; haciendo un recuento de las Resoluciones con las que se da por terminado el mismo. Menciona que según informe elaborado por el economista Marlon Maya Orellana, funcionario de la Unidad de Control de Gestión de APG, si la comodataria hubiera cumplido con el contrato de comodato, en el plazo establecido en él (50 años), le habría correspondido a APG un valor aproximado de 24.8 millones de dólares al vencimiento del mismo, ya que la intención de las partes era que la inversión efectuada por la comodataria quedara en beneficio de la comodante al finalizar el contrato, valor que indica fue el que APG se ha visto perjudicado por concepto de lucro cesante, además de otros gastos en los que APG ha debido incurrir por el incumplimiento del contrato por parte de Zofragua. En razón de lo indicado, solicita que se ordene en sentencia que ZOFRAGUA S.A., pague a APG una suma no inferior a US$25.000.000, por concepto de daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante), además de los intereses respectivos, honorarios profesionales de los patrocinadores y las costas procesales en que se incurra. 3.2 CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN Zofragua S.A., rechaza la reconvención formulada indicando dentro de este proceso no cabe la reconvención al momento de la contestación por parte de la administración pública demandada. Niega los fundamentos de hecho y de derecho. Que no es verdad que luego de los tres Addendums que se efectuaron a la mencionada escritura pública, ZOFRAGUA S.A. haya quedado obligada a realizar inversiones por lo menos de USD $11'863.560,88, siendo la cifra a la cual se obligó a realizar inversiones la de USD $7'000.000. Con Oficio No. APG-G-2012-000317-0, suscrito por el Gerente de APG, ZOFRAGUA S.A., sorpresivamente fue notificada con la Resolución No. G-028-2012, de 23 de marzo del 2012, dictada por el Gerente de APG de lo que se infiere inequívocamente, que fue el Gerente de la APG quien declara de forma unilateral dar por terminado el contrato de comodato, basado en informes clandestinos e internos realizados por sus subalternos, sin nunca jamás haber hecho conocer de aquello a su representada para que pueda ejercer los descargos y su derecho a la defensa, actuando ilegalmente y sin competencia. Que las inversiones de ZOFRAGUA S.A. se justificaban siempre y cuando el Comodato durara los 50 años pactados de buena fe, para así poder

recuperarlas o devengarlas, lo cual no ocurre al haber la Autoridad Portuaria de Guayaquil declarado de forma unilateral dar por terminado el contrato de comodato entre APG y ZOFRAGUA S.A., por lo que se torna improcedente, ilógico e impresentable la reconvención planteada por la Autoridad Portuaria de Guayaquil respecto a los perjuicios que alega ha sufrido por aproximadamente USD $24'800.000,00 por lucro cesante. Formula las siguientes excepciones: 1. Falta de competencia de los Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, para tratar una controversia derivada de relaciones de comodato de un inmueble en el perímetro urbano, según lo establecido en el Art. 243 del Código Orgánico de la Función Judicial. 2. Improcedencia de la reconvención dentro de este trámite de naturaleza administrativa en virtud de que dentro de este proceso no cabe la reconvención al momento de la contestación por la parte de la administración pública demandada, al ser incompatible con los principios de este proceso administrativo, no existiendo, por ende, una norma procesal que la establezca como procedente para procesos de esta naturaleza, no siendo el Código de Procedimiento Civil un cuerpo legal que modifique el trámite contencioso administrativo previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al tratarse de normas de procedimiento que son de orden público. 3. Falta de derecho de la Autoridad Portuaria de Guayaquil para exigirle a su representada ZOFRAGUA S.A., los supuestos perjuicios que alega ha sufrido por aproximadamente USD $24'800.000,00 por lucro cesante ya que siendo la APG la que terminó unilateralmente el contrato a su representada cómo pretende que ésta continuara efectuando las inversiones durante el tiempo restante que ya no iba a tener en comodato el lote de terreno materia del contrato. 4. Negativa simple de las acusaciones efectuadas en contra de su representada en la reconvención y específicamente de las partes a las que ha hecho referencia en los fundamentos de hecho y de forma total los fundamentos de derecho que han invocado los demandados para sustentar su improcedente reconvención CUARTO: PARTE CONSIDERATIVA Y MOTIVA: 4.1 Competencia: La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, integrada como ha quedado establecido; es competente para resolver esta causa, expidiendo la sentencia de mérito que corresponda, en razón de que, en sentencia expedida el 12 de noviembre de 2018, las 13h02, por esta misma Sala ha aceptado el recurso de casación presentado por la empresa ZOFRAGUA S.A. en contra de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil el 2 de abril de 2015; razón por la que corresponde aplicar la disposición contenida en el artículo 16 de la Ley de Casación que en la parte pertinente ordena: Art. 16. SENTENCIA.- Si la Corte Suprema de Justicia encuentra procedente el recurso, casará la sentencia o auto de que se trate y expedirá el que en su lugar correspondiere, y por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto. Igualmente lo es, por el sorteo realizado; en razón de lo que ha ordenado la Corte Constitucional en sentencia No. 476-19-E/21 de 15 de diciembre de 2021, correspondiente al caso No. 476-19-EP, por la que aceptó la acción extraordinaria de protección propuesta por APG y, declaró que la sentencia de mayoría expedida por esta Sala el 12 de noviembre de 2018 ha vulnerado el derecho al debido proceso, en las garantías de motivación y defensa de la Autoridad Portuaria de Guayaquil; disponiendo como medidas de reparación: a. Deja sin efecto la sentencia recurrida "exclusivamente, respecto del pronunciamiento realizado en la sección 3.7.5, de la sentencia impugnada por incumplir con la suficiencia de la motivación". b. Ordena que una nueva conformación de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, "emita una sentencia de mérito teniendo en cuenta los estándares de suficiencia expuestos en esta decisión, y con base a lo resuelto en el análisis de casación realizado en la sentencia impugnada". 4.2 DECISIÓN RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES OPUESTAS: 4.2.1 SOBRE LAS PROPUESTAS POR LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO: 4.2.1.1 Sobre la negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, debe señalarse que ésta, tiene como propósito trasladar la carga de la prueba a la parte actora del proceso judicial; la cual, en el presente juicio es su obligación jurídica, en razón de que el recurso propuesto es el de jurisdicción contencioso administrativa por el cual se impugnan actos administrativos que el demandante, los estima vulneradores de sus derechos subjetivos. 4.2.1.2 Sobre la excepción de inexistencia de violación al debido proceso, por tratarse de una oposición que se relaciona con el fondo mismo de la controversia,

deberá ser tratada de manera conjunta con otras excepciones 4.2.1.3 Sobre la excepción de existencia de violaciones contractuales concretas y graves por parte de la concesionaria, en razón de que la APG ha recibido denuncias que evidencian el mal manejo de la concesionaria, y facturas que evidencian la imposibilidad de que exista un equilibrio económico que pueda de alguna manera garantizar el servicio o las inversiones prometidas; la Sala debe dejar claramente establecido que el presente proceso judicial es de aquellos denominados de control jurisdiccional de la legalidad; por consecuencia, su propósito es determinar si el, o los actos administrativos impugnados, han sido expedidos con sujeción al ordenamiento jurídico que corresponde a esta materia; por lo que en el examen de fondo será posible, determinar la pertinencia o no, de esta excepción. 4.2.1.4 Respecto de la improcedencia de la demanda, por el fondo, por la forma, y por falta de causa; aunque no determina ni el fondo, la forma, ni la causal que haría improcedente; elemento suficiente para desestimar la excepción; ha de establecerse que solo luego del análisis de los hechos y el derecho será procedente determinar si la demanda es o no procedente. 4.2.1.5 Respecto de la excepción relativa a la plena legalidad de los actos administrativos; debe tenerse presente que este proceso judicial contiene un recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo; por el cual se ataca precisamente la presunción de legalidad que recubre toda decisión pública y, sustancialmente, los actos administrativos; consecuentemente, es al accionante al que le corresponde destruir esta presunción de derecho; por consiguiente la excepción así opuesta, estaría partiendo inopinadamente de la que la legalidad del acto administrativo debe ser probada por quien lo afirma como excepción; hecho inaceptable, por lo que se desestima la excepción. 4.2.1.6 Sobre la excepción de falta de derecho de la actora, porque no se le ha violado ni se le ha desconocido o no reconocido ningún derecho, debe decirse que el derecho a oponerse a las decisiones de la Administración, por vía judicial está consagrado en el artículo 173 de la Constitución de la República; así como en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; razón que conduce a negar la excepción por improcedente. 4.2.1.7 Respecto de la alegada legitimidad de la resolución administrativa impugnada, ha de estarse a la desestimación que ha merecido la excepción de plena legalidad decidida en el considerando 2.2.1.5 de esta sentencia. No obstante, solo el análisis relativo al fondo del caso, permitirá determinar si existen o no, elementos que puedan conducir a establecer la existencia o inexistencia de violaciones jurídicas del o los actos administrativos recurridos. 4.2.2 SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR AUTORIDAD PORTUARIA DE GUAYAQUIL: 4.2.2.1 Se ha dejado establecido que la negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda propuesta por ZOFRAGUA S.A., tienen solo el propósito de trasladar la carga de la prueba a la parte actora, la cual tiene esa obligación por la presunción de legalidad que recubre a todo acto administrativo. 4.2.2.2 Respecto de la excepcionada existencia ilegitimidad de personería y falta de citación de la demandada, dado que APG no fue citada en la interpuesta persona de su Gerente, sino a través de su Directorio; debe dejarse claramente establecido que la demanda ha sido contestada tanto por el Presidente del Directorio de la APG como de su Gerente; además, por la Procuraduría General del Estado; consecuentemente, en el proceso se encuentra debidamente legitimada la intervención de Autoridad Portuaria de Guayaquil; entidad que ha ejercido su derecho de defensa, sin obstáculo alguno, por medio de su personero legal y del representante judicial del Estado; razones por la cuales se desestima la excepción por improcedente. 4.2.2.3 Sobre la falta de legítimo contradictor, es una excepción improcedente, por cuanto la demandada no expone el fundamento de hecho ni el de derecho que explique la razón de su oposición; lo cual es suficiente para desestimarla; tanto más cuanto que, es evidente que las partes que controvierten en este proceso judicial, tienen una relación contractual, de la cual devienen los actos administrativos recurridos expedidos por la parte demandada e impugnados por la parte actora. 4.2.2.4 La falta de citación de la demanda a quien legalmente representa a la demandada; es una excepción impertinente en la causa; puesto que, aun en el supuesto de que se hubiere producido este defecto procesal, si se considera que la citación es una diligencia procesal por la cual se da aviso al demandado para que comparezca a ejercer su derecho a la defensa; es claro que, en la presente causa, la comparecencia al juicio de APG, se ha producido por cuanto la demanda ha sido contestada tanto por el Presidente del Directorio de la APG como de su Gerente;

además, por la Procuraduría General del Estado, conforme se ha dejado establecido en el considerando 2.2.2.2 de esta sentencia; por lo que se niega esta excepción. 4.2.2.5 Respecto de la excepcionada nulidad del proceso por falta de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios; esta es improcedente, es razón de que no se establece a qué solemnidad sustancial se hace referencia ni qué norma legal la regula; sin que sea obligación judicial, de oficio, establecerlas, ya que los procesos se tramitan a iniciativa de parte sujetos al principio dispositivo; en tal razón se la desestima la excepción. 4.2.2.6 Alega, en subsidio, la improcedencia de la demanda y falta de derecho de la actora para reclamar la nulidad de las resoluciones impugnadas, por ser estas absolutamente apegadas a derecho; excepciones que han sido referidas en los considerandos anteriores que el derecho a demandar que tienen los administrados está contemplado en el artículo 173 de la Constitución de la República y en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que no es procedente la alegada falta de derecho; y, en cuanto a la validez legal de los actos administrativos, es materia que solo puede ser decidida luego del control de la legalidad de las actividades públicas que han sido impugnadas; por lo que la excepción se la desestima. 4.2.2.7 En subsidio, no sustenta a que se refiere su excepción de falta de derecho de la actora para reclamar daños y perjuicios; aspecto al que nos hemos referido al decidir las excepciones precedentes; de modo que, solo del estudio de mérito que se haga sobre la materia controvertida, será posible determinar la procedencia o improcedencia de la demanda y, particularmente, respecto de los daños y perjuicios reclamados. 4.2.2.8 Con relación a la alegación de que la cláusula arbitral prevista en el contrato, la cual "no señala ni la ciudad ni el centro de arbitraje donde seria administrado dicho procedimiento, la que en virtud de lo diminuto de la cláusula compromisoria es imposible jurídicamente su aplicación o ejecución. A más de que como dispone el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se ha producido una renuncia al supuesto convenio arbitral por haber comparecido ante órgano judicial, por lo que mal podría reclamar ahora su aplicación". Si bien esta alegación no se encuentra incorporada como excepción, es necesario señalar que de los recaudos procesales y de las afirmaciones de las partes procesales, es claro que dicha cláusula no ha sido aplicada por ninguna de las dos partes, ya que no obra del proceso información documental alguna que permita establecer la existencia de requerimiento para que esta opere; más bien, las actividades de las partes permiten determinar su impertinencia, por ser incompleta y de ninguna utilidad para ellas; las cuales no han solicitado siquiera que el caso sea remitido a algún centro de arbitraje. Cláusula arbitral que claramente es de aquellas a las que la doctrina las define como patológicas, es decir aquellas que por ser incompletas, contradictorias, carecen de valor jurídico. En este contexto, debe reiterarse que la APG, al expedir las resoluciones impugnadas y Zofragua S.A., al haber presentado la demanda impugnatoria en contra de aquellas, han expresado recíprocamente la irrelevancia de esa cláusula arbitral en el conflicto judicial que mantienen, tanto más que, como se reitera, es una cláusula incompleta y de ninguna utilidad. En tal razón se desestima esta excepción. 4.3.3 PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA RECONVENCIÓN: 4.3.1 La Sala debe reiterar que el presente proceso judicial contiene un recurso subjetivo o de plena jurisdicción; el cual, conforme al artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se refiere a: "Art. 3.- El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo. El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata(…)" A tono con lo dicho, es de toda evidencia para la Sala que el recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo, es un medio tutelar de la legalidad de los derechos de las personas frente a los actos administrativos que provengan de los órganos públicos, que lesionen los derechos de quienes los impugnan por vía judicial; es un medio orientado a determinar si el obrar público está sujeto o no a derecho; se dirige entonces a que los órganos encargados del ejercicio de esta jurisdicción, controlen la legalidad de aquellas decisiones que se interpelan, con el propósito de que, en caso de ser procedente la demanda, se reconozca su ilegalidad y se restablezca el derecho que ha sido negado, desconocido o no reconocido por el acto administrativo materia de la impugnación. Ese solo es su propósito; por consiguiente, la Ley que se ha citado, al contemplar el procedimiento propio de esta clase de asuntos no contempla, ni lo podía hacer, a la reconvención,

como medio del que pueda valerse la Administración demandada, para contrademandar su alegación de validez del acto administrativo y, lograr como efecto pago indemnizatorio alguno. Estos elementos permiten entender, que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fue una ley especialísima, que estructuró en su justo sentido, la tarea y atribuciones de los Tribunales Distritales de esa materia y del desaparecido Tribunal de lo Contencioso Administrativo que tuvo jurisdicción nacional; los cuales fueron unánimes en determinar que en esta clase de "recurso contencioso administrativo", no cabe la reconvención, en razón de que en estas acciones se impugna la legalidad de los actos administrativos de los que se recurre, de modo que la obligación del accionante consiste en destruir la presunción de legalidad del acto que se reprocha. Por la presunción de legalidad que recubre a la decisión administrativa atacada, a la Administración no le corresponde probar esa legalidad que se la presume y tiene efecto ius tantum. Por manera que reconvenir, parte de la idea de la existencia de elementos reclamatorios recíprocos de orden bilateral, ausentes en la unilateralidad propia del acto administrativo que se impugna por vía subjetiva o de plena jurisdicción; de modo que de ahí deriva la falta de derecho de la entidad demandada para presentar una reconvención o contrademanda y, desde luego, la incompetencia de estos órganos jurisdiccionales para tramitarlas; es por este extremo improcedente la reconvención. No está por demás reiterar que la actividad contencioso administrativa, está orientada a garantizar el derecho de las personas a oponerse a las decisiones de la Administración pública que sean contrarias a sus derechos subjetivos o a sus intereses legítimos. En el caso, como ya se ha determinado, la causa corresponde al recurso subjetivo o de plena jurisdicción; proceso en el cual solo es factible estudiar y pronunciarse exclusivamente respecto de la legalidad o sus potenciales defectos y, de existir estos restituir el rigor de aquellos derechos o intereses negados, desconocidos o no reconocidos por el acto o resolución administrativa materia de la impugnación; en este contexto, la reconvención, en caso de aceptarse la idea de su pertinencia en esta clase de recursos jurisdiccionales de control, solo tendría como propósito aducir la legalidad de las actuaciones administrativas impugnadas; lo cual carece de todo sentido jurídico procesal. QUINTO. ANÁLISIS Y MOTIVACIÓN: 5.1 Actos administrativos impugnados: La accionante, es su libelo inicial, impugna los siguientes actos administrativos: Resolución No PD-012-2012, emitida el 20 de marzo del 2012, suscrita por el Presidente del Directorio de la APG; y, la Resolución No G-028-2012, emitida el 23 de marzo del 2012 por el Gerente de APG; los cuales se refieren a: 5.1.1 La Resolución No PD-012-2012, emitida el 20 de marzo del 2012, por el Presidente del Directorio de la APG (fs.176 a 186); según consta certificada por el Secretario del Directorio de Autoridad Portuaria y, por la Notaria Suplente Vigésima Sexta del cantón Guayaquil; resolución que ha sido notificada a la Gerente General de Zofragua S.A., mediante oficio GG-4828-2012 de 8 de junio de 2012, recibido el 13 de junio de 2012. La parte decisoria de tal Resolución, que ha sido aprobada por el directorio de la entidad demandada, en sesión de 20 de marzo de 2012, por la cual, se acoge el informe presentado por el Gerente de la entidad, respecto de la situación del contrato suscrito con Zofragua el 3 de octubre de 2001; en su artículo segundo, autorizan a dicho Gerente "dar por terminado el Contrato de Comodato suscrito entre Autoridad Portuaria de Guayaquil y la Compañía Zofragua por las motivaciones, la base legal citada y las consideraciones de esta Resolución, conforme se desprende del Informe de Gerencia sustentado en los Informes de las Unidades de Control de Gestión y Asesoría Jurídica, en que se determina que la Compañía Zofragua S.A. ha incumplido con la obligación derivada de la cláusula sexta del Contrato de Comodato y sus respectivos Addéndums modificatorios, referente al cumplimiento del plan de inversiones". Dispone asimismo, solicitar a la comodataria la "restitución de los bienes contemplados en el Contrato de Comodato, sus bienes por adherencia y todas las mejoras incorporadas en él, concediéndole el plazo de 90 días calendario, contados a partir de la notificación a la Comodataria de la terminación del Contrato de Comodato, para que proceda con la referida restitución a favor de Autoridad Portuaria de Guayaquil y el cierre completo de sus operaciones". Ordenan la notificación inmediata de la resolución y que se disponga la ejecución de la póliza de fiel cumplimiento del contrato "y que se proceda a elaborar los inventarios respectivos". Ordenando además notificar con la resolución a: Consejo Sectorial de la Producción, entidad reguladora de Zonas Francas a nivel nacional, Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, Ministerio

de Transporte y Obras Públicas, Subsecretaría de Transporte Marítimo y Fluvial y demás instituciones relacionadas a las actividades logísticas portuarias. La parte considerativa de la resolución impugnada, incorpora los antecedentes relativos a la suscripción del contrato de comodato y de sus adendas, como la relativa a la restitución, a la APG, de 50.403m2 del terreno entregado en comodato; así como reprogramaciones de inversión, por varios aspectos que han incidido en la ejecución de obras; relatando asimismo varis hechos relacionados a la ejecución del cronograma de inversiones. Refiere igualmente que, el Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica, en memorando de 23 de 23 de febrero de 2012, ha recomendado la terminación del contrato de comodato y que se solicite la restitución de los terrenos a favor de APG, contando con la autorización del directorio de la entidad; informe ampliado en memorando de 16 de marzo de 2012, en el que señala que "la causal de incumplimiento expuesta es suficiente para que la Gerencia considere, salvo su mejor criterio u opinión, el dar por terminado el contrato de comodato", y solicitar la restitución. Que el Gerente de la entidad, con sustento en el informe de asesoría jurídica y de control de gestión, solicita al Directorio la autorización para "dar por terminado el Contrato de Comodato"; sustentado en el artículo 63, inciso tercero del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público; así como los artículos 2080 y 2083.3 del Código Civil; las cláusulas sexta, séptima, literal d), décima y décima primera del contrato de comodato; y el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado 5.1.2 La Resolución No G-028-2012, emitida el 23 de marzo del 2012 por el Gerente de APG (Fs.187 a 193), por la cual, con sustento en la resolución PD-012-2012, expedida el 20 de marzo del 2012, suscrita por el Presidente del Directorio de la APG; "declaro de forma unilateral DAR por terminado el Contrato de Comodato suscrito el 3 de octubre de 2001 entre Autoridad Portuaria de Guayaquil y la Compañía Zofragua S.A., y, consecuentemente sus respectivos Addéndums modificatorios, debiendo la Compañía Zofragua S.A. proceder con la restitución de los bienes contemplados en el Contrato de Comodato, sus bienes por adherencia y mejoras", concediéndolo 90 días calendario, desde la notificación de esta resolución. Decisión que contiene básicamente las mismas consideraciones de la resolución PD-012-2012, expedida el 20 de marzo del 2012; aunque señala también, como sustento, la existencia de oficio MIDUVI-DINAC-MRS-2012-No.235 de 28-Feb-2012, en el cual se establece que luego del peritaje realizado, se ha establecido que el valor por concepto de obras realizadas en los predios entregados en comodato a Zofragua, asciende a la suma de USD $4.793.769,42. La resolución consta notificada, a la ahora actora, con oficio No. APG-G-2012-000317-O de 26 de marzo de 2012 (fs. 198 y 199). 5.1.3 Debe dejarse establecido que la demanda ha sido presentada, según constancia actuarial, el 19 de junio de 2012 a las 12h27; consecuentemente, si se compara con la fecha de notificación de tales resoluciones; la acción subjetiva o de plena jurisdicción ha sido presentada dentro del término prevenido en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 5.2 Sobre el contrato de comodato suscrito: El contrato de comodato suscrito entre APG y Zofragua S.A., en escritura pública de 3 de octubre de 2001, ante el Notario Duodécimo del cantón Guayaquil, en su cláusula TERCERA, determina como objeto del mismo, la entrega en comodato o préstamo de uso gratuito, a ZOFRAGUA S.A., un lote de terreno de propiedad de la comodante, de 326.220 m2 de superficie, cuyos linderos se establecen en la cláusula, con un perímetro de 2.479 metros; comodato cuyo plazo, según cláusula CUARTA, se lo fija en cincuenta años contados a partir de la inscripción dela escritura (se entiende, en el Registro de la Propiedad respectivo). Establece también la cláusula que: "En el evento de la terminación del Contrato por mutuo acuerdo de las partes, todos los inmuebles en los términos previstos en el artículo seiscientos siete (607) del Código Civil pasarán al dominio de la A.P.G., sin que esta entidad pública tenga que pagar un precio por los mismos. Los bienes así como las mejoras voluntarias que puedan ser removidas, serán de propiedad de Zofragua S.A.". Su cláusula QUINTA determina la obligación, de la comodataria, de rendir una garantía de fiel cumplimiento del contrato, equivalente al 5% del valor de las inversiones que se compromete a efectuar en el inmueble. La cláusula SÉPTIMA, establece que APG, mantendrá respecto del inmueble, todos los derechos de dominio; sin que la comodataria pueda ceder ni transferir el área entregada ni las instalaciones que en ella se levanten. Que el área entregada en comodato será destinada a la operación y control de la Zona

Franca, al tenor de lo que dispone la Ley de Zonas Francas; sin que Zofragua, según el literal c) de esa cláusula, pueda en el inmueble, realizar actividades portuarias que afecten a APG, a los operadores portuarios, empresas de servicios complementarias autorizadas para prestar servicios por delegación de APG, y que, el incumplimiento de estas prohibiciones será causal de terminación del contrato, pudiendo exigirse la restitución inmediata del inmueble. La cláusula DÉCIMA, establece que por el incumplimiento de cualquiera de las cláusulas contractuales APG "podrá exigir la restitución inmediata de dicho terreno aunque no se haya cumplido el plazo del contrato. De conformidad a lo dispuesto en el Artículo cincuenta y cuatro (54) inciso segundo (2do) del Reglamento de Bienes del Sector Público, que establece: "Al fin de cada año, la institución comodante evaluará el cumplimiento del contrato, y, de no encontrarlo satisfactorio pedirá la restitución de la cosa prestada, sin perjuicio de ejecutar las garantías otorgadas" 5.3 Sobre la legislación relativa al contrato de comodato: 5.3.1 Varias son las normas jurídicas nacionales que dicen relación al contrato de comodato o préstamo de uso, a las que se debe referir la Sala; en primer término es necesario situar sí, en el caso debe ser aplicada la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP). "Art. 1. Objeto y Ambito. Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría…". La disposición transcrita, establece que la LOSNCP, regula los procedimientos de contratación cuyo objeto sea la adquisición o provisión de bienes (compra-venta); el arrendamiento de bienes, la ejecución de obra pública; la prestación de servicios requeridos por las entidades públicas, y, los contratos de consultoría; en los que la contratante sea cualquier institución del sector público, con excepción de los contratos referidos en el artículo 2 de esa Ley. Se desprende asimismo de ese ordenamiento jurídico que los contratos de comodato o de préstamo de uso, no están sujetos a la LOSNCP. Para los fines del estudio en curso, es necesario dejar establecido que la Ley que se viene citando, contiene en su artículo 92, las formas de terminación de los contratos suscritos bajo su régimen; cuando ordena: "Art. 92. Terminación de los Contratos.- Los contratos terminan: 1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales; 2. Por mutuo acuerdo de las partes; 3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista; 4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y, 5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica". Una de esas formas, es la aquella denominada de terminación unilateral, la cual es una declaración administrativa que solo procede en el caso de que se compruebe el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista; causas que taxativamente están regladas en el artículo 94 de la LOSNCP, y cuyo procedimiento está predeterminado en su artículo 95. La terminación unilateral del contrato público, es una de las llamadas cláusulas exorbitantes de la Administración Pública, las cuales han sido definidas como una de las formas de relación de ventaja que la Administración activa, tiene frente al sujeto pasivo de un procedimiento público; por ello se estima que estas cláusulas son una especie de privilegio "arbitrario" en el procedimiento precontractual y en la de ejecución de todo contrato sometido a la LOSNCP; que se encamina a establecer unilateralmente las condiciones o modos a los que, los administrados interesados en el contrato, deben someterse, para participar en el procedimiento con el propósito de ser adjudicados con el contrato; con ello la Administración asegura la igualdad en la participación de todos quienes demuestran ese interés: es por ello que la transparencia es uno de los principios que, junto con la igualdad y otros, informas esta clase de trámite; existe igualmente ese grado de exorbitancia en la fase de ejecución contractual, que en cambio, permite asegurar debidamente que el objeto del contrato sea cumplido a satisfacción del interés público, fase en la cual, estas cláusulas se tornan más evidentes; ese es el caso, de la rendición de varias clases de garantías, el control dela ejecución del contrato, para lo cual la Administración cuenta con administrador y fiscalizador del contrato, que ejercen un grado de autoridad directa en esta fase; y, desde luego, la más drástica de todas, es aquella competencia que le asigna la Ley a la entidad contratante, para dar por terminado el contrato de modo unilateral, previa observancia del procedimiento debido, sujeto estrictamente a las

causas legales que se estatuyen en esa Ley y otras que puedan provenir del contrato Es esa la razón por la cual la terminación unilateral, es taxativa, específica, estrictamente reglada; que, por su propia naturaleza, tiene regulación o reserva legal, que proscribe toda forma de arbitrariedad o desviación de poder por parte de las autoridades públicas; más todavía si se aprecia en su formulación legal, que la exorbitancia pública, modifica, la estructura de la condición resolutoria propia de todo contrato bilateral, por la cual puede demandarse, judicialmente, la resolución o el cumplimiento del contrato a la parte que ha incumplido sus obligaciones; modificación que se dirigió a suplir ese mecanismo de igualdad de armas, por la cláusula exorbitante de terminación unilateral del contrato, que otorga privilegios únicos a la Administración Pública en la relación contractual, con el fin de asegurar el objeto del contrato y la supremacía del interés público. 5.3.2 El comodato, como un especial acuerdo de voluntades está institucionalizado y definido por el Código Civil, en las normas pertinentes para el análisis, de la siguiente manera: "Art. 2077. Comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso". Art. 2083. El comodatario está obligado a restituir la cosa prestada, en el tiempo convenido; o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada. Pero podrá exigirse la restitución aún antes del tiempo estipulado, en tres casos: 1. Si muere el comodatario, a menos que la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse; 2. Si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa; y, 3. Si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa. Art. 2080. El comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase. En el caso de contravención, podrá el comodante exigir la indemnización de todo perjuicio y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo. De las normas legales referidas, se desprende que el contrato de comodato o préstamo de uso, independientemente de las partes que lo suscriban en calidad de comodante o comodatario, está regulado por las disposiciones del Código Civil y consiste en que, el titular del derecho de dominio (comodante), entrega al comodatario un bien mueble o raíz (comodable), no fungible, para que de manera gratuita lo utilice, con la obligación de restituirle luego de que ese uso haya concluido. En el caso que nos ocupa, el comodante y titular del derecho de dominio es la Autoridad Portuaria de Guayaquil, el comodatario es la empresa Zofragua S.A. y, el comodable es el inmueble identificado en el contrato, que fija en cincuenta años el plazo de duración del contrato; dejando establecido, el contrato, que se trata de un contrato de índole gratuito. De la información procesal, se ha podido establecer además, que la razón por la cual se ha dado por terminado unilateralmente el contrato de comodato, no se refiere al uso que el comodatario ha dado al inmueble comodable, en los términos prevenidos en el artículo 2080 del Código Civil; relativos a la restitución del bien y, indemnización que sea procedente. 5.3.3 Ahora bien, como se ha señalado, el contrato de comodato o préstamo de uso, materia de análisis, ha sido suscrito por la Autoridad Portuaria de Guayaquil, que es una entidad integrante del sector público, sin que esa clase de contratos esté sujeto a la LOSNCP; por manera que, en virtud de esa clase de acuerdo de voluntades se encuentra previsto en el Código Civil y, en aplicación de las disposiciones contenidas en el Reglamento General de Bienes del Sector Público, en vigencia a la fecha -3 de octubre de 2001- de suscripción de ese instrumento; expedido por el Contralor General del Estado, mediante Acuerdo No. 918, promulgado en Registro Oficial No. 258 de 27 de agosto de 1985; las instituciones del sector público están habilitadas jurídicamente a suscribir contratos de comodato; en efecto, así aparece de las siguientes disposiciones reglamentarias: Art. 53.- Contrato entre entidades públicas.- Cuando dos personas jurídicas distintas pertenecientes al sector público, quisieren que una de ellas entregue a la otra, especies, bienes muebles o inmuebles, podrán celebrar un contrato de comodato o préstamo de uso, sujetándose a las normas especiales propias de esta clase de contrato. Art. 54.- Contrato con entidades privadas.- También se podrá celebrar contrato de comodato entre entidades y organismos del sector público y personas jurídicas del sector privado, siempre que dicho contrato se relacione con una mejor prestación de un servicio público, favorezca el interés social se establezcan las correspondientes garantías y esté debidamente autorizado por la máxima autoridad de la entidad u organismo, de acuerdo con la ley y

los reglamentos. Los contratos de comodato con entidades privadas podrán renovarse siempre y cuando se cumplan las condiciones señaladas en el inciso anterior y no se afecte de manera alguna el servicio público. Al fin de cada año, la institución comodante evaluará el cumplimiento del contrato, y, de no encontrarlo satisfactorio, pedirá la restitución de la cosa prestada, sin perjuicio de ejecutar las garantías otorgadas. La entidad comodante está obligada a incluir estipulaciones expresas que establezcan las condiciones determinadas en el inciso precedente. (La disposición reglamentaria transcrita, ha sido reformada por el Acuerdo No. 421, publicado en Registro Oficial 481 de 17 de Julio de 1990, por tanto es la aplicable al caso). El artículo 54 del citado Reglamento, genera permisión normativa expresa, del máximo órgano de control de los recursos públicos, para que los entes públicos puedan suscribir contratos de comodato, con personas jurídicas del sector privado, siempre que estos se relacionan con la mejor prestación del servicio público, favorezca el interés social, se establezcan las garantías correspondientes y haya sido autorizado por la máxima autoridad de la entidad pública; desde luego sujeto a la ley y reglamentos. En el caso, los elementos que trae la norma, a la que le son concordantes las disposiciones del Código Civil y del Reglamento en referencia; por consecuencia, el rigor legal del contrato es reiterado por la Sala. 5.4 Sobre la legalidad de las decisiones administrativas impugnadas: Los aspectos fácticos y jurídicos que al respecto deben ser analizados, se refieren sustancialmente a los puntos que a continuación se examinan: 5.4.1 Causas relativas a la terminación unilateral del contrato, previstas en los actos administrativos recurridos: Conforme ha quedado establecido, las resoluciones administrativas impugnadas Nos. PD-012-2012, de 20 de marzo del 2012 emitida por el Directorio de Autoridad Portuaria de Guayaquil y, G-028-2012, emitida el 23 de marzo del 2012 por el Gerente de APG; por las cuales se da por terminado el contrato de comodato o préstamo de uso, suscrito por la APG con la parte actora del presente juicio. 5.4.1.1 Se reitera que la resolución PD-012-2012, de 20 de marzo del 2012, emitida por el Directorio de Autoridad Portuaria de Guayaquil, acogiendo el informe de la Gerencia de dicha entidad, le autorizan dar por terminado el mencionado contrato, informe que a su vez se había sustentado en los informes presentados por las Unidades de Gestión y Asesoría Jurídica, en los que se ha determinado que la comodataria, ha incumplido con la obligación contenida en la cláusula sexta del contrato y sus adendas modificatorios, con referencia al plan de inversiones; resolución por la que se requiere la restitución del inmueble comodable y sus bienes por adherencia y las mejoras incorporadas en el inmueble; para lo cual le concede 90 días calendario; disponiéndose además que dentro de ese plazo se proceda al cierre completo de las operaciones de la comodataria, la ejecución de la garantía y la elaboración de los pertinentes inventarios; ordenando notificar con la resolución a: Consejo Sectorial de la Producción, entidad reguladora de Zonas Francas a nivel nacional, Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Subsecretaría de Transporte Marítimo y Fluvial y demás instituciones relacionadas a las actividades logísticas portuarias. La parte considerativa de esa resolución impugnada, sobre cuya base se autoriza a Gerencia la terminación del contrato con Zofragua S.A., refiere, entre otros aspectos, la existencia del contrato, sus adendas, la restitución acordada de parte del inmueble comodable, las reprogramaciones de inversión y su cronograma. La recomendación realizada en memorando de 23 de febrero de 2012 ampliado el 16 de marzo de 2012, suscrito por el Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica, para que se proceda a la terminación del contrato de comodato y para que se solicite la restitución de los terrenos a favor de APG. Refiere el trámite observado en el Directorio así como el informe de control de gestión, la solicitud del Gerente de APG para que se autorice "dar por terminado el Contrato de Comodato"; hace referencia a otros informes requeridos por la Administración, como el de Asesoría Jurídica sustentado en el artículo 63, inciso tercero del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público; así como los artículos 2080 y 2083.3 del Código Civil; las cláusulas sexta, séptima, literal d), décima y décima primera del contrato de comodato; y el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. 5.4.1.2 La Resolución G-028-2012 de 23 de marzo de 2012, suscrita por el Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil, impugnada también en esta acción contencioso administrativa; sobre la base de la Resolución del Directorio de APG No. PD-012-2012 adoptada en sesión de 20 de marzo de 2012; de los informes de la propia Gerencia que su vez se han sustentado

en los informes emitidos por las Unidades de Control de Gestión y Asesoría Jurídica, considerando que la comodataria ha incumplido con la obligación derivada de la cláusula sexta del contrato de comodato suscrito el 3 de octubre de 2001 y sus adendas modificatorias, respecto del programa de inversiones declara: "de forma unilateral DAR por terminado el Contrato de Comodato suscrito el 3 de octubre de 2001 entre la autoridad Portuaria de Guayaquil y la Compañía Zofragua S.A., y consecuentemente, sus respectivos Addéndums modificatorios, debiendo la Compañía Zofragua S.A. proceder con la restitución de los bienes contemplados en el Contrato de Comodato, sus bienes por adherencia y mejoras. Para este efecto y para el cierre completo de sus operaciones, se le concede el plazo de 90 días calendario, contados a partir de la notificación a la Comodataria de la presente Resolución de Terminación del Contrato de Comodato". Decisión que contiene básicamente las mismas consideraciones de la resolución PD-012-2012, expedida el 20 de marzo del 2012; aunque señala también, como sustento, la existencia de oficio MIDUVI-DINAC-MRS-2012-No.235 de 28-Feb-2012, en el cual se establece que luego del peritaje realizado, se ha establecido que el valor por concepto de obras realizadas en los predios entregados en comodato a Zofragua, asciende a la suma de USD $4.793.769,42. 5.4.2 Debido proceso, derecho de defensa, competencia para la terminación unilateral del contrato: 5.4.2.1 Hemos señalado que la sentencia de la Corte Constitucional que aceptó la acción extraordinaria de protección planteada, ya referida, determinó que su pronunciamiento se concreta a los puntos 3.7.2, 3.7.3, 3.7.4 y 3.7.5 de la sentencia de casación, en los cuales, la Alta Corte, señaló que: El párrafo 3.7.2 estableció que, si la novación del contrato de comodato o préstamo de uso, no se inscribió, no produjo efectos jurídicos, lo cual constituye inobservancia del artículo 76. 4 de la CRE que garantiza el derecho al debido proceso ya que la prueba no fue valorada conforme a los principios de la sana crítica. Aspecto este que en el párrafo 44 de la sentencia de Corte Constitucional estableció que no "identifica alteración al marco fáctico expuesto en la sentencia de instancia, pues se refirió al Contrato y sus modificaciones las cuales, bajo la valoración en conjunto efectuada por la autoridad judicial, no habrían surtido efectos jurídicos". Sobre el numeral 3.7.3 del fallo de casación, el cual señaló que: El Tribunal de instancia no analizó ni valoró que el documento privado de 19 de mayo de 2009 del Directorio de APG, que aprobó una reprogramación del cronograma de inversiones a realizar por Zofragua S.A., "no tuvo las formalidades que establece el Código Civil, y con lo cual la Autoridad Portuaria de Guayaquil declaró la terminación unilateral del contrato de comodato o préstamo de uso…"; respecto de lo cual la Corte Constitucional determinó que no encuentra que se haya alterado el marco fáctico establecido en la sentencia de instancia ni que, se haya obviado el recurso de casación, pues la Sala valoró la prueba establecida por el Tribunal, llegando a una conclusión sobre una cuestión de derecho. Con relación al numeral 3.7.4, de la sentencia de casación, esta afirmó que la falta de valoración de la prueba por parte del Tribunal de instancia, principalmente, la cláusula cuatro del contrato, condujo a la falta de aplicación del artículo 685 segundo inciso del Código Civil que establece: "si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, quedará éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o semejante"; por cuanto, no se observó que dicha estipulación se refería a que los bienes comodables y sus mejoras pasarán al dominio del comodante, siempre que la terminación del contrato se produzca por mutuo acuerdo de las partes; lo cual en el caso no se produjo. Aspecto este, sobre el cual, la Corte Constitucional, en su sentencia estableció que no observa violación al trámite de la casación. Los elementos referidos, claramente establecen el alcance del pronunciamiento de casación, por los cuales la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, casó la sentencia y, respecto de los que la Corte Constitucional no formula observación alguna; razón por la cual no cabe hacer pronunciamiento alguno al respecto, sino relievarlos para la efectiva coordinación de los temas a los que se refieren los puntos mencionados 5.4.2.2 Ahora bien, sobre el punto 3.7.5 del fallo que fuera recurrido mediante acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional, señaló en el párrafo 44 de su sentencia, que: "Esta Magistratura no verifica que la autoridad judicial accionada se haya extralimitado en sus funciones, pues se refirió a un medio probatorio en específico, i.e Oficio MIDUVI-DINAC-MRS-2012-No 235 de 28 de febrero de 2012, una vez que resolvió casar la sentencia". Ello en lo relativo a la denuncia sobre

vulneración del debido proceso. En el párrafo 50 de su fallo, la Corte Constitucional, respecto de este mismo aspecto, sobre la garantía de motivación, determinó que: "Tomando en cuenta lo anterior, al tratarse de un recurso de casación, la motivación mínima y libre de vicios argumentales que se exige a los jueces de la Corte Nacional implica: (a) por un lado, justificar de forma suficiente el razonamiento acerca de la causal específica por la que se admitió el recurso de casación (indebida aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, en el caso) y, (b) en el evento de que se concluya que el cargo casacional procede, emitir una sentencia sustitutiva en la que acepte o niegue la demanda por el mérito de los hechos, mediante una fundamentación fáctica y jurídica mínima. En el caso particular, resolviendo las pretensiones y excepciones planteadas dentro del proceso y determinando la legalidad o ilegalidad de las resoluciones administrativas impugnadas". Asimismo, la Corte Constitucional (párrafo 56) ha verificado que casada la sentencia, "no existe un razonamiento que explique cómo la autoridad judicial llega a la conclusión de mérito de la acción de plena jurisdicción o subjetiva"; determina la alta Corte (párrafo 57), que la Corte Nacional puede violar el debido proceso, si es que resuelve casar una sentencia sin expedir una sustitutiva; debiendo explicar cómo se resuelve la Litis en forma motivada, conforme el artículo 16 de la Ley de Casación; lo cual no ha ocurrido ya que la Sala (párrafo 58), se limitó a "ordenar el pago de una indemnización y negar la demás pretensiones dela demanda" sin que media una fundamentación suficiente de la decisión" (párrafo 59); siendo que la motivación implica el derecho del litigante a conocer que los jueces han resuelto la controversia, y el razonamiento bajo el cual se le impone una obligación indemnizatoria; que, cuando una sentencia es casada (párrafo 60), "implica que deja de surtir efectos en el plano jurídico y al omitirse dictar un fallo de reemplazo, se impidió que la APG obtenga una resolución al conflicto que fue iniciado en su contra así como una respuesta a las excepciones de APG en el caso"; por consiguiente, al no dictarse el fallo de mérito y, bajo el artículo 16 de la Ley de Casación, se afectó el derecho al debido proceso de la APG, en el elemento correspondiente a obtener una sentencia fundada en derecho", conforme determina su párrafo 61. 5.4.3 Competencia de la Administración demandada para declarar la terminación unilateral del contrato: 5.4.3.1 Como se ha señalado anteriormente, el contrato de comodato o préstamo de uso gratuito, no está regulado por las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que es el único cuerpo jurídico que contiene disposiciones orientadas a la terminación unilateral de los contratos sujetos a su régimen, en el caso de que se produzca alguna de las causales establecidas en la normativa a la que hemos hecho referencia en el numeral 5.3 y sus subnumerales, de esta sentencia; como consecuencia de aquello, es evidente que los actos administrativos impugnados, contenidos en las resoluciones Nos. PD-012-2012, de 20 de marzo del 2012, suscrita por el Presidente del Directorio de la APG, que contiene la decisión de ese órgano colegiado; y, la G-028-2012, emitida el 23 de marzo del 2012 por el Gerente de APG; por las cuales se declara la terminación unilateral del contrato de comodato y sus adendas, que la Autoridad Portuaria de Guayaquil tenía suscrito con la actora del presente juicio, Zofragua S.A., han sido expedidas por órganos públicos incompetentes; y además, incumpliendo formalidades legales para la emisión de los actos administrativos; ya que, solo los contratos sometidos al régimen de la Ley citada, pueden ser objeto de esa forma de terminación unilateral. Razón por la cual, toda decisión pública expedida por autoridad pública, de conformidad a lo que dispone el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Art. 59. Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia; y, b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyen en la decisión.), tiene como efecto jurídico su nulidad. Debe decirse que de conformidad al artículo 226 de la Constitución de la República las autoridades públicas están obligadas a ejercer sus competencias en acatamiento al orden constitucional y legal; obligación que se inscribe en la aplicación del principio de legalidad; "La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poder jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como

ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente" (T.R. Fernández y E, García de Enterría, "Curso de Derecho Administrativo", Civitas. Madrid 1990, p. 440 y 441). Ahora bien, la Administración pública, dentro de su actividad se sujeta al principio de autotutela, que consiste en que sus decisiones se estiman legales, ejecutorias y ejecutivas; es decir, se presume que han sido expedidas en estricta sujeción al orden jurídico, por lo que tienen la fuerza coercitiva para que la Administración ejecute sus decisiones sin necesidad de requerir de decisión judicial previa; y, tiene una obligación ejecutiva para que la persona a quien se dirige la disposición administrativa no se resista a cumplirla. Pero, la base de la autotutela es la existencia de norma jurídica previa que le habilite el ejercicio de competencia al caso concreto; lo cual puede generar conflictos, entre otras razones por efecto de la desviación de poder ejercido por la autoridad pública, cuando actuando fuera del ordenamiento jurídico profiere decisiones atribuyéndose potestades o competencias no previstas en el ordenamiento jurídico que de modo previo limitó las mismas a fin de lograr el orden social necesario. Lo cual es precisamente lo que acontece en este caso, como se ha explicitado. 5.4.3.2 Se ha determinado igualmente, que el comodato o préstamo de uso gratuito está sometido a las normas del Código Civil y del Reglamento General de Bienes del Sector Público, en vigencia a la fecha de suscripción de ese instrumento, expedido por el Contralor General del Estado; cuerpos normativos que no contienen disposiciones que permitan a los directorios o a los representantes legales de las entidades del sector público, la terminación unilateral de los contratos de comodato o préstamo de uso gratuito. En el mismo orden de ideas, la cláusula DÉCIMA del contrato de la referencia, establecía que el incumplimiento de cualquiera de las estipulaciones contractuales la comodante APG, puede exigir a la comodataria la restitución inmediata del inmueble, en los términos del artículo 54, inciso segundo del Reglamento de Bienes del Sector Público, que establece: "Al fin de cada año, la institución comodante evaluará el cumplimiento del contrato, y, de no encontrarlo satisfactorio pedirá la restitución de la cosa prestada, sin perjuicio de ejecutar las garantías otorgadas". El Código Civil, por su parte estatuye, en su artículo 2083, que el comodatario está obligado a restituir el bien comodable, en el tiempo convenido y, si no hubiere convención, luego de cumplido el uso del bien prestado; sin embargo, establece que la restitución del bien, antes del tiempo pactado se puede producir taxativamente: a) Por muerte del comodatario, b) Si al comodante le sobreviniere una necesidad imprevista y urgente respecto del comodable; y, c) Si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado el bien. El mismo Código en su artículo 2080 establece la obligación de que el comodatario use el bien para el objeto acordado; y que, en caso de contravención, el comodante puede exigir indemnizaciones de los perjuicios ocasionados y la restitución inmediata del comodable, aun en el caso de haberse pactado plazo. Siendo, como se viene expresando, que el contrato suscrito entre APG Zofragua S.A., es de aquellos sometidos al Código Civil, va de suyo que la potencial terminación de aquél se somete también a las disposiciones que trae esa Ley. Así, su artículo 1561 establece que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales"; disposición que determina la posibilidad de resciliar un contrato o parte de él, que consiste en un acuerdo de voluntades para terminar el contrato que recíprocamente ha generado derechos y obligaciones. Norma que además, somete la invalidación del contrato a las causas legales, entre ellas las prevenidas en el propio contrato y, en el caso, en el Código Civil. En ese contexto, el artículo 1583 de ese Código, contiene la enumeración de los casos en los que se produce la extinción de las obligaciones; entre ellos: (1.) la resciliación; (9.) la declaración de nulidad [absoluta] o, de rescisión [nulidad relativa]; y, (10.) Por el evento de la condición resolutoria. En el presente caso es de toda evidencia que el contrato no ha concluido por acuerdo mutuo de las partes, ni que se haya planteado la potencial existencia de nulidad absoluta o relativa del contrato. En el caso de la condición resolutoria, hay que remitirse a lo que dispone el artículo 1505 del Código Civil que ordena: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.- Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios". Es decir que, si APG habría estimado que la comodataria ha incumplido

sus obligaciones contractuales y, al no estar habilitada para terminar el contrato unilateralmente por medio de acto administrativo, solo estaba a su disposición demandar judicialmente la resolución del contrato; derecho a la acción que no lo ejerció; puesto que, en su lugar observó un procedimiento administrativo que le estaba vedado por la Ley, con el cual solo ha demostrado su intencionalidad de interrumpir la ejecución del contrato suscrito con la empresa actora de este juicio, antes de la finalización de su plazo. La misma cláusula décima del contrato, establece que APG podrá exigir la restitución inmediata del terreno comodable, aunque no se haya cumplido el plazo, en el caso de que se hayan incumplido sus estipulaciones; lo cual implica que, incluso contractualmente, la exigencia de restitución, solo del terreno, por dicha causa, solo podía ser por el mecanismo previsto en la Ley que rige al contrato de comodato, que es el Código Civil; es decir mediante juicio de resolución del contrato. A tono con lo que se viene expresando es claro que, las condiciones resolutorias de todo contrato de comodato, están taxativa e imperativamente determinadas en los artículos 2080 y 2083 del Código Civil, que en la especie, no se han producido; puesto que APG señaló que la causa de terminación del contrato hace relación al incumplimiento del cronograma de inversiones que debía realizar la comodataria en el inmueble comodable; obras que desnaturalizan la esencia gratuita del contrato de comodato o préstamo de uso y que darían la impresión, de que todas esas obligaciones se inscribían en otra forma de contratación de orden oneroso que no es gratuito. 5.4.3.3 A todo lo dicho debe señalarse que la Corte Constitucional en su sentencia estableció la inexistencia de aspectos que afecten la constitucionalidad de la sentencia de casación dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a sus numerales 3.7.2, 3.7.3 y 3.74, que sirvieron de base para casar el fallo recurrido por la parte actora del juicio de instancia. 5.4.3.4 En virtud de todo el análisis anterior, es de absoluta claridad que en el caso, las resoluciones impugnadas contenidas en las resoluciones: a) Nos. PD-012-2012, de 20 de marzo del 2012, suscrita por el Presidente del Directorio de la APG, que contiene la decisión de ese órgano colegiado; y, b) G-028-2012, emitida el 23 de marzo del 2012 por el Gerente de APG; por las cuales se declara la terminación unilateral del contrato de comodato y sus adendas, que la Autoridad Portuaria de Guayaquil tenía suscrito con la actora del presente juicio, Zofragua S.A., han sido expedidas por órganos públicos incompetentes, omitiendo e incumpliendo las formalidades legales, para el inicio de un procedimiento y para la emisión de dichos actos administrativos, los cuales han causado gravamen irreparable que han influido en esas decisiones; incurriendo en las dos causales de nulidad previstas en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 5.4.3.5 Es asimismo necesario determinar, que los informes que han servido de sustento para la emisión de las resoluciones administrativas impugnadas, así como el informe presentado por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, en oficio No. MIDUVI-DINAC-MRS-2012-No 235 de 28 de febrero de 2012, respecto de las obras realizadas hasta el 10 de febrero de 2012, en los predios que fueron cedidos en comodato a ZOFRAGUA S.A., son documentos conocidos únicamente por la Administración demandada, sin que hayan sido trasladados a conocimiento de la comodataria a fin de garantizar el ejercicio de su derecho de defensa y de contradicción; lo cual determina la existencia de violaciones de garantías constitucionales referentes al derecho al debido proceso contenidas en el artículo 76 de la Constitución de la República contenidas en los siguientes numerales: "1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes(...) 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa (...) h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra (...) j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo". 5.4.3.6 Siendo que contractualmente, se estableció que si el comodato o préstamo de uso gratuito, terminaba por mutuo acuerdo de las partes antes del plazo pactado, era obligación del comodatario la restitución del inmueble con sus mejoras, mas, en el caso, esa

terminación se produjo por decisión unilateral de la comodante; por manera que esa restitución ha sido ejecutada, conforme han señalado las partes, de manera concordante,en acatamiento a esas resoluciones contrarias a derecho. 5.4.3.7 Las resoluciones impugnadas en el juicio de instancia, han dispuesto la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, cuya devolución ha sido requerida por el actor, en razón de que dicha póliza ha sido ejecutada por la suma de trecientos cincuenta mil dólares, de suerte que, siendo inválidas esas decisiones administrativas, el mismo efecto tiene dicha ejecución. 5.4.3.8 Se ha probado asimismo en el proceso, que el Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad, a través del Presidente del Consejo Sectorial de la Producción, ha expedido la Resolución No. 3 del 25 de abril del 2012, dando por terminada la concesión, operación y establecimiento que le fuera extendida a la empresa ZOFRAGUA S.A., privándole a dicha empresa de los derechos que le fueron conferidos para el ejercicio de las actividades de zona franca; resolución que se la expide como consecuencia de los actos administrativos impugnados; especialmente el emitido por el Directorio de la comodante que ordena notificar con su resolución, al Consejo Sectorial de la Producción, entidad reguladora de Zonas Francas a nivel nacional, al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, al Ministerio de Transporte y Obras Públicas, a la Subsecretaría de Transporte Marítimo y Fluvial; y, demás instituciones relacionadas a las actividades logísticas portuarias. Elementos que permiten colegir la importancia de los daños ocasionados a la actora del presente juicio, puesto que la finalización de la concesión, es sustancialmente consecuencia de las resoluciones expedidas por APG, impugnadas dentro del presente proceso judicial. Efectivamente, la terminación de la concesión, implica la imposibilidad legal y material de que Zofragua S.A., pueda usar el bien comodable que le fuera entregado como préstamo de uso gratuito por APG, en los fines que tuvo ese contrato. 5.4.3.9 Consta del proceso, "el informe técnico de peritaje [de las] obras realizadas hasta el 10 de febrero del 2012, en los predios de APG y que fueron cedidos en Comodato Zofragua S.A., son de propiedad de la Autoridad Portuaria de Guayaquil", que ha sido remitido en Oficio-MIDUVI-DINAC-MRS-2012- No. 235, de 28 de febrero de 2012, dirigido al Gerente Encargado de APG por el Director Nacional de Avalúos y Catastros (E); el cual forma parte del procedimiento administrativo previo a la emisión de las resoluciones recurridas, mediante la presente acción contencioso administrativa; sin que exista constancia alguna de la que se aprecie que el documento ha sido notificado a la comodataria Zofragua S.A., dentro de ese procedimiento tramitado en la Administración demandada; constituyendo, esta omisión, en una vulneración de garantías del debido proceso, relativas a la defensa y a la contradicción. 5.4.3.10 Informe presentado por el perito Ing. Fernando Cañote Figueroa: Obra igualmente del proceso judicial el informe presentado el 20 de junio de 2013, por el perito Ing. Fernando Cañote Figueroa, el cual se dice, está sustentado en la diligencia de inspección judicial efectuada por el Tribunal de instancia, el 31 de mayo de 2013, junto con ese auxiliar de la justicia, con el propósito de determinar, examinar y reconocer el espacio físico donde funcionó ZOFRAGUA S. A. mientras estuvo vigente el contrato de Comodato. En el Informe se determinan los linderos del inmueble entregado en comodato a la actora del presente juicio, conforme lo establecido en el contrato, indicando que el terreno comodable tuvo una superficie de 326.220 m2 (32,62 Has); que de esa superficie, la entidad comodante entregó al Ministerio de Salud Pública el área de 50.403 m2 (5,04Has) para la construcción del Hospital del Sur; estableciendo que la superficie en la que Zofragua desarrolló las obras de infraestructura alcanzan a 275.817m2 (27,58Has). Que los terrenos entregados al Ministerio de Salud, contaban ya con trabajos de excavación y relleno compactado con material pétreo y cerramiento perimetral, efectuado por Zofragua S.A., conforme indicaron sus administradores. El informe, con base en la observación realizada a las instalaciones, la documentación y la información proporcionada por las partes procesales, detalla que las construcciones ejecutadas por Zofragua S.A., son las siguientes: 1) Etapa 1: comprendida en aproximadamente siete (7) hectáreas, que comprende: Bloque A: Bodega abierta sobre zócalo de Hormigón armado, que ocupa un área de 1.165,00 metros cuadrados. Bloque B: Bodega abierta tipo visera, que ocupa un área de 367,05 metros cuadrados. Tiene obras complementarias, como: zócalo de hormigón en bodega abierta, de 40,10 m3, y relleno de zócalo, de 1.214,30 m3. Bloque C: oficinas administrativas de Zofragua, que ocupan un área de

841,56 m2. Bloque D: Galpón tipo, patio 1 (Mark Fish), que ocupa un área de 673,20 m2 Bloque E: Garita de ingreso y sobrestructura metálica, que ocupa 269,44 m2. Bloque F: Oficinas de la CAE, que ocupan un área de 126,60 m2. Bloque G: Estructura metálica patio 1, que ocupa un área de 1.152,00 m2. Obras exteriores, tales como: alcantarillado sanitario, alcantarillado pluvial, red de agua potable, que incluye cisterna general, redes eléctricas, red de datos telefónicos y seguridad, postes y luminarias, subestación eléctrica, vías lastradas, vías asfaltadas, vías con doble riego asfáltico, bordillo cuneta, bordillo recto, aceras, balanza de contenedores (garita), cerramiento interno de malla y concertina, cerramiento externo de tubo negro con zócalo de hormigón sobre la Calle P, y varias obras en cerramientos sobre la Calle Cacique Tomalá con estructura de hormigón armado y paredes de bloques, mejoramiento del suelo en plataforma con relleno compactado, áreas verdes, jardines, palmeras, árboles, arcilla, y sistema de riego, pintura en parqueos, provisión de agua, batería de baños, alquiler de cargadora, replanteo de terreno para hospital, señalización y torre de vigilancia. 2) Etapa 2: comprendida en aproximadamente veinte (20) hectáreas., que contiene: cerramiento interno de malla y concertina, cerramiento externo de tubo negro con zócalo de hormigón sobre la Calle P, mejoramiento del suelo en plataforma con relleno compactado, alcantarillado sanitario hacia el sector destinado para la planta de tratamiento de aguas residuales. 3) Etapa 3: comprendida en aproximadamente cinco (5) hectáreas., que contiene: cerramientos sobre la Calle Cacique Tomalá con estructura de hormigón armado y paredes de bloques, y mejoramiento del suelo en plataforma con relleno compactado. El informe ha sido trasladado a conocimiento de las partes; respecto del cual Autoridad Portuaria de Guayaquil, en escrito de 16 de julio de 2013 impugna el contenido del informe realizado por el Ing. Fernando Cañote Figueroa, señalando que la diligencia de inspección judicial fue improcedente, y por tanto manifiesta que no es posible que sea tenida como prueba. Afirma que en la diligencia de inspección el abogado de la accionante señaló que en ella se iba a determinar el espacio físico comodable y que, sin embargo, el perito hace afirmaciones que no le corresponden, relacionadas a supuestas inversiones que habría realizado Zofragua, las que no son pertinentes en una inspección ocular, pues las mismas corresponden a un peritaje contable. El perito, en escrito de 18 de septiembre de 2013, se ratifica en el informe presentado. El Tribunal, al respecto aprecia que, la inspección judicial fue ordenada en instancia, a petición de la accionante, en providencia de 3 de abril de 2013, las 10h35, disposición en la que se designó perito al Ing. Civil Fernando Cañote Figueroa. La diligencia ha sido cumplida el 31 de mayo de 2013, con la presencia de las partes: Zofragua, APG y el Perito; conforme el acta de la inspección judicial practicada, la que da cuenta de las observaciones de la Sala y de los pronunciamientos de las partes procesales. La impugnación formulada por Autoridad Portuaria de Guayaquil, contiene elementos de orden general sin que de modo claro y preciso establezca en qué consisten los potenciales yerros de los que pueda adolecer el informe pericial; el cual, a juicio de la este juzgador, hace relación a aquellos aspectos requeridos para la práctica y en la práctica de la diligencia judicial; en consecuencia, el mencionado informe es válido y se lo aprecia en su extensión, por responder a las verificaciones que visualmente realizó el Tribunal de instancia, en torno al inmueble entregado en comodato o préstamo de uso, la posterior modificación a ese contrato, según escritura de 21 de enero del 2011, por la que se disminuyó la superficie comodable en cincuenta mil cuatrocientos tres metros cuadrados, para que APG entregue al Ministerio de Salud para la construcción del Hospital del Sur; así como las edificaciones que han sido construidas por la accionante y las obras de infraestructura ejecutadas por ella, en el inmueble, incluido el sector que luego se disminuyó del bien comodable. 5.4.3.11 Informe presentado por la perito Eco. Cecilia Bohórquez Briones: El informe pericial de la Eco. Cecilia Bohórquez Briones, ha sido presentado al Tribunal de instancia, el 24 de julio de 2013, sustentado en la documentación contable, referente a las cuentas de mayor, inversiones, y balances, expuestos en la diligencia de exhibición de libros contables y cuentas, la cual se ha realizado el 11 de junio de 2013, en las oficinas de la Empresa Trust Fiduciaria Administradora de Fondos y Fideicomisos S.A., con la asistencia de los jueces del mencionado Tribunal y de las partes. Sostiene la perito que, de la documentación proporcionada tanto por ZOFRAGUA S.A: desde enero de 2002 a septiembre de 2007; como por la Empresa Trust Fiduciaria Administradora de Fondos y Fideicomisos S.A, Administradora del Fideicomiso Zofragua

TF-G-003- 03-06-188 del periodo comprendido entre de enero del 2007 al 30 de junio de 2012, verifica los contratos suscritos con proveedores que realizaron los estudios, diseños del proyecto, construcciones de infraestructura, y demás costos directos e indirectos relacionados con el desarrollo del Proyecto de la Zona Franca del Guayas y de la documentación analizada se concluye, que el valor correspondiente como daño emergente producto de la inversión, asciende a la suma de USD $9.092.466,60 (nueve millones noventa y dos mil cuatrocientos sesenta y seis 60/100 dólares americanos), los cuales están desglosados conforme el siguiente detalle: DESCRIPCION VALOR INVERSIÓN REALIZADA VALOR COMPAÑIA GENERAL DE CONSTRUCCIONES C.LTDA. ZP $1.825.999,53 COMPANIA VERDU SA. ZP $126.793,91 INSTALACIONES Y EQUIPOS ZP $348.705,04 COSTOS INDIRECTOS-PREOPERATIVO5 ZP $965.083,91 CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA VALERO.- CONSTRUVALERO SA. $2.821.380,40 CONSTRUCTORA BRADE $720.651,85 LICOSA $343.513,46 GALPONES AMENEGSA $254.040,55 GALPONES AMENEGSA (FACT. DE FEBRERO 24. DE 2012 CANCELADA POR ZOFRAFUA) $231.191,67 INSTALACIONES ELECTRICAS S.A. INESA $ 269.704,49 ÁREAS VERDES $63.535,05 BÁSCULA $49.028,34 ESTUDIOS DEL PROYECTO $90.800,59 ESTUDIOS DE MERCADO INTERNACIONAL $170.789,78 FISCALIZACIÓN $22.505,10 GERENCIA PROYECTO $362.580,73 PUBLICIDAD Y PROMOCIÓN $45.125,69 ASESORÍA COMERCIAL $69.871,26 SOPORTE LEGAL $311.165,25 TOTAL USD $9.092.466,60 Continúa afirmando el informe pericial que, la proyección de operación de la Zona Franca del Guayas con una estimación de 10 años tomando como referencia los Estados Financieros al 31 de diciembre de 2010 y 2011, donde se determinan ganancias netas que ZOFRAGUA S.A. hubiera percibido durante el periodo en que se le imposibilitó continuar con las operaciones normales, bajo los términos contractuales originales, determina que, cuantitativamente, el lucro cesante está medido por el valor presente de las utilidades netas, se estima que la cantidad que puede reclamarse como indemnización en calidad de lucro cesante asciende a USD $385.908.491,11 (trescientos ochenta y cinco millones novecientos ochenta y ocho mil cuatrocientos noventa y uno 11/100 dólares americanos), ocasionado por la cancelación unilateral del comodato. 5.4.3.11.1 La empresa actora del juicio de instancia, mediante escrito presentado el 27 de septiembre de 2013, hace conocer al Tribunal que está de acuerdo con el informe pericial presentado por la Ec. Cecilia Bohórquez, puesto en su conocimiento. 5.4.3.11.2 Autoridad Portuaria de Guayaquil, en escrito de 16 de octubre de 2013, impugna el informe presentado por la perito Eco. Cecilia Bohórquez, indicando que los documentos que le fueron proporcionados al perito, se lo hizo de manera arbitraria sin que hayan sido previamente anunciados, determinados y concretados, lo cual indica, viola los artículos 65 y 117 del Código de Procedimiento Civil y 76 numeral 4 y 7, literal b) de la Constitución. Sostiene que varios de los documentos no se encontraban firmados ni certificados, y se había ofrecido firmarlos y certificarlos con posterioridad a la diligencia, lo cual viola el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil. Adicionalmente, manifiesta que Trust Fiduciaria Administradora de Fondos y Fideicomisos S.A., Administradora del Fideicomiso ZOFRAGUA TF.G.03-03-06-188, no es parte procesal. Señala que los balances y estados de pérdidas y ganancias no fueron indicados en la diligencia de exhibición, ya que la ley no permite llevar contabilidad de compañías a la fiduciaria, y menciona que el día de la diligencia, en las oficinas no se contaba con ningún libro de Zofragua. Respecto de ello, cuestiona, dónde y cuándo se entregó la documentación indicada. Menciona que existen rubros detallados como inversión, que realmente corresponden a gastos, tales como los relacionados a: áreas verdes, estudios del proyecto, estudios de mercado internacional, fiscalización, gerencia proyecto, publicidad y promoción, asesoría comercial, soporte legal y gastos administrativos, operación. Se indica que en el informe pericial, cualquier tipo de desembolso es considerado erróneamente como inversión, detallando entre otros, notas de venta expedidas a consumidor final, con consumos de bebidas alcohólicas y comida. Por lo antes indicado, concluye que el informe del perito adolece de error fundamental, por lo que manifiesta debe ser desechado; requiriendo además, que la perito de manera verbal, explique algunos puntos de su informe que son mencionados en su petición. 5.4.3.11.3 El Tribunal Distrital, en providencia de 17 de enero de

2014, fijó para el día 27 de enero de 2014, a las 10h40, para que tenga lugar la audiencia de comparecencia de la perito para que rinda las explicaciones verbales sobre el informe presentado; cuya razón actuarial (Fs.5009 vta), da cuenta de que la misma tuvo lugar en el día y hora señalado; con la presencia de la entidad accionada, de la Procuraduría General del Estado, la parte accionante y la perito, quien ha tomado la palabra para ese efecto. En la misma fecha referida (27-01-2014, las 11h50), la perito presenta, por escrito, las aclaraciones solicitadas por Autoridad Portuaria de Guayaquil, dispuestas por el Tribunal Distrital, afirmando que: 1) Respecto de las preguntas No. 1 y 2, señala que en el día de la diligencia celebrada en la Empresa TRUST FIDUCIARIA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISO S.A., se exhibieron documentos que fueron entregados para su verificación, y posteriormente solicitó documentos adicionales para corroborar lo presentado; por lo que indica que no hubo un día específico o una persona en particular que le entregó la información ya que fue entregada en diversos momentos y por diversas personas de la fiduciaria. 2) Sobre la pregunta No. 3 señala que, la FIDUCIARIA no tiene registrada en su contabilidad inversiones de la compañía ZOFRAGUA S.A., indicando que únicamente administraba los recursos entregados por los inversionistas para el desarrollo del proyecto de la Zona Franca, los mismos que eran registrados en la contabilidad del Fideicomiso Zofragua. 3) Sobre la pregunta No. 4 manifiesta que los Honorarios Profesionales se contabilizaron como inversión, de acuerdo con el numeral 15 de la NEC 18, NORMA ECUATORIANA DE CONTABILIDAD 18, la cual trata del COSTO DE LAS INVERSIONES, la misma que estuvo vigente en el periodo de investigación, y la cual determina que: "El costo de una inversión incluye gastos de adquisición, tales como corretajes, honorarios, derechos y honorarios bancarios". 4) En relación a la pregunta No. 5, señala que en el informe presentado se detallan los Gastos Administrativos indicando que no son considerados como parte de la Inversión. 5) Sobre las preguntas No. 6 y 7, señala que, en el Cuadro de GASTOS ADMINISTRATIVOS, se indica que los Impuestos y Servicios Básicos no fueron considerados como inversión. 6) En relación a la pregunta No. 8, que cuestiona bajo qué criterio se ha considerado como inversión a los pagos realizados por concepto de consumo de bebidas alcohólicas, indica que dentro de los Gastos Administrativos se detallan varios gastos y uno de ellos se reflejada en un comprobante de egreso al cual se adjuntó la nota de venta, con el rubro cuestionado, indicando que dichos rubros son parte de varias facturas que no fueron consideradas como inversión, pero fueron anexadas por ser respaldo de dicho Comprobante de Egreso como parte de toda la documentación recibida. 7) En relación a las preguntas No. 9, 10, 11, 12 y 13 manifiesta que los rubros de Asesoría Internacional, Gerencia de Proyectos, Publicidad y Promoción, Asesoría Comercial y Asesoría Legal, se tomaron como parte de una Inversión en base a lo dispuesto en las NORMAS ECUATORIANAS DE CONTABILIDAD identificadas en la NEC 15 Y NEC 18 que trata sobre los CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN y CONTABILIZACIÓN DE LAS INVERSIONES. 8) En relación a las Preguntas No. 14, 15 y 16, indica que en la providencia del 23 de mayo de 2013 a las 16h45 se dispone lo ordenado en las providencias del 3 y 17 de abril de 2013, señalando que su encargo tenía que remitirse tanto al daño de emergente consistente a las inversiones efectuadas por ZOFRAGUA S.A. en el terreno de propiedad de Autoridad Portuaria, y el lucro cesante respecto a lo que ZOFRAGUA S.A. dejará de percibir como ingresos y utilidades durante el tiempo por completar según el contrato de comodato. 9) En relación a la pregunta No. 17, menciona que si consideró parte de su encargo el determinar daño emergente o lucro cesante, por cuanto en el Acta de la diligencia de la exhibición de documentos realizada el 11 de junio del 2013 a las 11h26, no se instruyó de una manera específica el desarrollo pericial, por lo que recurrió a los escritos y providencias que reposan en el expediente referidas en la contestación anterior, y en las que indican que el informe debía contener tanto el daño emergente por las inversiones efectuadas durante el periodo que estuvo vigente el contrato de comodato (2002-2012) y el lucro cesante respecto de lo que ZOFRAGUA S.A. dejará de percibir como ingresos y utilidades durante los 39 de años que faltaban por completar el plazo de los 50 años de contrato de comodato. 10) En relación a la pregunta No. 18, aclara que los rubros que suman USD $15.397.632,38 considerados como ACTIVOS NO CORRIENTE PROPIEDADES DE INVERSIONES EN PROYECTOS

PRODUCTIVOS ESPECIFICO, fueron tomados del ESTADO DE SITUACIÓN del FIDEICOMISO ZOFRAGUA TF-G-03-03-06-188 al 30 de junio de 2012, el mismo que consta en el Anexo No. 4 del Informe Pericial. 11) En relación a la pregunta No. 19 indica que en la página No. 9 del informe presentado se explica sobre el Contrato de Operación suscrito entre AMENEGSA y ZOFRAGUA, revelándose que dando cumplimiento al Contrato establecido con AMENEGSA, esta suscribe Contrato con CONSTRUCTORA VALERO para el mejoramiento de suelo y construcción de galpones en ZOFRAGUA para el USUARIO AMENEGSA por un total de $2'000.000,00, trabajos que no se culminaron y solo facturaron la Planilla No. 1 de Avance de Obra por USD $231.191,67, según Factura No.001-001-000008471 emitida el 24 de febrero de 2012 por Constructora Valero y facturada a AMENEGSA S.A., sobreentendiéndose que el mencionado valor no fue considerado en el Balance. En razón de lo expuesto, la perito se ratifica en todas las conclusiones expresadas en su informe inicial presentado el 24 de julio de 2013 a las 16h27. Con posterioridad a lo señalado; esto es, luego del informe escrito y de la audiencia pericial oral, no se ha presentado impugnación alguna al informe pericial, su ampliación y ratificatorias, presentadas y expuestas por la señalada auxiliar de la justicia; informe que la Sala lo analiza sobre su propia convicción y sana crítica; respecto del cual aprecia: La pericia ha sido dispuesta por el juzgador de instancia, de modo previo a que se verifique la diligencia de exhibición de libros contables y cuentas relativas a las inversiones realizadas por ZOFRAGUA S.A., en el terreno de propiedad de la APG; de modo que la labor de la perito es el examen e informe de la documentación de esas cuentas, inversiones y balances de la empresa actora; actividad que ha sido debidamente cumplida, con la presentación del informe principal, de su ampliación y de la diligencia pericial oral practicada por el Tribunal Distrital. La impugnación del informe pericial se ha planteado con relación a las preguntas propuestas por la entidad demandada; las cuales han sido contestadas de manera puntual por la perito; sin que se haya generado con posterioridad, pronunciamiento alguno de las partes procesales, para atacar las opiniones formuladas por la auxiliar de la justicia, que dicen relación a la base legal en la que se sustenta y en la documentación recabada para el cumplimiento de su tarea; por consecuencia, no existen elementos fácticos ni jurídicos que invaliden el documento. Debiendo dejarse establecido que ello no significa que todas esas apreciaciones deban ser recogidas por este Juzgador. 5.4.3.11.4 Con relación al informe pericial presentado por el Ingeniero Civil Fernando Abel Cañote Figueroa debe señalarse que este se limita a establecer, que de la observación realizada a las instalaciones y documentación que le ha sido proporcionada por las partes, las construcciones que han sido ejecutadas por la parte actora del juicio de instancia, están constituidas por las siguientes tres etapas: La primera, en la que existen dos bodegas, cuyas características enumera con indicación de los metros cuadrados que tiene cada una; construcción en la que funcionan oficinas; galpón tipo patio 1 (Mark Fish); garita de ingreso; edificación donde funcionan las oficinas de la CAE; y una estructura metálica patio 1. Refiere igualmente, la existencia de obras exteriores de "alcantarillado sanitario, alcantarillado pluvial, red de agua potable, que incluye cisterna general, redes eléctricas, red de datos telefónicos y seguridad, postes y luminarias, subestación eléctrica, vías lastradas, vías asfaltadas, vías con doble riego asfáltico, bordillo cuneta, bordillo recto, aceras, balanza de contenedores (garita), cerramiento interno de malla y concertina, cerramiento externo de tubo negro con zócalo de hormigón sobre la Calle P, y varias obras en cerramientos sobre la Calle Cacique Tomalá con estructura de hormigón armado y paredes de bloques, mejoramiento del suelo en plataforma con relleno compactado, áreas verdes, jardines, palmeras, árboles, arcilla, y sistema de riego, pintura en parqueos, provisión de agua, batería de baños, alquiler de cargadora, replanteo de terreno para hospital, señalización y torre de vigilancia. La segunda etapa que comprende una superficie aproximada de veinte hectáreas, con "cerramiento interno de malla y concertina, cerramiento externo de tubo negro con zócalo de hormigón sobre la Calle P, mejoramiento del suelo en plataforma con relleno compactado, alcantarillado sanitario hacia el sector destinado para la planta de tratamiento de aguas residuales". La etapa tercera, que tiene aproximadamente cinco hectáreas, con cerramiento sobre la calle Cacique Tomalá, con estructura de hormigón armado y paredes de bloque, en la que existe mejoramiento de suelo con relleno compactado. Información que se la considera válida, para apreciar las actividades que fueron cumplidas por Zofragua, para efectos del uso del inmueble que le fuera

entregado en comodato por parte de Autoridad Portuaria de Guayaquil. 5.4.3.11.5 Sobre el informe pericial presentado por la Economista Cecilia Bohórquez estima este Tribunal de Sala que, la auxiliar de la justicia ha sido clara en determinar que las apreciaciones que realiza en su informe se sustentan en documentación proporcionada por Zofragua S.A., relacionada al periodo enero 2002 a septiembre de 2007;, la empresa "Trust Fiduciaria Administradora de Fondos y Fideicomisos S.A, Administradora del Fideicomiso Zofragua TF-G-003- 03-06-188 del periodo comprendido entre de enero del 2007 al 30 de junio de 2012"; sobre la cual ha efectuado el análisis de contratos suscritos para la realización de "estudios, diseños del proyecto, construcciones de infraestructura, y demás costos directos e indirectos relacionados con el desarrollo del Proyecto de la Zona Franca del Guayas"; y que, de la información que traen esos documentos, puede establecer que la inversión realizada por la empresa actora del juicio de instancia alcanza los nueve millones noventa y dos mil cuatrocientos sesenta y seis 60/100 dólares (USD $9.092.466,60); cuyo detalle y valoración desglosa en el cuadro que se hace constar en párrafos anteriores; los cuales corresponderían al daño emergente ocasionado a Zofragua S.A., como efecto de la ejecución de los actos administrativos de terminación unilateral del Contrato de Comodato, que contrariando al orden jurídico, fueron expedidos por Autoridad Portuaria de Guayaquil. La Sala aprecia asimismo que las preguntas formuladas por la parte demandada a la perito, han sido contestadas con claridad y precisión por ella, estableciendo con detalle las aclaraciones a su informe y determinando que los rubros cuestionados por APG, no han sido tomados en cuenta en el informe; todo lo cual permite determinar que, dicho documento tiene el valor técnico contable para determinar el valor relativo al daño emergente ocasionado a la accionante como efecto de la emisión de los actos administrativos por los cuales la Administración demandada dio por terminado el contrato de comodato, en contraposición al orden jurídico. Es indispensable que se deje establecido que en la demanda la empresa actora reclama el pago del daño emergente por una suma no menor a la suma que fija en USD $8'439.077,04; sin embargo, el informe pericial determina que este rubro alcanza la suma de USD $9.092.466,60; según los rubros considerados en el informe pericial; al cual se sujeta esta Sala. El informe pericial, con respecto a la valoración del lucro cesante expresa que este alcanza los trescientos ochenta y cinco millones novecientos ocho mil cuatrocientos noventa y un 11/100; valor al que arriba por la proyección, en 10 años, de los estados financieros de Zofragua, relacionados con las ganancias netas al 31 de diciembre de 2010 y 2011 y que hubiesen sido las utilidades percibidas por la empresa. En razón de que en este aspecto, puede evidenciarse que la imposibilidad de seguir manteniendo la actividad desarrollada por Zofragua S.A., no solo tiene el componente de la acción relativa a la terminación un unilateral del contrato de comodato suscrito con APG, sino a otros componentes que ciertamente no son parte de la Litis propia de este proceso judicial, no se acepta la apreciación de la perito. No obstante, es claro que al haberse determinado el valor del daño emergente, mensurado en la cantidad ya indicada, se estima pertinente que sean pagados al accionante, como valor de lucro cesante, los intereses legales sobre ese capital. 5.4.3.11.6 La falta de competencia de la autoridad pública, provoca indefectiblemente la nulidad de todas sus actuaciones; siendo este vicio afectador de la legalidad de las decisiones administrativas, considerado de gravedad superlativa, gravísimo dicen los doctrinarios, al extremo que ello implica que no puedan contar estos, con la presunciones de legalidad, ejecutoriedad y ejecutividad, ya que un acto expedido por una persona que no tiene la habilitación jurídica concreta para manifestar la voluntad pública no puede entrar en la órbita de la legalidad, propia de aquellas actuaciones que se han sometido con rigor a los mandatos del derecho objetivo regulado por el Derecho Administrativo; por manera que los juzgadores están obligados a reconocer la existencia de la nulidad de pleno derecho y, a dejar sin efecto todas las consecuencias materiales que hayan provocado estas actuaciones irregulares; en función de lo que dicte el interés público que está tutelado por los juzgadores, como también los derechos de los particulares afectados por esas actuaciones. De modo regular, se suele confundir a la nulidad en materia civil (absoluta y relativa), con la nulidad en materias reguladas por el Derecho Administrativo, al que también se le llama Derecho del Estado; lo cual no es propio, ya que en este último, como lo hemos dicho, están presentes vicios afectadores del valor legal de la decisión administrativa de que se trate y sus efectos deben ser estimados en función de que el interés público no se lesione; por ello la doctrina ha establecido una gradación de esa gravedad, fijándola

como vicios gravísimos, graves, leves y levísimos. En ese sentido los vicios graves son aquellos que la ley determina como nulos de pleno derecho y fundamentalmente se producen cuando la autoridad pública que los emite carece de competencia, en razón del grado, de la materia, del territorio o del tiempo. Su efecto es ex tunc, esto es, desde siempre; porque no se puede dar valor a lo que nace inválido. Esta clase de actos son los llamados inexistentes, porque la afectación al interés público es superlativa; lo cual impide su convalidación; el efecto de esta clase de vicio hace que la actividad se retrotraiga indefectiblemente, al tiempo de la emisión del acto administrativo ya que nunca fue valido, su propósito es entonces reponer la juridicidad y dejar sin efecto todos aquellos actos materiales que se generaron por la ejecución de la decisión pública; reparando todo aquello que fuere materialmente posible o impidiendo que el potencial daño ocasionado perdure. En el presente caso es evidente que la nulidad de los actos administrativos impugnados, tiene un vicio gravísimo por la falta de competencia de las autoridades que lo emitieron e incluso por el la causa, objeto y desviación de poder den esa actuación inválida. Por estas razones se debe establecer que en el presente caso, la nulidad de dichas resoluciones administrativas, determinaría necesariamente la restitución del contrato de comodato a fin de que pueda el comodatario continuar con el uso del inmueble por el resto del plazo faltante; no obstante, el accionante no ha demandado esta restitución y, además resulta insoslayable que las autorizaciones para el establecimiento y funcionamiento de la zona franca han sido canceladas, por lo que no podría ejercer esa actividad; elementos que permiten colegir la imposibilidad de la restitución de contrato de comodato. Es de toda evidencia asimismo que, a juicio de esta Sala, en el caso se ha configurado la existencia de los elementos propios de la responsabilidad patrimonial del Estado; esto es: a) Existe una daño calificado, el cual ha quedado demostrado con las pericias a las que se han hecho referencia; b) La imputabilidad del Estado por las actuaciones y omisiones de sus funcionarios; c) El factor de atribución que consiste en la emisión de resoluciones administrativas ilícitas, que fueron impugnadas en este proceso judicial; y, d) La evidencia de un nexo causal entre el daño ocasionado y el deber objetivo de cuidado que no ha sido observado por los funcionarios públicos. **CUARTA: DECISIÓN:** Con sustento en todo lo expuesto, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, sobre la base de las consideraciones referidas en los considerandos de la sentencia de mérito: **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** 1) Inadmite la reconvención propuesta por Autoridad Portuaria de Guayaquil. 2) Acepta la demanda planteada por la empresa Zofragua S.A., y declara la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas contenidas en: la Resolución No PD-012-2012 de 20 de marzo del 2012, suscrita por el Presidente del Directorio de la Autoridad Portuaria de Guayaquil y en la Resolución No G-028-2012 de 23 de marzo del 2012 suscrita por el Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil; como consecuencia de lo cual se dispone: 2.1 La devolución a Zofragua S.A. de los valores correspondientes a la ejecución de la póliza de fiel cumplimiento del contrato, que por un valor de trescientos cincuenta mil dólares ha sido ejecutada por disposición de la entidad pública demandada, valor al que se agregarán los intereses legales, contabilizados desde la fecha de ejecución de esa póliza, hasta la fecha de pago efectivo; para lo cual se concede el término de treinta días hábiles, contados a partir de le ejecutoria de esta sentencia. 2.2 Se declara que la accionante ZOFRAGUA S.A., tiene derecho a la indemnización por daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la terminación unilateral del contrato principal y las adendas, debidamente identificadas en la parte motiva de este fallo; indemnizaciones que consisten en: a) Por daño emergente, la suma de USD$ 9.092.466,60 (NUEVE MILLONES NOVENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS, 60/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA); y , b) Por lucro Cesante el valor de los intereses legales que se contabilizarán desde el desde el 23 de marzo del 2012, hasta la fecha de pago efectivo del daño emergente. Se concede a la demandada Autoridad Portuaria de Guayaquil el término de treinta días para el cumplimiento de esta disposición. 3) No ha lugar a las demás pretensiones de la accionante. Sin costas ni honorarios que regular. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

f) Dr. Patricio Secaira Durango, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Milton Velásquez Díaz, JUEZ NACIONAL; Dr. Iván Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL (E).

VIII

Juicio Nro. *17811-2020-00500*
Resolución Nro. *1252-2022*
Fecha: *21 de diciembre del 2022, las 16h44*

TEMA: La impugnación en el juicio de expropiación.

ASUNTO

El actor, en su calidad de presidente de la Asociación Agropecuaria "El Trapiche", presenta acción subjetiva de plena jurisdicción, mediante la cual solicita se declare la ilegalidad y nulidad de la resolución No. 709-2019-GAD-I, de 27 de noviembre de 2019, a través de la cual se realiza el anuncio del proyecto para la Construcción del Nuevo Mercado Mayorista, ubicado junto al nuevo Paso Lateral de Ibarra, parroquia San Antonio, cantón Ibarra, provincia de Imbabura, y el consiguiente juicio de expropiación de las zonas implicadas.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, en voto de mayoría, refiere que para que se origine la acción no basta con la presentación de la demanda, sino que ésta debe reunir los presupuestos procesales - supuestos de existencia y validez formal previos - sin los cuales no puede nacer la relación jurídica que le faculta al juez a iniciar el proceso.

El tribunal agrega que el artículo 58 numeral 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sobre la expropiación, establece que en el caso de que no sea posible un acuerdo directo, la entidad expropiante emitirá el respectivo acto de expropiación, siendo susceptible de impugnación, únicamente en lo atinente a la determinación del justo precio, de conformidad con las reglas del Código Orgánico General de Procesos.

Los jueces añaden que con el acto de proposición presentado se pretende interponer una acción subjetiva en contra de la resolución N° 709-2019-GAD-I, que por disposición taxativa de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública puede ser impugnada únicamente por el propietario del bien, exclusivamente en cuanto al justo precio, de conformidad con el trámite para el juicio de expropiación.

Por lo expuesto, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito concluye que no es posible verificar los presupuestos procesales necesarios para que prospere la demanda. En consecuencia, el tribunal estima que la demanda planteada resulta manifiestamente inadmisible.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2020-00500

Juez Ponente: Dr. Fabián Racines Garrido

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
Quito, miércoles 21 de diciembre del 2022, las 16h44,

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

- 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. Iván Rodrigo Larco Ortuño fue designado como Conjuez Nacional por el Consejo de la Judicatura el 15 de marzo de 2018; ratificado por el artículo 2 de la Resolución 187-2019 de 15 de noviembre de 2019; y posteriormente fue designado como Juez Nacional encargado mediante Oficio No. 115-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, suscrito por el doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

iv. 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.

v. Conforme el acta de sorteo electrónico realizado con fecha miércoles 30 de junio de 2021, a las 14:10 constante a fojas 18 del expediente de casación, el Tribunal competente para conocer y resolver la presente causa se encuentra conformado por los Jueces Nacionales: Fabián Patricio Racines Garrido, como Juez Ponente, en virtud de lo establecido en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, Iván Rodrigo Larco Ortuño y Patricio Adolfo Secaira Durango.

vi. Con auto de sustanciación de fecha jueves 10 de noviembre del 2022, las 08h25, se convocó para el día viernes 02 de diciembre de 2022, a las 11h00, para que se desarrolle la audiencia de sustentación del recurso de casación prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos.

vii. En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compareció el recurrente, acompañado de su defensa técnica, y fundamentó su recurso con base a las causales admitidas a trámite. Luego de escuchar a las partes procesales, esta Sala Especializada pronunció la resolución oral adoptada por unanimidad, mediante la cual se acepta el recurso de casación interpuesto por el señor Pedro Rafael Loyo Pasquel, en representación de José Ramiro Ibarra y Romel Anderson Ibarra Benalcazar, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita debidamente motivada, conforme los términos que se exponen a continuación.

I.

ANTECEDENTES

1.1.- En auto de mayoría de lunes 31 de agosto del 2020, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, (en adelante **"TDCA de Quito"** o **"Tribunal de instancia"**, indistintamente) dentro del juicio No. 17811-2020-00500, promovido por el señor Pedro Rafael Loyo Pasquel, en representación de José Ramiro Ibarra y Romel Anderson Ibarra Benalcazar , en su orden, cónyuge sobreviviente y heredero de la señora Elena Elizabeth Benalcazar en contra del Alcalde y Procurador Síndico de la Ilustre Municipalidad de Ibarra, resolvió lo siguiente: *"**TERCERO.-** Como hemos evidenciado del acto de proposición, con el cual el compareciente, el señor PEDRO RAFAEL LOYO PASQUEL en su calidad de PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN AGROPECUARIA "EL TRAPICHE" y APODERADO ESPECIAL DEL SEÑOR CARLOS AQUILINO ESTÉVEZ SUAREZ, pretende interponer una acción subjetiva en contra del Resolución N° 709-2019-GAD-I de 27 de noviembre del 2019, resolución que por disposición taxativa de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, puede ser impugnado por el propietario **exclusivamente en cuanto al justo precio**, de conformidad con el trámite para el juicio de expropiación; conforme la normativa que ha sido expuesta en el presente auto; de allí que a este Tribunal no le sea posible verificar los presupuestos procesales necesarios para que pueda prosperar la demanda, con su pretensión. Por lo tanto, la demanda planteada resulta manifiestamente inadmisible, sin que el juzgador pueda convalidar la ausencia de requisitos imputables exclusivamente al accionante. **CUARTO.-** Por lo antes expuesto y en aplicación al último inciso del artículo 147 del*

COGEP, este Tribunal INADMITE a trámite la presente demanda; disponiéndose la devolución de la documentación adjuntada a la misma, sin necesidad de dejar copias.- Debido a la emergencia nacional, a las medidas de seguridad vigentes y en cumplimiento a la Resolución No. 078-2020 emitido por el Pleno del Consejo de la Judicatura, el presente auto será notificado únicamente a los correos electrónicos que obran en el proceso; así mismo es suscrito de manera electrónica con los efectos establecidos en el artículo 14 de la Ley de Comercio Electrónico.- Téngase en cuenta la casilla judicial y los correos electrónicos señalados para recibir posteriores notificaciones".

1.2.- La parte accionante con fecha 12 de octubre del 2020, a las 14h56 presentó el recurso de casación en contra del auto ya individualizado, con base en la causal primera, segunda y tercera del artículo 268 del COGEP. En este sentido, el Tribunal de instancia, después de verificar que el recurso ha sido presentado en el tiempo oportuno, lo concedió, mediante providencia de fecha martes 10 de noviembre del 2020, a las 11h53.

1.3.- Con auto de fecha 20 de abril del 2021, las 10h32, el doctor Javier Cordero López, en calidad de Conjuez Nacional, admitió el recurso de casación presentado por los casos primero, segundo y tercero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante, **"COGEP"**).

II.

ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si el auto de fecha 31 de agosto del 2020, a las 14h29, ha incurrido en el yerro acusado por el recurrente, esto es, el caso primero del artículo 268 del COGEP.

2.3.- 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 de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia).*

2.4.- 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 lógico-jurídico 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)*

2.5.- 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)

III.

ANÁLISIS DEL CASO PRIMERO DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

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

3.1.- Santiago Andrade Ubidia, en su obra "La Casación Civil en el Ecuador" señala que: *"… debe advertirse que no toda violación del procedimiento es motivo de casación a su amparo. La norma es muy clara: únicamente cuando ha habido aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, a condición de que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente."* (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 116).

3.2.- El maestro Andrade Ubidia desarrolla los principios que informan esta materia y nos enseña que: *"Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio esté contemplado en la ley como causa de nulidad; y b) que sea de tanta importancia, esto es, trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de la especificidad) pero no solamente esto, sino que, además, debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de la trascendencia)."* (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 117).

3.3.- Esta Sala Especializada considera conveniente resaltar el criterio que ofrece Humberto Enrique Tercero Bello Tabares sobre el principio de trascendencia o determinancia del recurso de casación, que lo hace de la siguiente manera: *"La demanda de casación conforme a su debida técnica, debe ser un juicio técnico, científico y jurídico, lógico, coherente y objetivo, del cual se desprendan no sólo la ocurrencia de los yerros delatados, sino su trascendencia o determinancia en las resultas del proceso, lo que en general e propio de los errores de juzgamiento, cuando estamos en presencia de infracción directa o indirecta de la ley, lo que impone al casacionista la carga de acreditar argumentativamente esa determinancia del vicio; incluso y respecto a la delación del tema fáctico y probatorio, atendiendo al principio probatorio de valoración integral de las pruebas, especialmente en los procesos orales, el casacionista debe hacer un mayor esfuerzo intelectivo, ya que debe conectar las denuncias de errores de hecho o de derecho en el juzgamiento de los hechos, con los demás medios probatorios y pruebas, que aún no delatadas en casación, permiten establecer de manera correcto los hechos en forma armónica corroborada y relacionada, insistimos, ello conforme al principio de valoración integral de la prueba y de unidad de la prueba, lo que en definitiva permitirá a Casación apreciar si efectivamente se ha producido la infracción indirecta de la ley*

y si la misma es trascendente o determinante." (Bello Tabares, H. E. T. (2017). La casación civil. Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Pag. 412-413)

3.4.- El mismo Andrade Ubidia señala que: *"...Las causales y la determinación de las normas jurídicas violadas no marchan solas, sino que hay entre ellas una total conexión, por ello no basta atribuir al fallo de instancia que ha transgredido una o muchas disposiciones legales y que se halla incurso en una o varias de las causales de casación, (...) El recurrente debe señalar en forma concreta y detallada de qué manera se han transgredido las normas de derecho invocadas, según la causal alegada; en efecto, se puede distinguir: a) Si se invoca la causal segunda, se ha de señalar en qué ha consistido la violación de las garantías del debido proceso, o cual ha sido la formalidad procesal incumplida que ha viciado al proceso de nulidad insanable o provocado indefensión y de qué manera ha influido en la decisión de la causa; (...) e) ...con respecto a la causal primera, debe señalarse cómo debió ser la debida aplicación o cuál la correcta interpretación de la norma de derecho sustancial o del precedente jurisprudencial invocado; o cuál es la norma de derecho sustancial o el precedente jurisprudencial obligatorio que se ha aplicado indebidamente y cuál debió ser el aplicable al caso."* (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador, Edit. Andrade & Asociados, Quito, 2005, pág. 203).

3.5.- *Prima facie,* esta causal contiene tres submotivos, que son, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación con referencia concreta a las normas procesales, es decir al derecho adjetivo, a diferencia de lo que ocurre con el caso quinto del artículo 268 del COGEP que se refiere a las normas de derecho sustantivo.

3.6.- Por su parte, Luis Cueva Carrión, en su obra "La casación en materia civil", señala que: *"Para que la violación de la ley adjetiva constituya causal de casación se requiere:* ***a)*** *Que la violación produzca nulidad insanable;* ***b)*** *Que la nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente;* ***c)*** *Que se hubiere provocado indefensión; y,* ***d)*** *Que, tanto la nulidad insanable como la indefensión, hubieren influido en la decisión de la causa."* (Cueva, L. (2011). La casación en matera civil. Quito: Ediciones Cueva Carrión. Pag. 271).

3.7.- Dicha causal es en realidad compleja, ya que trae consigo varios elementos que deben ser cumplidos para que la proposición jurídica sea completa y debidamente fundamentada. En efecto, estos elementos son:

a) Señala los modos de infracción en los que pueden estar presentes los vicios que de ella se derivan; los cuales por su propia esencia son autónomos, ya que reflejan situaciones distintas; es por ello que, respecto de una misma norma no puede alegarse sino uno de esos yerros (aplicación, indebida, falta de aplicación o errónea interpretación); por consiguiente, si se escogen dos modos o tres, para denunciar la infracción de una misma norma, el recurso es absolutamente improcedente, por una evidente incongruencia y contradicción. Por tanto, es indispensable, que el recurso exprese con claridad y precisión, cuál de los modos de infracción estima que se halla presente en la sentencia o auto del que ha recurrido.

b) Que cualquiera de esos yerros, hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión; cabe entonces la siguiente pregunta: ¿en qué circunstancias pueden estar presentes estos dos institutos jurídicos? Para responder esta pregunta, es necesario verificar lo siguiente:

b.1 Nulidad: El mismo autor (Tama, p.188), sobre esa nulidad expresa: *"Por ello -dice la doctrina jurisprudencial- todo cargo en contra de la sentencia, amparado en la causal (...) debe hacer referencia a los artículos (...); pues de lo contrario, el cargo no sería una proposición jurídica completa, que se requiere para recurrir en casación, (o lo que es lo mismo, hay que subsumir el vicio alegado, con la norma procesal pertinente que contempla la nulidad procesal); normas procesales éstas, que son de orden público, de estricto cumplimiento y que no están al arbitrio del juzgador ni de las partes, modificarlas o alterarlas, o darles un alcance, una aplicación u omisión no previstas en el catálogo procesal..."*. Para que la fundamentación sobre esta causal tenga una proposición jurídica completa, el casacionista debe referir cuál de las causales de nulidad contempladas en el Código Orgánico General de Procesos, está presente en la decisión judicial interpelada.

Debe por tanto tenerse presente que, en la casación, es aplicable y fundamentalmente en esta causal, el denominado principio de especificidad el cual determina que las únicas causales por las cuales puede declararse la nulidad del proceso judicial, son aquellas que de modo expreso están determinadas en la Ley; sin que otros vicios puedan tener el mismo efecto (*pas de nullité sans texte; sin texto no hay nulidad).*

b.2 Indefensión: La indefensión puede ser definida como aquel hecho por el cual se impide o se restringe a una persona el ejercicio libre de su derecho

a defenderse dentro de un proceso judicial. Se impide la defensa cuando se imposibilita, se prohíbe, o se priva que la persona pueda exponer su posición en el juicio o presentar y actuar pruebas para justificar su derecho. Se restringe la defensa en cambio, cuando se dificulta, se veda, se coarta o se obstaculiza ese derecho; a través de distintos medios, sean físicos, de autoridad o jurídico-procesales; imposibilitando el uso de los medios o haciendo que estos sean realmente insuficientes, para la finalidad perseguida por la persona que sufre esa acción o esa omisión. Varias son las normas jurídicas que trae la Constitución ecuatoriana, orientadas a garantizar los derechos de defensa de las personas: artículo 75 relativo al acceso y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, artículo 76 que contiene varias garantías al debido proceso, artículo 77; entre otros; varios de los cuales están desarrollados en varios cuerpos legales.

c) Y que estando presente causa de nulidad o elementos que justifiquen la existencia de indefensión hayan influido, por la gravedad de la transgresión, en la decisión tomada por el Juzgador de instancia; la cual opera condicionada a que esa nulidad no haya sido objeto de subsanación legal en el proceso. Este mandato legal contiene el denominado principio de trascendencia: Santiago Andrade Ubidia, se refiere a que el vicio denunciado en la casación, sea de tal importancia, que el proceso judicial no pueda debidamente cumplir su misión *"sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión";* pero no solo eso, sino que: "*debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causa, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de la trascendencia)*" (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito-Ecuador, 2005, páginas 116 y 117).

3.8.- La parte recurrente, referente al yerro de la causal primera, tanto en su escrito de casación y su aclaración señala como normas infringidas, las siguientes: *"Caso 1, por indebida de (sic) aplicación del artículo 147 Código Orgánico General de Procesos. Caso 1, por falta de aplicación de los artículos 75, 76, numerales 3,7 literales a) y l) de la Constitución de la República; 12, de los incisos primero y cuarto del artículo 146 del Código Orgánico General de Procesos."* Respecto a la indebida aplicación del artículo 147 del COGEP, el recurrente menciona: *"Es evidente la indebida aplicación del Art. 147 COGEP cuyo texto íntegro contiene el silogismo completo que, obviamente, no puede ser utilizado de manera parcial como demuestra la parte subrayada de la transcripción anterior (...) Aclaro, el Tribunal a quo sólo aplica el último inciso del Art. 147 del Código Orgánico General de Proceso, cuando para fundamentar el pronunciamiento de inadmisión de la demanda es ineludible que el Tribunal explique alguno de los numerales que contiene esa misma norma; por tanto, la forma en que se emite el considerando CUARTO transcrito, ocasiona indefensión del actor, porque el yerro evidenciado impide que ejerza el derecho constitucional de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, así como violenta la seguridad jurídica, principio que garantiza la monofilaquia- tutela- del Art. 147 DEL Código Orgánico General de Procesos. Aclaro, la argumentación equívoca del Tribunal a quo, contenida en el considerando CUARTO transcrito, es trascendental e influye decisivamente en el pronunciamiento de inadmisión de la demanda que expresa el auto objeto de casación."* Y sobre la falta de aplicación de normas procesales, argumenta: *" El debido proceso de admisión de la demanda en los juicios de conocimiento, entre los que se incluye al procedimiento especial contencioso administrativo, se desarrolla en varios momentos, regulados por las normas jurídicas públicas del Código General de Procesos, así: 1) Demanda, acorde los artículos 142 y 143. 2) Aclaración y complemento de la demanda, inciso segundo Art. 146. 3) Calificación de la demanda, inciso cuarto del Art. 146. 4) Inadmisión de la demanda, Art. 147 (...) El procedimiento contencioso administrativo es de única instancia, no cabe el recurso de apelación; en consecuencia, el auto interlocutorio que de manera inoportuna inadmite la demanda al propiciar disquisición jurídica ocasiona retardo en el acceso a la justicia, porque los accionantes están siendo obligados a interponer recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, por indolencia en el cumplimiento de los principios constitucionales de aplicación de los derechos, lo cual es inexcusable pues el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa es tutelar los derechos de toda persona, realizar el control de legalidad, inclusive la desviación de poder.*

"A decir del recurrente, tanto en la fundamentación escrita, como en la audiencia de sustentación del recurso, la indebida aplicación del artículo 147 del COGEP y la falta de aplicación de los artículos 75, 76 numerales 3 y 7 literales a) y l) de la

Constitución dela República; artículos 12 e incisos primero y cuarto del artículo 146 del COGEP, provocaron su indefensión, la transgresión del derecho al debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica.

3.9.- En el presente caso, el Tribunal de instancia con voto de mayoría, de conformidad al inciso final del artículo 147 del COGEP, consideró como manifiestamente inadmisible a la demanda presentada por el accionante; por cuanto, se encontraba impugnando la Resolución No. 709-2019-GAD-I de 27 de noviembre del 2019, en la que la Alcaldía de Ibarra declaró de interés social y con fines de expropiación y ocupación inmediata el inmueble de la señora Elena Elizabeth Benalcazar, aduciendo que por disposición de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, puede ser impugnada por el propietario exclusivamente por el justo precio.

3.10.- Esta Sala no comparte con el criterio del voto de mayoría en el auto interpelado; por cuanto, el juzgador se encuentra en la obligación de verificar si la demanda se encuentra clara y completa conforme los requisitos que exige la norma procesal. En caso de que la demanda no contenga de manera completa los requisitos exigidos por la ley o no se encuentren claros, deberá disponer su aclaración y complemento, esto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 146 del COGEP, que en su parte pertinente expresa: *"Presentada la demanda, la o el juzgador, en el término máximo de cinco días, examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas. Si la demanda no cumple con los requisitos previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias..."*. Sobre los presupuestos procesales Enrique Véscovi, nos enseña: *"son, entonces, los requisitos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida. También se dice, son las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder deber-del juez de proveer sobre el mérito (CALAMANDREI)"* (Teoría General del Proceso, Enrique Véscovi, 2da. Edición Actualizada.). Solo con la concurrencia de los requisitos que señala la norma procesales para que la demanda sea calificacada como clara y completa, el juzgador se encontraría facultado para seguir con la sustanciación del proceso judicial, no obstante, el artículo 146 del COGEP, faculta al juzgador para que disponga al accionante aclarar y completar su demanda, en caso de que a esta le falten los requisitos exigidos por la ley o en caso de que los mismos no se encuentren claros.

3.11.- En la especie, el Tribunal de instancia en su auto de inadmisión, advierte que la demanda para ser admitida a trámite debe reunir ciertos requisitos señalados por la norma procesal, haciendo hincapié en la pretensión del accionante, lo cual permite entender que la demanda presentada por el accionante no reuniría los requisitos exigidos por la ley o no se encuentran claros para que la demanda sea calificada como clara y completa, cuando lo que debió realizar el Tribunal de instancia, era disponer que se aclare y se complete la misma en los términos que señala el artículo 146 del COGEP, a fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del accionante.

3.12.- Sobre el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional del Ecuador, en su Sentencia No. 1943-12-EP/19 de 25 de septiembre de 2019, señaló que: "*... se compone de tres supuestos, a saber: 1. El acceso a la administración de justicia; 2. la observancia de la debida diligencia; y, 3. la ejecución de la decisión. Como parte de la tutela judicial efectiva, se reconoce a las partes el derecho a obtener una solución al conflicto, esto es una sentencia que resuelva sobre el fondo de la controversia de manera motivada."* La misma Corte Constitucional, en su Sentencia N.° 287-15-SEP-CC de 02 de septiembre del 2015 señala que: *"Consecuentemente, el derecho a la tutela judicial implica el acceso efectivo a la justicia y obtener de ella una respuesta en base a los preceptos constitucionales y legales vigentes en el ordenamiento jurídico nacional. En este sentido, este derecho contempla un enfoque integral, a efectos de garantizar la vigencia de derechos constitucionales. En consecuencia, la tutela judicial efectiva requiere de la existencia de operadores de justicia, quienes deben velar por el cumplimiento de la normativa constitucional y legal dentro de un caso concreto, con el objeto de alcanzar la justicia."*

3.13.- Con base en el análisis constante en los apartados anteriores, la decisión del Tribunal de instancia de declarar la demanda como manifiestamente inadmisible, limitó el derecho a la tutela judicial efectiva del accionante, no tuvo la oportunidad de aclarar y completar su demanda, si esta no contenía los requisitos exigidos por la ley o no se encontraban claros. Sin que sea necesario el

análisis de las otras causales esta Sala Especializada, concluye que el recurrente ha justificado el yerro alegado y su trascendencia, en consecuencia, el cargo alegado puede prosperar.

IV.

DECISIÓN

4.1 Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA acepta** el recurso de casación interpuesto por el señor Pedro Rafael Loyo Pasquel; y, en consecuencia, casa el auto dictado el día lunes 31 de agosto del 2020, a las 14h29, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, dentro del juicio No. 17811-2020-00500.

4.2 En virtud de esta decisión, se declara la nulidad del auto dictado el día lunes 31 de agosto del 2020, a las 14h29, constante a fojas 66 del cuaderno procesal; y, en consecuencia, un nuevo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, deberá seguir sustanciando el proceso, desde el punto en que se ha producido la mencionada nulidad.- Sin costas ni honorarios que regular.- **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Fabián Racines Garrido, JUEZ NACIONAL (PONENTE), Dr. Iván Larco Ortuño, JUEZ NACIONAL Dr. Patricio Secaira Durango, JUEZ NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2022

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

I

Juicio Nro. *09501-2020-00160*
Resolución Nro. *31-2022*
Fecha: *21 de enero del 2022, las 12h09*

TEMA: Procedencia de la determinación presuntiva.

ASUNTO

Un ciudadano de profesión futbolista presenta demanda en contra del Servicio de Rentas Internas, impugnando la resolución No. 109012020RREC036461, que rechaza el reclamo presentado contra el acto de determinación por el impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2015.

Como fundamento de su acción el demandante alega que la administración tributaria se encargó simplemente de sumar todos los ingresos, sin tomar en cuenta el motivo de cada uno, como si todos fueran producto de un salario recibido en relación de dependencia, así como que tampoco tomó en cuenta ningún tipo de gastos, con excepción de los gastos personales. En ese sentido, el accionante afirma que existe un evidente detrimento de su capacidad contributiva y que lo que procede es la aplicación de la determinación presuntiva.

Por su parte, el Servicio de Rentas Internas manifiesta que el actor no presentó documentación que soporte los gastos en que habría incurrido por concepto de terapias físicas, atención médica especializada, transporte, suplementos alimenticios, servicios de representación, insumos para el cuidado de imagen, movilización y traslado a reuniones; y, que la determinación de forma presuntiva tiene lugar única y exclusivamente cuando no sea posible realizar la determinación de manera directa, lo cual no sucedería en este caso.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil señala que los ingresos del accionante no provienen únicamente de la relación de dependencia que mantiene con el Club Sport Emelec, pues están plenamente diferenciados en las planillas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y las liquidaciones de compra; y, que la situación no ha sido identificada por el Servicio de Rentas Internas, la cual ha clasificado la mayoría de ingresos como si fueran bajo relación de dependencia, sin analizar la actividad económica del contribuyente, cuyos ingresos proceden de diversas actividades que no solo se enmarcan en una relación de dependencia, lo que conlleva una afectación a la posibilidad de plantear deducciones.

De esta manera, el tribunal indica que no cabía la reclasificación de ingresos, por lo que, ante la inexistencia de contabilidad y se soportes, cabe el supuesto previsto en el numeral segundo del artículo 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que impide la determinación directa, y que lo que corresponde es que la administración tributaria la determinación presuntiva del impuesto a la renta del contribuyente.

En consecuencia, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil resuelve declarar con lugar la demanda y la invalidez legal de las actuaciones administrativas que conllevaron a la determinación directa del ejercicio económico del año 2015, por lo tanto, dispone que la administración tributaria realice una determinación presuntiva.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09501-2020-00160

Juez Ponente: Dr. José Suing Nagua

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

Quito, viernes 21 de enero del 2022, las 12h09,

VISTOS: La abogada Keeli Hoyos Calle en calidad de procuradora fiscal de la economista Gabriela Orellana Rosero en calidad de Directora Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación en contra del fallo dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, el 09 de diciembre del 2020, las 11h23, dentro del juicio de impugnación No. 09501-2020-00160.

PRIMERO: COMPETENCIA.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 185 segunda parte numeral 1 y numeral 2 del artículos 201 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SEGUNDO: DECISIÓN DE INSTANCIA.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, el 09 de diciembre del 2020, las 11h23, acepta la demanda presentada por el señor Juan Pablo Fernández Garzón, en su calidad de procurador judicial del señor Pedro Ángel Quiñonez Rodríguez y declara la ilegalidad de las actuaciones administrativas que conllevaron a la determinación directa del ejercicio económico del año 2015 y dispone que la Administración Tributaria realice una determinación presuntiva conforme los coeficientes establecidos mediante Resolución para el ejercicio fiscal del año 2015, debiendo a dicho valor determinado presuntivamente descontarse las retenciones y pagos previos efectivamente cancelados.

TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.- Con fecha 04 de febrero del 2021, las 13h40, la abogada Keeli Hoyos Calle en calidad de procuradora fiscal de la economista Gabriela Orellana Rosero, Directora Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación, mismo que es calificado en auto de 09 de febrero del 2021, las 15h11, en los términos de los artículos 266 y 269 del Código Orgánico General de Procesos, para ante los Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, competentes para conocer y resolver este recurso.

CUARTO: ADMISIÓN.- Mediante auto de 05 de mayo del 2021, las 08h58, el doctor Marco Aurelio Tobar Solano en su calidad de Conjuez de esta Sala, declaró la admisibilidad del recurso de casación propuesto, admitiendo el caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por el vicio de errónea interpretación del artículo 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

QUINTO: CONTESTACIÓN AL RECURSO.- En escrito de 10 de junio del 2021, las 16h56, el abogado Roberto Francisco Castro Vizueta en calidad de procurador judicial del señor Pedro Ángel Quiñonez Rodríguez, dio contestación al recurso interpuesto por la Administración Tributaria y solicitó desechar el recurso de casación presentado.

SEXTO: INTEGRACIÓN TRIBUNAL JUZGADOR.- Mediante sorteo de la causa realizado el 15 de noviembre del 2021, las 11h24, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E); Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; 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.

SÉPTIMO: VALIDEZ PROCESAL.- No se observa del proceso ninguna circunstancia que puede afectar la validez procesal y no existe nulidad alguna que declarar, por lo que se declara el proceso válido.

OCTAVO: AUDIENCIA.- Mediante providencia de 12 de enero del 2022, las 12h50, se convocó a las partes procesales para la audiencia de sustentación del recurso de casación para el día lunes 17 de enero del 2022, las 11h00, en la que participaron el abogado Yamil Antón Chica, en calidad de procurador fiscal de la Administración Tributaria y los abogados Roberto Francisco Castro Vizueta y Manuel Gárate Campoverde, en calidad de procuradores judiciales del señor Pedro Ángel Quiñonez Rodríguez, quienes intervinieron argumentando en defensa de los intereses de sus representados, en los términos que obran de la grabación de la audiencia que se agrega en formato digital al proceso; la audiencia se suspende para ser reanudada el 19 de enero de 2022, a las 15h00, en la que se da a conocer en forma oral la decisión adoptada sobre el recurso.

NOVENO: ERROR ALEGADO.- La recurrente considera que el fallo emitido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, el 09 de diciembre del 2020, las 11h23 dentro del juicio de impugnación No. 09501-2020-00160, incurre en caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos por el vicio de errónea interpretación del artículo 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

DÉCIMO: NORMA SEÑALADA COMO INFRINGIDA.- La norma que la recurrente considera infringida es de la **Ley de Régimen Tributario Interno:** ***"Art. 23.- Determinación por la administración.-*** *La administración efectuará las determinaciones directa o presuntiva referidas en el Código Tributario, en los casos en que fuere procedente. La determinación directa se hará en base a la contabilidad del sujeto pasivo, así como sobre la base de los documentos, datos, informes que se obtengan de los responsables o de terceros, siempre que con tales fuentes de información sea posible llegar a conclusiones más o menos exactas de la renta percibida por el sujeto pasivo. La administración tributaria podrá determinar los ingresos, los costos y gastos deducibles de los contribuyentes, estableciendo el precio o valor de la contraprestación en operaciones celebrada entre partes relacionadas, considerando para esas operaciones los precios y valores de contraprestaciones que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables, ya sea que éstas se hayan realizado con sociedades residentes en el país o en el extranjero, personas naturales y establecimientos permanentes en el país de residentes en el exterior, así como en el caso de las actividades realizadas a través de fideicomisos.*

El sujeto activo podrá, dentro de la determinación directa, establecer las normas necesarias para regular los precios de transferencia en transacciones sobre bienes, derechos o servicios para efectos tributarios. El ejercicio de esta facultad procederá, entre otros, en los siguientes casos: a) Si las ventas se efectúan al costo o a un valor inferior al costo, salvo que el contribuyente demuestre documentadamente que los bienes vendidos sufrieron demérito o existieron circunstancias que determinaron la necesidad de efectuar transferencias en tales condiciones; b) También procederá la regulación si las ventas al exterior se efectúan a precios inferiores de los corrientes que rigen en los mercados externos al momento de la venta; salvo que el contribuyente demuestre documentadamente que no fue posible vender a precios de mercado, sea porque la producción exportable fue marginal o porque los bienes sufrieron deterioro; y, c) Se regularán los costos si las importaciones se efectúan a precios superiores de los que rigen en los mercados internacionales. Las disposiciones de este artículo, contenidas en los literales a), b) y c) no son aplicables a las ventas al detal. Para efectos de las anteriores regulaciones el Servicio de Rentas Internas mantendrá información actualizada de las operaciones de comercio exterior para lo cual podrá requerirla de los organismos que la posean. En cualquier caso la administración tributaria deberá respetar los principios tributarios de igualdad y generalidad. La administración realizará la determinación presuntiva cuando el sujeto pasivo no hubiese presentado su declaración y no mantenga contabilidad o, cuando habiendo presentado la misma no estuviese respaldada en la contabilidad o cuando por causas debidamente demostradas que afecten sustancialmente los resultados, especialmente las que se detallan a continuación, no sea posible efectuar la determinación directa: 1.- Mercaderías en existencia sin el respaldo de documentos de adquisición; 2.- No haberse registrado en la contabilidad facturas de compras o de ventas; 3.- Diferencias físicas en los inventarios de mercaderías que no sean satisfactoriamente

justificadas; 4.- Cuentas bancarias no registradas; y, 5.- Incremento injustificado de patrimonio. En los casos en que la determinación presuntiva sea aplicable, según lo antes dispuesto, los funcionarios competentes que la apliquen están obligados a motivar su procedencia expresando, con claridad y precisión, los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten, debidamente explicados en la correspondiente acta que, para el efecto, deberá ser formulada. En todo caso, estas presunciones constituyen simples presunciones de hecho que admiten prueba en contrario, mediante los procedimientos legalmente establecidos. Cuando el contribuyente se negare a proporcionar los documentos y registros contables solicitados por el Servicio de Rentas Internas, siempre que sean aquellos que está obligado a llevar, de acuerdo con los principios contables de general aceptación, previo tres requerimientos escritos, emitidos por la autoridad competente y notificados legalmente, luego de transcurridos treinta días laborables, contados a partir de la notificación, la administración tributaria procederá a determinar presuntivamente los resultados según las disposiciones del artículo 24 de esta Ley. Las normas de la determinación presuntiva podrán ser aplicables en la emisión de liquidaciones de pago por diferencias en la declaración o resolución de aplicación de diferencias, por parte de la Administración Tributaria, exclusivamente en los casos en los que esta forma de determinación proceda de conformidad con el artículo 24 y 25 de esta Ley, y de forma motivada por la Administración Tributaria, precautelando la capacidad contributiva de los sujetos pasivos y su realidad económica. En el desarrollo del procedimiento administrativo se deberá garantizar el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa de los contribuyentes, constitucionalmente establecidos."

DÉCIMO PRIMERO: CONTENIDO DEL CASO QUINTO DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS: *"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."*[1]

DÉCIMO SEGUNDO: ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE POR EL VICIO ACUSADO.- Respecto del vicio de errónea interpretación del artículo 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, la Administración Tributaria manifiesta que en el numeral 5.3 de la sentencia el Tribunal A quo expone cual fue el objeto de la controversia, en el que se indica: *"Establecer si en el presente caso procedía que la Administración Tributaria realice una determinación presuntiva en lugar de la determinación directa". El Tribunal hace referencia a que el SRI mal puede efectuar una determinación directa al no contar con la información contable para realizar su determinación. De igual manera, concordante con la norma infringida y con los tratadistas Horacio Ziccardi y Giuliano Fonrouge citados por el actor, se puede añadir al profesor Altamirano quien manifiesta que la Administración Tributaria "Puede actuar en forma directa cuando tiene elementos que le permiten conocer en forma cierta el elemento material de la obligación tributaria... La base cierta se caracteriza porque es necesario que todos y cada uno de los elementos de hecho que la ley describe como presupuesto para su aplicación están fijados y preparados por el propio contribuyente en su declaración... se sustenta en informaciones ciertas, suministradas por contribuyentes, responsables o terceros, obtenidas a través de una acción de la autoridad tributaria. La Administración se encarga de realizar la misma tarea que debió realizar el sujeto pasivo en el supuesto de presentar su declaración."*. Que el actor intenta distorsionar la situación jurídico fáctica con el objeto de que la Sala considere que la norma y la teoría relacionadas a la facultad determinadora por vía directa, no corresponde a los hechos que constituyen la materia gravada con el impuesto a la renta. En el caso sub judice la Administración Tributaria tiene plena certeza de los hechos conocidos en virtud de la declaración, requerimientos relacionados a terceros (Club Sport Emelec, instituciones financieras y la Federación Ecuatoriana de Fútbol), registros, y de la información proporcionada por el propio señor Quiñonez mediante sus liquidaciones de pagos y un sinnúmero de documentos que determinan sus ingresos, y con relación a sus gastos detallados en la declaración de impuesto a la renta (formulario

[1] Ecuador. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 mayo de 2015 Última modificación 26 de junio de 2019, Código Orgánico General de Procesos: artículo 268 numeral 5.

102) y su formulario 107 de retenciones en la fuente de personas bajo relación de dependencia, etc., en poder del contribuyente; así como de la información y otros datos que posee en sus bases de datos y de otros documentos en poder de otros entes gubernamentales. Que la Sala juzgadora incurre en una errónea interpretación de lo estipulado en el artículo 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno al indicar que no era posible, que con la información obtenida se realice una determinación directa, y no haberse dispuesto la realización de una determinación presuntiva ante la falta de elementos o fuentes informativas citadas en la ley, no proveyeron a la Administración elementos suficientes y confiables que permitan cierto grado de certeza de la materia imponible a pesar que el contribuyente presentó su declaración. Tal interpretación y razonamiento se aleja a todas luces del verdadero espíritu de la ley, como perfectamente lo señala el artículo 23 de la mencionada norma, por cuanto la determinación presuntiva se realizará por *"Causas debidamente demostradas que afecten sustancialmente los resultados"*. Señala que de la simple lectura de los actos impugnados y de sus antecedentes podrán notar la existencia de la declaración del impuesto a la renta y de retenciones en la fuente bajo relación de dependencia presentada por el propio contribuyente, información reportada por terceros. No cabe la menor duda de que la determinación de la obligación tributaria corresponde al Servicio de Rentas Internas. Por ello al contar con los medios necesarios para poder efectuar una determinación directa y no una determinación presuntiva se aplicó la norma correspondiente para ejecutar la determinación directa *"La determinación directa se hará sobre la base de la declaración del propio sujeto pasivo, de su contabilidad o registros y más documentos que posea, así como de la información y otros datos que posea la administración tributaria en sus bases de datos, o los que arrojen sus sistemas informáticos por efecto del cruce de información con los diferentes contribuyentes o responsables de tributos, con entidades del sector público u otras; así como de otros documentos que existan en poder de terceros, que tengan relación con la actividad gravada o con el hecho generador."* En el presente caso, el Acta de Determinación ha sido practicada sobre la base de los ingresos obtenidos de la información reportada por las entidades del sistema financiero nacional, frente a lo declarado por el mismo concepto en su Declaración de Impuesto a la Renta del mismo período, formulario 107, tal como se desprende de la referida Acta de Determinación, de tal manera que era perfectamente viable la práctica de la determinación directa, sin que sea necesario acudir a una determinación presuntiva, puesto que ésta procede ya por falta de declaración del sujeto pasivo o ya porque los documentos que respalden su declaración no sean aceptables por una razón fundamental o no presten mérito suficiente para acreditarla, cuestión que no ha ocurrido en el presente caso. Se refiere el artículo 91 del Código Orgánico Tributario y señala que la determinación directa es aquella que se realiza sobre la propia declaración del sujeto pasivo, la cual es entregada a la Administración Tributaria y ésta última es quien verifica los datos que informaron los terceros en respuesta a los requerimientos de información, comprobando así la renta realmente generada. Que los juzgadores no hacen alusión en su fallo a lo prescrito en el Art. 92 del Código Orgánico Tributario vigente para la época y cita la norma. Así también se debe observar que los juzgadores de instancia no solo en el considerando 7.4) evidencian la errónea interpretación de la norma acusada como infringida, sino también en la posibilidad de deducir gastos al establecer en su contrato de trabajo que señala que el empleador asumió todos los gastos en que incurra el señor Pedro Quiñonez. Al ser un acto entre las partes el señor Quiñónez estaba consciente de lo que incurría trabajar bajo relación de dependencia con el Club Sport Emelec, además la contabilidad no se encontraba según las disposiciones legales y reglamentarias, hecho que es incorrecto y errado al ser el señor Quiñónez una persona natural no obligada a llevar contabilidad, entonces ¿Cómo solicitar contabilidad a alguien que no tenía obligación de llevarla?, y a pesar de que el contribuyente haya presentado su declaración y a pesar de detener información de su empleador y las distintas instituciones financieras, la Administración Tributaria tenía la obligación de realizar una determinación presuntiva. Silogismo por demás reñido con las instituciones del Derecho Tributario, por cuanto los fines y alcances que ésta persigue no es posible aceptar como hecho suficiente la inexistencia de soporte contable, puesto que el propio Código Orgánico Tributario establece los medios, recursos, documentación e información que debe recabar la Administración Tributaria para aplicar la determinación directa y si en el evento de no contar con la debida documentación o que ésta no permita llegar a conclusiones más o menos exactas de la renta percibida, a manera de

excepción se aplicará la determinación presuntiva. Así, señala que debiendo la Sala de instancia exigir que se cumpla a cabalidad y de manera inexorable los deberes formales exigidos en la norma tributaria y sobre todo porque mediante éstos se logran cumplir con la determinación de los tributos y no haciendo interpretaciones incorrectas de la norma, pretendiendo incluso la aplicación de normas que no estaban vigentes para el ejercicio determinado. Está claro que la Administración Tributaria contó con todos los medios e información tributaria suficiente para cumplir plenamente con la determinación directa, siendo ésta como ya se argumentó en líneas anteriores, la insigne para establecer la cuantía del tributo por lo cual no se podía dejar de lado este hecho y proceder con una determinación estimativa que no contaba con los justificativos del caso. La determinación indirecta se aprecia sobre hechos presuntos y cuando no sea posible llevar cabo la determinación directa, es claro que por excepción se la puede llevar a cabo y no como regla general, pero en el presente caso la Sala de instancia quiere hacer parecer como necesaria en el carente análisis y redacción de su fallo. Que de la lectura del primer inciso del artículo 23 de la LRTI se desprende claramente que la procedencia de la aplicación de una u otra forma de determinación tributaria tiene como base lo establecido en la codificación del Código Orgánico Tributario en sus artículos 90, 91 y 92, esto es, lo establecido referente a la aplicación de una determinación presuntiva, que señala que para que sea procedente la realización de una determinación presuntiva es necesario que se configure el hecho de que no sea posible, bajo ningún concepto, realizar la determinación en forma directa. A su vez, las referidas normativas tributarias ven a la determinación presuntiva como un camino adicional en caso de que la determinación directa no se pueda efectuar, más nunca la convierte en una obligación para la Administración Tributaria, es decir, tiene carácter potestativo para su ejecución. La Sala de instancia procede aplicar el artículo 23 en un sentido incorrecto, ya que no verifica que los hechos relatados en el propio fallo se contradicen, hasta llegar al punto de señalar que la prueba de la Administración Tributaria estuvo orientada a demostrar que los costos y gastos glosados al contribuyente fueron asumidos por su empleador. Esto quiere decir que estaríamos hablando de un objeto diferente al planteado por el Tribunal para resolver esta causa; tanto es así que en el punto 6.1) y 6.2) de la sentencia recurrida se detalla una serie de documentación aportada por el ente tributario y de la parte actora que no se subsumen a la presupuestos jurídicos establecidos en los últimos incisos del mencionado artículo, y por el contrario corresponden a lo prescrito en los primero incisos del artículo 23 de la LRTI al referirse a la aplicación del método de determinación directa por contar con información confiable para la determinación del tributo. Correspondía la aplicación de la norma referida en el sentido de que la Administración Tributaria actuó conforme a Derecho al realizar la determinación mediante el método directo, ya que se contaba con los soportes suficientes para el efecto; no obstante, la Sala interpreta erróneamente la misma al querer atender un supuesto desbalance en la capacidad contributiva del contribuyente y a que la contabilidad en el ejercicio económico 2015 no existía, sin siquiera mencionar que el contribuyente no está obligado a llevar libros contables, para de esa forma sustentar equivocadamente que corresponde una determinación presuntiva, ya que asume que la diferencia en la documentación presentada por el contribuyente no permite llegar a conclusiones más o menos exactas, pero lo más grave aún que pretenda que se realice una determinación presuntiva en el ejercicio 2015 sin que dicha norma le pueda ser aplicada al señor Quiñónez, es por esto que la premisa está completamente descontextualizada o inexistente y deja a un lado lo que verdaderamente se cuestiona en los actos administrativos impugnados, y es que el contribuyente reportó todos los ingresos correspondientes al mismo empleador. Refiere que la Corte Nacional de Justicia ha tenido el acierto de exponer en múltiples sentencias el criterio de que la determinación realizada por el sujeto activo de la obligación deberá ser siempre la directa, y solo por excepción debidamente motivada, corresponderá la determinación indirecta o presuntiva; para lo cual deberá considerar, entre otros elementos, si para el efecto la Administración Tributaria contaba o no con la declaración y la contabilidad del sujeto pasivo. Y refiere algunos fallos como los dictados: el 20 de junio de 2014 dentro del recurso de casación No. 96-2013, el 20 de junio de 2014 dentro del recurso de casación No. 96-2013, el 24 de febrero de 2014 dentro del recurso de casación No. 03-2013, el 24 de febrero de 2014 dentro del recurso de casación No. 673-2012, el 31 de julio de 2015 dentro del recurso de casación No. 308-2014. Afirma que la autoridad demandada rechaza las alegaciones pretensiosas del actor quien, en

total deslealtad procesal, no hace honor al derecho sino a su mero interés porque no niega la existencia de la información necesaria para la determinación directa. Por el contrario, manifiesta que realiza transacciones con la compañía pero no justifica el desembolso de esos ingresos en sus propias cuentas sin que esos pagos a terceros existan al estar más que claro que esos valores son considerados ingresos gravados. Señala que lo antes descrito se encuentra en concordancia con los artículos 67 y 68 de la codificación del Código Orgánico Tributario que tratan sobre las facultades de la Administración Tributaria, entre esas, la facultad determinadora. Afirma que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado respecto a la desproporcionalidad en la magnitud de la base imponible y el impuesto causado dentro del Recurso No. 03-2013 del 24 de febrero del 2014, cuyo texto esencial cita. Finalmente, la casacionista señala en su recuso que el vicio de derecho alegado es determinante en la parte dispositiva del fallo recurrido en virtud de que la errónea interpretación del artículo 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno provocó que el Juez señale que la Administración Tributaria estaba obligada a proceder con la determinación presuntiva aplicando el principio de justicia tributaria, lo que se aleja del sentido y espíritu de la norma y de los propios hechos reflejados en fallo que sustentan lo prescrito por la norma para la procedencia de una determinación directa, en tal virtud, si se hubiera interpretado correctamente la norma no habría dejado sin efecto las resoluciones impugnadas, por lo que solicita que se proceda a realizar el control de legalidad respectivo amparado en la causal invocada y casar la sentencia recurrida pues se ha podido evidenciar la errónea interpretación del artículo 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno realizada por los juzgadores de instancia.

DÉCIMO TERCERO: DEL VICIO ALEGADO.- 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 Código Orgánico General de Procesos, admitido por el señor Conjuez de la Sala, considera: **i. La errónea interpretació**n *"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] **ii.** La recurrente cuestiona la errónea interpretación del artículo 23 de la Ley de Régimen Tributario interno, al establecer que no era posible que, con la información obtenida se realice una determinación directa y haberse dispuesto la realización de una determinación presuntiva ante la falta de elementos o fuentes informativas citadas en la ley; **iii.** En la sentencia en análisis, a partir de la definición del objeto de la controversia que lo define en "Establecer si en el presente caso procedía que la Administración Tributaria realice una Determinación Presuntiva en lugar de la Determinación Directa", formula argumentos encaminados a resolver la controversia; así en el Considerando 7, denominado MOTIVACIÓN, arriba a conclusiones como las que obran en el 7.4. *"De la revisión de las pruebas y del expediente, no se verifica contabilidad del sujeto pasivo, ni documentos, datos o informes que permitan conclusiones de la renta percibida."* Más adelante, en el mismo numeral: *"De la revisión del acto impugnado y su antecedente... se puede constatar la inexistencia de soportes contables, lo que se confirma de los escasos recaudos documentales, de orden contable en el expediente, situación constatada por los peritos de ambas partes. Se ha constatado del contrato y la actividad deportiva profesional, que aquellos ingresos no provienen simplemente de una relación de dependencia, relación contractual que rebasa la relación de dependencia, diferenciándose la actividad futbolística profesional del contrato regular de trabajo, contratos regulares donde no se incluyen derechos adicionales como lo son los derechos deportivos y las particularidades no compatibles con la legislación laboral como lo son la temporalidad, el pago de adicionales, premios y los negocios por derecho de imagen*

[2] Tolosa Villabona, L.A.; *Teoría y Técnica de Casación ibídem.*, pp. 361.

y parca que revisten las relación es de negocios entre futbolista y el club...; por estas razones no cabía la reclasificación de ingresos y ante la inexistencia de contabilidad y de sus soportes, se cumplía el supuesto previsto en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley de régimen Tributario Interno, que impedía la determinación directa, determinación que solo es posible cuando con las fuentes de información disponibles pudiera llegarse a conclusiones más o menos exactas de la renta percibida por el sujeto pasivo lo cual no consta en el expediente, ya que se determinó una utilidad del ejercicio que equivale al 99.55% de los ingresos, sin que conste justificación alguna de que aquel rubro era un resultado más o menos exacto de la renta percibida por el sujeto pasivo."(Los subrayados corresponden a la Sala); **iv.** Del contenido de la sentencia, textos transcritos en su contenido esencial, se evidencia que el Tribunal juzgador, si bien acierta en la norma que gobierna el caso en discusión, el artículo 23 de la LRTI, yerra en el alcance que le da a la misma, en tanto establece que procede la determinación presuntiva, entre otras razones, por la inexistencia de la contabilidad del contribuyente; olvida el Tribunal juzgador que la determinación directa prevista en la norma para hacerlo en base a la contabilidad procede respecto de los sujetos que están obligados a llevarla, que en el caso, no se evidencia que exista como hecho probado que el contribuyente está obligado a llevar contabilidad; omite la posibilidad también prevista en la norma, que procede la determinación directa sobre la base de documentos, datos, informes que se obtengan de los responsables o terceros, que permitan llegar a conclusiones más o menos exactas, que es lo que aplica la Administración Tributaria en el caso en análisis; v. La determinación presuntiva dispuesta por el Tribunal no procede al caso, porque no se cumple con el presupuesto normativo del artículo 23 de la LRTI, que habiendo presentado la declaración, no estuviese respaldada en la contabilidad que, como queda indicado no está probado que deba llevarla; vi. Por las consideraciones expuestas, se acepta el cuestionamiento formulado, se casa la sentencia y se ratifica la validez del acto impugnado y sus antecedentes.

DÉCIMO CUARTO.- DECISIÓN.- Por las consideraciones antes referidas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve CASAR la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, el 09 de diciembre del 2020, las 11h23 y ratificar la validez del acto impugnado y sus antecedentes.- Sin costas.- **Notifíquese, Publíquese y Devuélvase.-**

f) Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Rosana Morales Ordóñez, JUEZA NACIONAL, Dr. Gustavo Durango Vela, JUEZ NACIONAL (E).

II

Juicio Nro. *09501-2018-00449*
Resolución Nro. *98-2022*
Fecha: *18 de febrero del 2022, las 13h27*

TEMA: Deducción de gastos en el cálculo del impuesto a la renta de contribuyente en libre ejercicio profesional y obligación de llevar contabilidad.

ASUNTO

El accionante presenta una demanda en contra del Servicio de Rentas Internas, impugnando la negativa al reclamo administrativo presentado contra la liquidación por diferencias en la declaración de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2014, por los valores glosados respecto a "*deducción por concepto de gastos de libre ejercicio profesional*" y "pagos por préstamos bancarios".

El actor sustenta su demanda, con respecto a la primera glosa, en que los gastos deducibles fueron justificados durante la auditoría y reclamo administrativo, habiéndose efectuado en el marco de asesorías jurídicas prestadas a clientes, tanto nacionales como internacionales, por lo que se encuentran relacionados con el giro de su negocio y por tanto sirvieron para obtener, mantener o mejorar su renta gravada. Por otro lado, manifiesta que al ser una persona natural dedicada a la actividad profesional no está obligada a llevar contabilidad.

El Servicio de Rentas Internas, por su lado, manifiesta que el actor no demostró documentadamente que los gastos fueron realizados para obtener, mantener y mejorar sus rentas gravadas, en virtud de que para la deducibilidad de los gastos registrados por los contribuyentes debe existir una relación coherente con el ingreso que recibe el sujeto pasivo; y, que para la procedencia de la deducibilidad de los intereses de las deudas contraídas por créditos, éstas deben guardar relación con el giro del negocio del contribuyente, pues luego de revisar la base de datos del Servicio de Rentas Internas, en el Registro Único de Contribuyentes del actor consta como actividad económica "*actividades jurídicas*", mas no la compra, venta o alquiler de bienes inmuebles.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil fija el objeto de la controversia en determinar si el accionante justifica los valores glosados por la administración tributaria respecto de la "*deducción por concepto de gastos de libre ejercicio profesional*" y "*pagos por conceptos bancarios*", correspondientes al ejercicio fiscal 2014.

Los jueces, en voto de mayoría, exponen que los gastos de liquidación de la sociedad conyugal, combustible, mantenimiento de vehículo, boletos aéreos, servicio de cable, fabricación de muebles, entre otros, no son necesarios para generar, mantener o mejorar la renta gravada, por lo que se confirma la primera glosa, parcialmente. En ese mismo sentido, el tribunal confirma la glosa por pagos por préstamos bancarios, toda vez que los gastos no contribuyeron a la generación de la renta percibida por el actor en el año 2014.

Por lo tanto, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil declara parcialmente con lugar la demanda presentada por el accionante contra la Dirección Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09501-2018-00449

Juez Ponente: Dr. Gustavo Durango Vela

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

Quito, viernes 18 de febrero del 2022, las 13h27,

VISTOS: El doctor José Rafael Meythaler Baquero, por sus propios y personales derechos, interpone recurso de casación en contra de la sentencia con voto de mayoría dictada el 14 de febrero de 2019, las 09h26, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, dentro del juicio No. 09501-2018-00449, propuesto por el señor Gabriel Pinto Navarrete procurador judicial del actor, en el que se resuelve declarar parcialmente con lugar la demanda, dejando sin efecto la glosa relacionada a alimentos- atención clientes y viaje, ratificado en lo demás las glosas contenidas en la Resolución impugnada.

PRIMERO: COMPETENCIA.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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, artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos.

SEGUNDO: INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL JUZGADOR.- En virtud del sorteo de la causa No. 09501-2018-00449, realizado el 21 de diciembre de 2020, a las 15h23, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores: Fernando Antonio Cohn Zurita, José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela. Actualmente la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, está integrada por los doctores José Dionicio Suing Nagua, Gilda Rosana Morales Ordóñez (en calidad de Jueces Nacionales) y Gustavo Adolfo Durango Vela (Juez Nacional encargado) ponente de esta causa. 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.

TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.- El doctor José Rafael Meythaler Baquero, por sus propios y personales derechos, presenta recurso extraordinario de casación (fs. 401 a 409), el cual es calificado por el Tribunal de instancia de oportuno, que cumple los requisitos de ley y dispone subir los autos al superior mediante auto del 26 de marzo de 2019, a las 09h13, cumpliendo lo señalado en el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos y remite el proceso a esta Corte Nacional de Justicia.

CUARTO: ERRORES ALEGADOS Y ADMITIDOS.- Mediante auto de 25 de junio del 2019, las 10h33, dictado por el doctor Juan Montero Chávez, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, se admite el recurso de casación interpuesto, al amparo del caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico

General de Procesos, por los vicios de: errónea interpretación del art. 10 numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno, falta de aplicación del precedente jurisprudencial contenido en la Resolución No. 7-2016 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 894 de 1 de diciembre de 2016 emitido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y errónea interpretación de los arts. 19 de la Ley de Régimen Tributario Interno y 37 de su Reglamento de aplicación.

QUINTO: VALIDEZ PROCESAL.- De la revisión del proceso no se observa ninguna circunstancia que pueda afectar su validez procesal y tampoco existe nulidad alguna que declarar, como así lo manifestaron los procuradores en la audiencia de casación, por lo que declara la plena validez del mismo. A la presente sentencia de casación, le han antecedido los siguientes actos procesales que denotan su validez: Providencia de viernes 11 de febrero de 2022, las 11h15, dictada por el Juez Nacional Ponente en la que se convoca a las partes a audiencia de casación en vía telemática para el día jueves 17 de febrero de 2022, a las 11h00, misma que efectivamente se realizó, y en la cual fueron escuchadas las partes; por la parte recurrente José Rafael Meythaler Baquero, con su intervención personal como abogado en libre ejercicio; por la parte demandada Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, a través de su procuradora fiscal abogada Naira Dayuma Serreno Añazco, quienes intervinieron con sus alegatos debidamente autorizados e hicieron uso de su derecho a la réplica y contrarréplica, como se podrá verificar del acta de audiencia que obra del proceso, así como del CD que contiene la grabación de la misma. Suspendida la audiencia para que la Sala entre a deliberar, se reinstala al cabo de quince minutos para dar a conocer el veredicto que en forma unánime adoptó la Sala; se cumple ahora con la notificación por escrito conforme lo dispone la ley.

SEXTO: ARGUMENTOS DEL RECURRENTE POR LOS VICIOS SEÑALADOS.- El actor recurrente, en el escrito de casación, con el que completa su recurso, así como en la audiencia de casación llevada a cabo, sostiene que:

6.1. En la glosa "Deducción por concepto de Gastos de Libre Ejercicio Profesional" señala que la referida glosa se enmarcaba en un punto de pleno derecho, debido a que los fundamentos del acto objeto de impugnación fueron "que los gastos declarados como gastos deducibles del ejercicio fiscal 2014, (...) no tienen relación con mi actividad económica, por cuanto no guardan relación estrecha con la generación de ingresos gravados, por lo que se desconocían los gastos singularizados como atribuibles a mi actividad profesional." Aspecto que lo resalta reiteradamente en su argumento para establecer que existe i) Errónea interpretación del art. 10 numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno por cuanto, afirma que "(...) ocurrió al pasar por alto el Tribunal Inferior un hecho que jamás fue controvertido, referente a la actividad económica;" establece que "...el yerro se materializa en los numerales 7.3.6) y 7.3.7) de la sentencia, cuando sin perjuicio que el mismo Tribunal Inferior, señaló los conceptos que fueron desconocidos por la Administración como gasto deducible, como son los suministros (esferos, papel, etc.), el combustible y mantenimiento de mi vehículo, el internet utilizado en mi oficina y los gastos en la adquisición de mi oficina, al momento de resolver los pasa por alto, y no se pronuncia si estos ayudaron a obtener, mantener o mejorar mi renta gravada en el ejercicio 2014, es decir para el Tribunal Inferior un abogado independiente en el ejercicio de su actividad económica, no necesita insumos, ni participar con sus clientes en reuniones, ni tener una oficina para trabajar o hasta el absurdo de no contar con internet para ejercer la actividad profesional (...)" y que a más de lo dicho, el vicio también se hace evidente cuando "el Tribunal Inferior, para considerar los rubros detallados en el numeral anterior como deducibles, mi persona debía llegar al absurdo de demostrar como la compra (...) tiene vinculación directa con la generación de renta gravada, pretensión de prueba que solicita el Tribunal fuere practicada y que es producto de la errónea interpretación (...)" Considera que con su correcta interpretación lleva intrínseco el hecho de que "...los gastos reportados vayan acorde a la actividad económica que realiza", y que "la única observación es si estos gastos, estaban o no de acuerdo a la actividad económica que realizó" Concluye señalando que no se puede ratificar el criterio del inferior referente a "...solicitar la vinculación directa de los gastos como deducibles a la obtención, mantenimiento o mejora de ingresos gravados, porque la Ley de Régimen Tributario Interno ordena realizar dicha vinculación dela forma que pretende el Tribunal inferior, sino que se debe ver de forma global el gasto realizado versus la actividad económica que efectúa el sujeto pasivo." ii) Sobre la alegada falta de aplicación del precedente jurisprudencial 07-2016 publicado en el Registro

Oficial Suplemento No. 894 de 1 de diciembre de 2016, emitido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que refiere que a más de cumplir con los requisitos formales debe de tener una secuencia formal material (entendida como constancia del pago y del servicio prestado) y que su falta de aplicación "queda en evidencia que producto de la errónea interpretación del art. 10 numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno, tuco como consecuencia que en parte alguna de los numerales 7.3.6) y 7.3.7) de la sentencia recurrida esta pueda señalar que los gastos ratificados como no deducibles detallados en el numeral 21 del presente recurso , no cumplen con los requisitos formales o no tienen secuencia formal-material, como ordena el fallo de triple reiteración No. 07-2016 (…)"; y, iii) Dentro de esta misma glosa concluye señalando que existe falta de aplicación del art. 335 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, debido a que "…si para justificar dichos gastos el Tribunal considera que debo remitir los documentos o instrucciones de las gestiones que realizo a cargo de mis clientes, el Tribunal Inferior pasa por alto que al ser un abogado ésta información forma parte del secreto profesional siendo prohibida su revelación, siendo improcedente que el Tribunal requiera documentación que respalde las gestiones realizadas, al encontrarme protegido por la Ley"

6.2. En la glosa "Pagos por préstamos bancarios" establece que en la sentencia se incurrió en la errónea interpretación de los arts. 19 de la Ley de Régimen Tributario Interno y 37 del Reglamento de la Ley de Régimen Tributario Interno, pues en la sentencia dentro de los numerales 7.5, 7.5.1, 7.5.2 y 7.5.3 la argumentación va "direccionada a ratificar que para el ejercicio fiscal 2014 al no estar obligado a llevar contabilidad debía deducirme los pagos realizados por los préstamos bancarios efectuados en el ejercicio 2014 para la compra de activos productivos que me han permitido obtener, mantener y mejorar ingresos de fuente ecuatoriana, la Sala realiza una errónea interpretación de los art. 19 de la Ley de Régimen Tributario Interno y art. 37 del Reglamento de la Ley de Régimen Tributario Interno, bajo el argumento que con base a la declaración de impuesto a la renta del año 2014 y la exigibilidad de llevar contabilidad en el ejercicio 2015, rechaza la demanda al considerar que al no haber actualizado mi RUC en el año 2015 este hecho provoca que me beneficie de mi propia negligencia lo que provoca la NO deducibilidad de los gastos declarados en el año 2014, afirmación que la realiza en el numeral 7.5.4) de la sentencia." Señala que el yerro en la interpretación del art. 37 RLRTI, es determinante pues "el Tribunal Inferior, llegó a concluir que un hecho posterior, esto es la actualización del RUC en el ejercicio del año 2015, influye en la consideración de un gasto deducible declarado legalmente en el ejercicio del 2014." Finalmente, señala que la correcta aplicación de las referidas normas, "hubiera llevado al Tribunal Inferior a la conclusión, que el incremento del capital propio en la realización de una actividad empresarial con base a los resultados del año 2014, únicamente causaba efecto en el año subsiguiente, es decir en el 2015; pero el cumplimiento de un deber formal como es actualizar el RUC de conformidad al Art. 96 del Código Tributario solo puede afectar a dicho ejercicio fiscal, no puede tener efectos retroactivos y tener incidencia en ejercicios anteriores, como pretende dar el Tribunal Inferior y que se evidencia en el citado numeral 7.5.4) de la sentencia recurrida."

SÉPTIMO: ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO.- La Directora Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas por intermedio de su defensa técnica no ha dado contestación al recurso de casación por escrito, sin embargo en la audiencia convocada para conocer la causa, procede a dar contestación al recurso interpuesto por el Dr. José Meythaler Baquero, del cual dice que es improcedente, que no cumple los requisitos mínimos de fondo y forma para ser admitido y por tanto se lo rechace y se confirme la sentencia recurrida.

OCTAVO: CONSIDERACIONES DE LA SALA DE CASACIÓN PARA SU DECISIÓN.–

8.1. Problema jurídico planteado.- El recurso de casación se fundamentada en el caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos que establece: "Art. 268.- 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." 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 la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia. Para que se

configure el mismo se requiere la presencia de dos elementos: el primero, que debe haber violación directa de las normas sustantivas en la sentencia impugnada; y, el segundo, que la transgresión haya sido determinante en la parte resolutiva del fallo recurrido.

8.2. Alcance doctrinario del error.- El recurso de casación interpuesto, se fundamenta en los vicios de falta de aplicación y errónea interpretación de la norma de derecho; y, en este sentido, 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 al respecto sostiene que: En referencia a la falta de aplicación dice: "Según la doctrina y la jurisprudencia, en consonancia con los dispositivos legales, ocurre la falta de aplicación cuando se deja de aplicar un precepto legal, y ello constituye "la infracción directa típica", por haberlo ignorado el sentenciador o por no haberle reconocido validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto…" Sobre 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". Por su parte el ilustre tratadista nacional Dr. Santiago Andrade Ubidia, en relación a la errónea interpretación (La Casación Civil en el Ecuador pág. 183), dice que se produce: "Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene."

8.3. Normas legales aplicables al caso.- A fin de establecer si se configura o no el cargo alegado, este Tribunal Especializado de Casación Tributaria, inicia su análisis señalando que las normas señaladas como infringidas y que han sido calificadas como procedente por el Conjuez Nacional de la Sala son: Por la glosa "Deducción por concepto de gastos de Libre Ejercicio Profesional" el art. 10 numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno, fallo de triple reiteración No. 07-2016 publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 894 de 1 de diciembre de 2016 emitido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, art. 335 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y por la glosa "Pagos por préstamos bancarios" los arts. 19 de la Ley de Régimen Tributario Interno y 37 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario vigente al ejercicio fiscal 2014.

8.4. Caso Subjudice a resolver.- En relación al recurso de casación propuesto por el abogado José Meythaler Baquero, el Tribunal de instancia en el considerando QUINTO (fs. 388), al delimitar el objeto de la litis en el punto 5.3 señala que éste consiste en: "Determinar si la accionante justifica los valores glosados por la Administración Tributaria, respecto a la "Deducción por concepto de gastos de libre ejercicio profesional", correspondiente al ejercicio fiscal 2014; y, 2) Determinar si la accionante justifica los valores glosados por la administración tributaria, respecto a "pagos por concepto bancarios" correspondiente al ejercicio fiscal 2014."; (El resaltado corresponde a este Tribunal). Pasamos a analizar si en el caso se dan los vicios denunciados por el recurrente en cuyo caso deberá casarse la sentencia.

8.5. En cuanto a la glosa, por concepto de gasto no deducible respecto a la casilla 721 (GASTOS DEDUCIBLES. LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL). El Tribunal en el numeral 7.3.6 se refiere a los gastos relacionados a combustible, servicio de grúa, mantenimiento de vehículo, filtro, estacionamiento, servicio de lavado, (389 vta.) y en el numeral 7.3.7 respecto de los gastos relacionados a Boleto Aéreo-Metropolitan Touring C.A., viaje a Bogotá-Hoteles El Salitre S.A.; hospedaje Melrose Plaza Suites Cía. Ltda. Servicio de Cable, fabricación de muebles, mantenimiento de casa, flores, muebles, productos naturales, factura relacionada con el proveedor Fybeca, Alícuota, Luz eléctrica, predial, aplicaciones.

8.5.1. De ello observamos que el Tribunal de instancia, tiene como probados la existencia de los gastos incurridos por el actor contenidos en la casilla 721 de su declaración al impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2014, (GASTOS DEDUCIBLES, LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL); de ellos se discute si deben o no ser considerados deducibles a efectos de establecer la base imponible del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2014, para lo cual el Tribunal, considera el contenido del artículo 10 numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que señala: "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: 1.- Los costos y gastos imputables al ingreso, que se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspondiente (…)", norma que afirma es interpretada erróneamente por los juzgadores, pues parte del argumento de que resolver la calidad de deducibles se circunscribe en un análisis de pleno derecho; lo cual contradice abiertamente con el objeto controvertido determinado en la audiencia preliminar y aceptado sin objeción alguna por las partes, que se enmarcó en la "justificación" de los valores glosados por la Administración Tributaria, consecuentemente, el razonamiento jurídico no puede ser abordado como un análisis de puro derecho, y que no sea necesario el establecimiento de un hecho fáctico y probado, y más si se considera que su propósito era verificar que los gastos incurridos tuvieron incidencia directa para obtener, mantener o mejorar los ingresos del contribuyente en la actividad económica que desarrolla, esto es prestación de servicios profesionales. Por lo que esta Sala no puede actuar en función de los supuestos señalados por el recurrente a efecto de la verificación de los yerros que dice incurrir la sentencia.

8.5.2. Bajo esta línea de pensamiento, la sentencia emitida por el tribunal de instancia, sobre los rubros contenidos en el numeral 7.3.6 señala que "…la parte Actora no actuó prueba que preste méritos probatorios suficientes para acreditar los gastos cuestionados"; y los identificados en el numeral 7.3.7 reitera que: "…la parte Actora, no actuó prueba suficiente que preste méritos probatorios para acreditar los gastos cuestionados"; los que constituyeron los supuestos fácticos (rubros glosados) que deben subsumirse a la norma, lo cual no constituye en un ejercicio de interpretación del art. 10 numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno, sino más bien la verificación si los mismos sirvieron para obtener, mantener o mejorar los ingresos; si el recurrente consideró que no era motivo de justificación probatoria, no podía aceptar la determinación del objeto de la controversia como se lo hizo en la audiencia preliminar. En consecuencia, la elaboración de su proposición jurídica, podría corresponder al caso 4 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, sobre la errónea interpretación de preceptos jurídicos de valoración de prueba, por lo tanto, no puede ser analizada bajo el caso propuesto que, no permite revalorización de prueba.

8.5.3. Por otro lado, sobre alegada falta de aplicación el fallo de triple reiteración contenido en la Resolución No. 07-2016 publicado en el Registro Oficial Suplemento 894 de 1 de diciembre de 2016 emitido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en la que establece como punto de derecho de aplicación obligatoria que: "Art. 3.- DECLARAR COMO JURISPRUDENCIA VINCULANTE, el siguiente punto de derecho: "Para que un gasto sea considerado como deducible a efecto del cálculo del Impuesto a la Renta, se debe tener en cuenta que, además del cumplimiento de los requisitos formales, debe tener una secuencialidad formal - material, demostrándose sustentadamente a través de la emisión de los comprobantes de venta, retención y complementarios, forma de pago, acreditación en cuenta en favor del beneficiario y la verificación de la fuente de la obligación que demuestre que efectivamente se haya realizado la transferencia del bien o que se haya prestado el servicio", esta Sala de Casación considera que, la jurisprudencia obligatoria trata de establecer normas claras para que un gasto sea considerado como deducible, exigiendo además de los requisitos formales (que son obligatorios y no pueden soslayarse), una secuencia de tal naturaleza que demuestre que efectivamente existe la transferencia al proveedor y por tanto sea absolutamente real, por tanto, contrario de lo argumentado por el casacionista debe necesariamente comprobarse y no desarrollarse a través de un análisis de pleno derecho, (sustento que demuestra una incoherencia en el planteamiento del recurso de casación) pues con el art. 10 numeral 1 de la LRTI, señala que no debía el juzgador requerir prueba para establecer la deducibilidad del gasto o no, pero si debe aplicar el precedente jurisprudencial No. 07-2016.

8.5.4. Ante la insistencia del recurrente de que la errónea interpretación del Art. 10.1 de la LRTI (concepto de "gastos deducibles" y especificación de cada uno), esta Sala constata que el Tribunal de instancia si verificó, como era su obligación, pues no era un tema de puro derecho (Resolución 07-2016), a más de los requisitos formales (comprobantes de pago), y es por ello que llega a la señalar que los gastos efectuados "(…)se trataría de tres vehículos diferentes, los mismos que entonces no se puede concretar con prueba fehaciente, que estos vehículos se encontraban solamente para uso exclusivo de la actividad jurídica del actor y no también para uso personal en otras actividades o de uso para otra persona." y que "dentro de la factura que

consta a fojas 315 del proceso judicial se observa que la factura S003-001-000000109, del proveedor Iván Octavio Cajas Barrera de fecha 1 de agosto de 2014, consta que el valor que pretende deducir la parte actora, no se relaciona a la actividad profesional, pues la misma consta que los muebles en referencia en su descripción el proveedor señala que se trata de: "FABRICACIÓN MUEBLES DE CASA,"; hechos fácticos con los cuales concluyen que no se cuentan con los méritos suficientes para verificar la calidad de deducible de tales gastos generados, por lo que confirma la glosa, por tanto no incurre en la errónea interpretación del art. 10 de la LRTI ni en la falta de aplicación del precedente jurisprudencial 07-2016. Por lo expuesto, esta Sala de casación no evidencia la configuración de los vicios alegados y se los rechaza.

8.5.5. Sobre la supuesta infracción del art. 335 del Código Orgánico de la Función Judicial por su falta de aplicación, esta Sala de Casación advierte que, tal norma de modo alguno es determinante en la resolución del objeto controvertido; pues la prohibición a los abogados de "Revelar el secreto de sus patrocinados, sus documentos o instrucciones" no guarda relación con el contenido de la sentencia y los hechos analizados. Del argumento del recurrente, se constata que una vez más, la infracción denunciada se enmarca bajo los supuestos del recurrente y no sobre lo sustentado por los jueces del Tribunal, pues en ningún parte del fallo, el Tribunal considera que para imputar los gastos efectuados al ingreso a consecuencia de establecer su deducibilidad debió revelar sus estrategias de negocios. Sin que sea su aplicación determinante y al no existir proposición jurídica completa, se rechaza el cargo.

8.6. En cuanto a la glosa "pagos por préstamos bancarios", el Tribunal de instancia parte de los siguientes hechos probados (por el caso 5 no admite revisión) que: 1) la actividad consignada por el actor en el Registro Único de Contribuyentes es de "actividades jurídicas", lo que a prima facie no le obligaba a llevar contabilidad en el ejercicio 2014; 2) En el ejercicio 2014 se realizaron desembolsos como producto del pago de préstamos hechos a instituciones financieras para la adquisición de activos productivos, consistentes en: a) Un departamento denominado "Aldrovandi"; b) Un bien inmueble consistente en el departamento denominado "Homu"; y, c) Los lotes de terreno números 27 y 28 (unificados), situado en las calles las Golondrinas y de los Mirlos, Barrio Campo Alegre, sector Zámbiza, los mismos que se destinarían al alquiler, y a la construcción de un proyecto inmobiliario; 3) El actor, en su declaración de impuesto a la renta del ejercicio 2014, registró como gastos deducibles la cantidad de USD 130.655,53, USD 265.450,00 y USD 300.000,00 (tabla 11, 12, 13 y 14 de la Liquidación de Pago Nº 17201706500995338), que corresponden a los pagos por préstamos bancarios para la adquisición de los inmuebles.

8.6.1. El recurrente alega que existe errónea interpretación de los arts. 19 LRTI y 37 RLRTI, normas que en su contenido señalan que: Ley de Régimen Tributario Interno Art. 19.- "Están obligadas a llevar contabilidad y declarar el impuesto en base a los resultados que arroje la misma todas las sociedades. También lo estarán las personas naturales y sucesiones indivisas que al primero de enero operen con un capital o cuyos ingresos brutos o gastos anuales del ejercicio inmediato anterior, sean superiores a los límites que en cada caso se establezcan en el Reglamento, incluyendo las personas naturales que desarrollen actividades agrícolas, pecuarias, forestales o similares. Las personas naturales que realicen actividades empresariales y que operen con un capital u obtengan ingresos inferiores a los previstos en el inciso anterior, así como los profesionales, comisionistas, artesanos, agentes, representantes y demás trabajadores autónomos deberán llevar una cuenta de ingresos y egresos para determinar su renta imponible...." Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno Art. 37.- "Todas las sucursales y establecimientos permanentes de compañías extranjeras y las sociedades definidas como tales en la Ley de Régimen Tributario Interno, están obligadas a llevar contabilidad. Igualmente, están obligadas a llevar contabilidad, las personas naturales y las sucesiones indivisas que realicen actividades empresariales y que operen con un capital propio que al inicio de sus actividades económicas o al 1o. de enero de cada ejercicio impositivo hayan superado los USD 60.000 o cuyos ingresos brutos anuales de esas actividades, del ejercicio fiscal inmediato anterior, hayan sido superiores a USD 100.000 o cuyos costos y gastos anuales, imputables a la actividad empresarial, del ejercicio fiscal inmediato anterior hayan sido superiores a USD 80.000. Se entiende como capital propio, la totalidad de los activos menos pasivos que posea el contribuyente, relacionados con la generación de la renta gravada" (R.O.S. 209 de 8 de junio de 2010).

8.6.2. El Tribunal de instancia al respecto de las referidas normas en los numerales 7.5.1, señala que: "De las normas transcritas se puede inferir que en el ejercicio 2014, las actividades profesionales, no obligaban a llevar contabilidad a las personas naturales que las ejecuten, no obstante si lo estaban las personas naturales que realizaban actividades empresariales que cumplan con uno o más de los presupuestos señalados en el mencionado reglamento". Interpretación dada por los juzgadores que se enmarca dentro del contenido y sentido jurídico literal de las normas transcritas sobre la obligación de llevar contabilidad para las personas naturales, afirmando que para el ejercicio 2014 el contribuyente Meythaler no se encontraba obligado a llevar contabilidad, con la condición de que no tengan actividades empresariales y se circunscriban en los presupuestos numéricos establecidos en el Reglamento de la referida ley.

8.6.3. Ahora bien, el recurrente alega que la errónea interpretación de las mentadas normas se configura, cuando el Tribunal interpreta (ítem 7.5.3) que: "(…) por la magnitud de estos gastos, el actor se obligó legalmente a llevar contabilidad en el ejercicio siguiente (2015), tal como así lo establece el artículo 19 de la Ley de Régimen Tributario Interno, en concordancia con el artículo 37 de su reglamento vigentes en el año 2014, pues la actividad de construcción, es una verdadera actividad empresarial, que demanda no solo de la contratación de empleados para su realización, si no, la organización de los factores de la producción, por lo que, a criterio de este tribunal, habiendo el contribuyente durante el ejercicio 2014 cumplido con los parámetros para llevar contabilidad, era su obligación llevarla en el siguiente ejercicio impositivo, con el propósito de registrar el movimiento económico y determinar el estado de situación financiera y los resultados imputables al respectivo ejercicio, lo que a su vez le serviría para hacer uso de la depreciación y demás gastos inherentes a esta actividad económica; lo propio ocurre con la actividad de arrendamiento, que según el artículo 30 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente en el 2014, exigía a los contribuyentes obligados a llevar contabilidad que se dedican al arrendamiento de inmuebles, a declarar y pagar el impuesto de acuerdo con los resultados que arroje la contabilidad (…)". Con estas consideraciones, el Tribunal de instancia resuelve que, la glosa levantada en concepto de "pago por préstamos bancarios" no contribuye a la generación de la renta percibida por el abogado José Meythaler Baquero en el ejercicio 2014, en su calidad de abogado en libre ejercicio, que es la razón para considerar como deducible cualquier gasto conforme a lo previsto en el Art. 10.1 de la LRTI, y por tanto confirma la glosa.

8.6.4. El recurrente considera que ha existido una errónea interpretación de las normas, por: i) Que su actividad económica en 2014 se circunscribía a su actividad profesional como abogado y no tenía la obligación de llevar contabilidad; ii) Que su actividad empresarial no contaba con capital propio que supere los montos señalados en el Art. 37 del Reglamento a la LRTI, y por tanto podía deducirse la totalidad de los gastos generados en los pagos de préstamos bancarios utilizados en la adquisición de activos productivos, sin que para ese año se pueda aplicar ningún concepto contable; iii) Que los efectos en el incremento del capital propio, únicamente causaba efecto desde el 2015, sin efectos retroactivos .

8.6.5. En otras palabras el contribuyente considera que, los US $ 696.105,53 pagados a los bancos en el ejercicio 2014, deben ser deducibles en el cálculo de la base imponible del impuesto a la renta porque "no tenía obligación de llevar contabilidad", argumento falaz y peligroso, pues desvirtúa los conceptos de "activos", "renta", "intereses", "patrimonio", "deducibilidad" que rigen el sistema tributario, no sólo en el Ecuador sino en el concierto internacional y si se llegara a aplicar de acuerdo a su criterio tal deducción, no sólo no pagaría impuestos a la renta, sino que el Estado ecuatoriano tendría que devolver lo que eventualmente pago en exceso, por las retenciones en la fuente que se le hizo en el 2014. Para sustentar la decisión, partimos del concepto de "renta" señalado en el Art. 2 de la LRTI, como los ingresos de fuente ecuatoriana provenientes del trabajo, capital o de ambas fuentes (en el 2014 para el profesional del derecho accionante sólo trabajo); el Art. 10 de la misma Ley que conceptualiza la "deducción" como los gastos efectivamente realizados y documentados con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana; los "intereses" como costo del dinero y que son deducibles por las deudas contraídas por motivo del giro del negocio (10.2 de la LRTI); el mismo artículo admite la deducibilidad por depreciación y amortización conforme a la naturaleza de los bienes y a la duración de su vida útil (incluidos los inmuebles) de conformidad Al numeral 7 del referido Art. 10, su reglamento y la NIC 16 que "eliminó la opción

del reconocimiento inmediato de los costos por préstamos como un gasto". En cuanto al pago de la adquisición de un bien inmueble para uso del contribuyente (sin obligación de llevar contabilidad), no cabe la deducción de la totalidad del pago de intereses y capital a la entidad prestamista, sino solamente el monto que por gastos personales (vivienda) le permite el Reglamento. Por todo ello, la sentencia recurrida, a criterio de esta Sala de Casación, no evidencia una interpretación errada de los artículos 19 de la Ley de Régimen Tributario Interno y tampoco del Art. 37 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario vigente al ejercicio fiscal 2014.

8.6.6. El hecho de que el actor haya o no actualizado su Registro Único de Contribuyentes incorporando la actividad empresarial o haya o no llevado contabilidad en el ejercicio 2015, son situaciones y hechos que no han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto, pues el incumplimiento del artículo 96 del Código Tributario que impone ciertos deberes formales de los contribuyentes o responsables, como inscribirse en los registros, comunicar oportunamente los cambios que se operen en su actividad, llevar los libros y registros contables en idioma castellano, etc. etc. no altera ni modifica lo expuesto sobre esta glosa impugnada, en cuanto a "pagos por préstamos bancarios", toda vez que, como se ha dicho, los gastos glosados no contribuyeron a la generación de la renta percibida por el actor en el año 2014. Por las razones expuestas en los considerandos que anteceden, esta Sala de Casación considera que el Tribunal de instancia en su sentencia interpretó las normas denunciadas por el recurrente, conforme a su verdadero significado y con el alcance que el legislador quiso darles.

NOVENO DECISIÓN.- 9.1. 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 14 de febrero del 2019, 09h26, emitida por el Tribunal de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas.

9.2. Sin costas.

9.3. Agréguese a los autos el escrito presentado por el doctor José Meythaler, en virtud de lo solicitado confiérase copia del audio de la audiencia llevada a cabo el 17 de febrero de 2022, a costa del peticionario.

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

9.5. Actúe como Secretaria Relatora dentro de este proceso, la doctora Ligia Marisol Mediavilla en virtud de la Acción de Personal No. 1452-UATH-2021-DCH de 21 de diciembre de 2021.

f) Dr. Gustavo Durango Vela, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL; Dra. Rosana Morales Ordóñez, JUAZA NACIONAL.

III

Juicio Nro. *11804-2018-00091*
Resolución Nro. *436-2022*
Fecha: *13 de julio del 2022, las 12h20*

TEMA: Responsabilidad por representación de representante legal de persona jurídica.

ASUNTO

El accionante propone acción especial de excepciones al procedimiento de ejecución coactiva No. DZ7-COBUAPC18-00000054, contra el Servicio de Rentas Internas, solicitando que se declare su nulidad, bajo el argumento de que no es deudor ni responsable solidario de las multas establecidas por la falta de realización de las retenciones en la fuente del impuesto a la renta de los años 2010 y 2011 respecto de los pagos efectuados a jugadores y cuerpo técnico que trabajan bajo relación de dependencia en el club Liga Deportiva Universitaria de Loja, puesto que su gestión como representante legal de la entidad recién inició en el año 2012.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja señala que no se le puede imputar responsabilidad solidaria al actor por las multas establecidas como consecuencia de las retenciones en la fuente no realizadas del impuesto a la renta de los años 2010 y 2011 respecto de los pagos efectuados a jugadores y cuerpo técnico que trabajan bajo relación de dependencia en el club Liga Deportiva Universitaria de Loja, puesto que ha ejercido la representación legal de dicho contribuyente a partir de febrero de 2012, esto es, en un periodo fiscal diferente de los que se produjo la omisión por parte del agente de retención.

El tribunal agrega que, de acuerdo al artículo 50 de la Lel de Régimen Tributario Interno, la retención en la fuente debe realizarse al momento del pago o crédito en cuenta, lo que suceda primero, y que en el caso los pagos se han efectuado en los años 2010 y 2011. Por otra parte, indica que, según el artículo 27 del Código Tributario, la responsabilidad por representación se limita al valor de los bienes administrados y al de las rentas generadas durante la gestión del representante. Por esas razones, los jueces consideran que es procedente la excepción al procedimiento de ejecución coactiva opuesta por el actor y aceptan la demanda, declarando la nulidad del mismo.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 11804-2018-00091

Jueza Ponente: Dra. Rosana Morales Ordóñez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.
Quito, miércoles 13 de julio del 2022, las 12h20,
VISTOS.-

ASUNTO
Resolver el recurso de casación interpuesto por la abogada Ana Cristina Vivanco Eguiguren, procuradora del Director Zonal 7 y Recaudadora Especial de la Dirección Zonal 7 del Servicio de Rentas

Internas (SRI); en contra de la sentencia de 1 de febrero de 2019, a las 11h55, expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, provincia de Loja dentro del juicio de acción especial de excepciones a la coactiva No. 11804-2018-00091, propuesto por el ingeniero Jaime Fabián Villavicencio Freire, en contra del procedimiento de ejecución No. DZ7-COBUAPC18-00000054 iniciado por la recaudadora especial de la Dirección Zonal 7 del SRI, citado el 23 de febrero del 2018.

1. ANTECEDENTES

1.1 Del contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del presente recurso de casación.- En la sentencia recurrida se resolvió aceptar la demanda de excepciones al procedimiento coactivo, y en lo que a los derechos del actor se refiere, declara la nulidad del procedimiento de ejecución coactiva No. DZ7-COBUAPC18-00000054 iniciado por la Recaudadora Especial de la Dirección Zonal 7 del SRI mediante auto de pago de 19 de febrero del 2018, contra el contribuyente Liga Deportiva Universitaria de la cuidad de Loja, y contra el actor en calidad de responsable solidario.

1.2 De la sustanciación del recurso de casación.- A la presente sentencia de casación, le han antecedido los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

1.2.1 Auto de 8 de julio de 2021, a las 10h21, dictado por el doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, en el que se declara la admisibilidad del recurso de casación por el caso 5 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), por el vicio de errónea interpretación de los arts. 26, 27, 151 y 161 del Código Tributario.

1.2.2 El señor Jaime Villavicencio Freire, en la contestación del recurso de casación, solicita rechazar el recurso interpuesto.

1.2.3 Sorteo de la causa número 11804-2018-00091, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, el 10 de marzo del 2022, mediante el que se radicó la competencia en este Tribunal de Casación. 1.2.4 Auto de 5 de julio de 2022, en el que se convoca a las partes a audiencia para el día 12 de julio de 2022, a las 14h45.

2. CONSIDERACIONES GENERALES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

2.1 De la jurisdicción y competencia.- Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de la 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, ratificado 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. Así como por el sorteo que consta en el proceso; y en atención a lo previsto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República Ecuador, 185 -segunda parte, número 1- del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). 2.2 De la validez procesal.- En la tramitación del presente recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de recursos, por lo que no existe nulidad alguna que declarar.

2.3 Problema jurídico planteado.- CASO 5: Errónea interpretación de los arts. 26, 27, 151 y 161 del Código Tributario; al amparo del art. 268 del COGEP.

2.4 Fundamentación del recurso.- El casacionista en la fundamentación del recurso señala que se evidencia en el punto 7 del fallo, los vicios alegados, cuando el Tribunal de instancia establece: "*al ahora actor legalmente no se le puede imputar responsabilidad solidaria de dicha obligación tributaria constituida por la multa impuesta como consecuencia de esa contravención, porque él ha ejercido la representación legal del Contribuyente a partir de febrero de 2012*

según la propia certificación aportada por el Servicio de Rentas Internas". Que este criterio constituye una errónea interpretación de los artículos citados, puesto que las contravenciones materia de análisis nacieron en la vida jurídica en el 2013, con la verificación de la Administración y cuando fueron notificadas durante el periodo de gestión del actor. Que no está en discusión el periodo en el cual el sujeto pasivo LIGA DE LOJA omitió efectuar las retenciones, lo que se discute son las multas por las correspondientes resoluciones sancionatorias notificadas en el 2013 al sujeto pasivo en persona de su representante legal, quien haciendo caso omiso de su obligación de cumplir con las notificaciones recibidas: no realizó las retenciones pendientes que se requerían y tampoco pagó la multa generada y cuantificada en su periodo. Que la interpretación del Tribunal es errada porque cita los artículos 26 y 27 del Código Tributario, que con claridad ordenan que el responsable solidario es quien, sin tener calidad de contribuyente, por disposición expresa de la ley, debe cumplir con las obligaciones de éste. Que estos artículos también señalan que la responsabilidad solidaria se configura por el simple hecho de ser representante legal de una empresa, específicamente respecto del periodo de gestión de la misma. Que a pesar de citar estas normas, el juez concluye que no se puede considerar al actor responsable solidario, puesto que las multas corresponden a obligaciones de otros periodos fiscales, sin tomar en consideración que las multas nacieron como obligaciones cuantificables en su periodo de gestión. Que el vicio es trascendente, pues existe una conclusión equivocada de las premisas planteadas al interpretar erróneamente la norma, hecho que genera una automática falla en la razonabilidad de interpretación jurídica. Que al no reconocer el Tribunal que el actor es responsable solidario del principal cuya obligación es firme, correspondía rechazar la demanda. Que este proceder ha inducido al Tribunal a resolver de manera contradictoria en relación con el análisis formulado. Que el Tribunal debió establecer que el señor Jaime Villavicencio es responsable solidario de las multas por contravención cuantificadas y generadas a LIGA DEPORTIVA DE LOJA en el año 2013. Que la obligación de cumplir con el deber formal de efectuar las retenciones sí la tuvo el representante legal de los ejercicios fiscales 2010 y 2011, no obstante, la obligación cuantificada y líquida de pagar la multa por contravención, sí recae sobre el señor Jaime Villavicencio en su calidad de representante legal, puesto que esta última fue generada, cuantificada y notificada en su periodo de gestión. Sobre la errónea interpretación del art. 151 del Código Tributario. Que el Tribunal de instancia erróneamente considera que de acuerdo con el art. 151 del Código Tributario, el responsable solidario debía ser considerado como deudor de la obligación que se pretende cobrar de manera previa al juicio coactivo, cuando en realidad la norma establece el momento en el cual se debe contar con el responsable solidario: en la emisión del auto de pago al deudor y al garante en calidad de responsable solidario. Que tanto el artículo 151 como el 161 establecen que, iniciado el juicio coactivo por la no satisfacción de la obligación requerida, el ejecutor dictará auto de pago ordenando que el deudor y su responsable solidario paguen o dimitan bienes. Que el Tribunal de instancia yerra al considerar que el responsable solidario debía ser notificado con el título de crédito de la obligación que se pretende cobrar para poder ser considerado como responsable solidario. Que la norma es clara al establecer que el título de crédito se emite al deudor de la obligación para que éste pague, y si eso no sucede, se emite el auto de pago que se notifique al deudor y al garante responsable solidario de la obligación, no obstante, el juez ponente confunde el concepto e interpreta erradamente la norma al establecer que primero debe notificarse con el título de crédito al responsable solidario y luego incluirlo al juicio coactivo para que pueda constituirse como garante de la obligación y por ende, responsable solidario. Que este vicio ha llevado al Tribunal a resolver de manera equivocada, considerando que se ha vulnerado el derecho a la defensa del recurrente y por consiguiente declarar la nulidad del procedimiento coactivo. Por lo expuesto solicita casar la sentencia recurrida.

2.5 Contestación del recurso de casación.- El señor Jaime Villavicencio en la contestación al recurso interpuesto argumenta que en relación a la supuesta errónea interpretación de los arts. 26 y 27 del Código Tributario, según el SRI, la responsabilidad solidaria prevista en el art. 27 se genera cuando un representante legal "*no hace caso*" a un sumario por una infracción cometida antes del inicio de su gestión. Que dicho criterio no tiene fundamento jurídico ni lógico y no existe norma

jurídica alguna que soporte tal criterio, pues ni el art. 26 ni el 27 contienen semejante mandato. Que el Tribunal de instancia en su fallo ha señalado con claridad la existencia expresa de un límite en la responsabilidad solidaria de representantes legales y que este caso ha advertido en su exclusiva facultad de apreciación probatoria que "*sin que aparezca del expediente de ejecución, ni el valor de los bienes administrados ni el de las rentas producidas durante la gestión del Ing. Jaime Fabián Villavicencio Freire ahora actor, específicamente durante el ejercicio fiscal 2013*". Que según el criterio del recurrente significaría que todo representante legal que asume funciones está expuesto a que, si la administración tributaria le notifica de un juzgamiento por una infracción anterior a sus funciones, éste responde y con su patrimonio propio de la sanción impuesta derivada de tal infracción. Que de existir un ordenamiento jurídico, así como el propuesto por la Administración tributaria sería sin lugar a dudas la invitación para que desaparezca la figura jurídica de la representación legal de sociedades y por ende, esta. Que en relación con la supuesta errónea interpretación del art. 151 del Código Tributario, el recurrente señala que es procedente que los títulos de crédito se hayan notificado solo a la Liga de Loja y no al compareciente como su ex representante legal y que es también procedente, concluye la propia administración, que el procedimiento coactivo se haya notificado o citado a la Liga de Loja y también al compareciente pese a que no se le notificó al actor con los títulos de crédito y por ende no conoció previamente de su existencia. Que ni el art. 151 del Código Tributario ni otra norma jurídica puede amparar el criterio de la Administración. Que dicho criterio pretende que el Tribunal desconozca que las actuaciones administrativas no son eficaces si no son debidamente notificadas. Por lo expuesto se solicita rechazar el recurso interpuesto.

2.6 Audiencia.- La audiencia convocada se llevó a cabo el día 12 de julio del 2022, a las 14h45.- Comparecieron a la misma, por la parte recurrente el abogado Claudio Renato Galarza Viera, procurador judicial de la autoridad tributaria y, por la contraparte, el abogado Galo Arrobo Rodríguez junto con el Sr. Jaime Villavicencio Freire, actor de este proceso, quienes intervinieron debidamente autorizados en sus alegatos e hicieron uso de su derecho a la réplica, como se podrá verificar del acta de audiencia que obra del proceso, así como del CD que contiene la grabación de la misma.-

3. ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

3.1 Del análisis del problema jurídico planteado.- 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*".

3.2 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).

3.3. El recurrente manifiesta que se han violentado las siguientes normas:

CÓDIGO TRIBUTARIO

> "***Art. 26.-*** *Responsable es la persona que sin tener el carácter de contribuyente debe, por disposición expresa de la ley, cumplir las obligaciones atribuidas a este. Toda obligación tributaria es solidaria entre el contribuyente y el responsable, quedando a salvo el derecho de este de repetir lo pagado en contra del contribuyente, ante la justicia ordinaria y según el procedimiento previsto en el Código Orgánico General de Procesos.*"
>
> "***Art. 27.- Responsable por representación****.- Para los efectos tributarios son responsables por representación: 1. Los representantes legales de los menores no emancipados y los tutores o curadores con administración de bienes de los demás incapaces; 2. Los directores, presidentes, gerentes o representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos*

con personalidad legalmente reconocida; 3. Los que dirijan, administren o tengan la disponibilidad de los bienes de entes colectivos que carecen de personalidad jurídica; 4. Los mandatarios, agentes oficiosos o gestores voluntarios respecto de los bienes que administren o dispongan; y, 5. Los sindicos de quiebras o de concursos de acreedores, los representantes o liquidadores de sociedades de hecho o de derecho en liquidación, los depositarios judiciales y los administradores de bienes ajenos, designados judicial o convencionalmente. La responsabilidad establecida en este artículo se limita al valor de los bienes administrados y al de las rentas que se hayan producido durante su gestión."

"***Art. 151.- Notificación.-*** *Salvo lo que dispongan leyes orgánicas y especiales, emitido un título de crédito, se notificara al deudor concediéndole ocho días para el pago. Dentro de este plazo el deudor podrá presentar reclamación formulando observaciones, exclusivamente respecto del título o del derecho para su emisión; el reclamo suspenderá, hasta su resolución, la iniciación de la coactiva."*

"***Art. 161.- Auto de pago.-*** *Vencido el plazo señalado en el artículo 151, sin que el deudor hubiere satisfecho la obligación requerida o solicitado facilidades para el pago, el ejecutor dictara auto de pago ordenando que el deudor o sus garantes o ambos, paguen la deuda o dimitan bienes dentro de tres días contados desde el siguiente al de la citación de esta providencia, apercibiéndoles que, de no hacerlo, se embargaran bienes equivalentes al total de la deuda por el capital, intereses y costas. Actuará como Secretario en el procedimiento de ejecución el titular de la oficina recaudadora correspondiente; y, por excusa o falta de este, uno ad-hoc que designara el ejecutor. Si el ejecutor o Secretario no fueren abogados, deberá designarse uno que dirija la ejecución, quien percibirá los honorarios que la ley determine."*

3.4 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.

3.5 Los hechos probados en instancia son: *"i) 6.- Relación de los hechos probados, relevantes para la resolución. Como hechos probados, relevantes para la resolución, existen: a) El 14 de febrero de 2013, la Eco. María Augusta Mora Andrade, Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, ha emitido la Resolución Sancionatoria No. 1120130500435 (fs. 33-36 vta.), en la que en base a los antecedentes de hecho que señala y fundamentos de derecho que invoca, "RESUELVE: SANCIONAR al contribuyente LIGA DEPORTIVA UNIVERSITARIA DE LA CIUDAD DE LOJA en la persona de VILLAVICENCIO FREIRE JAIME FABIAN en calidad de representante legal, con una multa de $ 45,331,45… según los considerandos de la presente resolución. (...) por concepto de multas por contravenciones (código 8009), periodo tributario (diciembre 2010) de conformidad con lo dispuesto en la presente resolución, en cualquier institución del sistema financiero ecuatoriano, caso contrario se dispondrá que el departamento correspondiente del Servicio de Rentas Internas inicie el procedimiento administrativo de ejecución, con la emisión del respectivo título de crédito, en los términos de los artículos 149 y siguientes del Código Tributario…."*. Dicha Resolución Sancionatoria, ha sido notificada a la Secretaria de la Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja, el 14 de febrero de 2013, según aparece del acta que obra a fs. 32; b) El 19 de noviembre de 2013, la Eco. María Augusta Mora Andrade, Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas, ha emitido la Resolución Sancionatoria No. 1120130503335 (fs. 38-42), en la que en base a los antecedentes de hecho que señala y fundamentos de derecho que invoca, "RESUELVE: 1. SANCIONAR al sujeto pasivo LIGA DEPORTIVA UNIVERSITARIA DE LA CIUDAD DE LOJA en la persona de

VILLAVICENCIO FREIRE JAIME FABIAN en calidad de representante legal, con una multa de $ 189.494,58... por concepto de retenciones no efectuadas a sus empleados en relación de dependencia correspondientes a los meses de enero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de conformidad con lo detallado en el cuadro No. 2, periodo fiscal 2011, según los considerandos de la presente resolución. 2. COMUNICAR al sujeto pasivo LIGA DEPORTIVA UNIVERSITARIA DE LA CIUDAD DE LOJA en la persona de VILLAVICENCIO FREIRE JAIME FABIAN en calidad de representante legal, con un valor de $ 55.835,59... por concepto de intereses por mora tributaria de las retenciones no efectuadas a sus empleados en relación de dependencia correspondientes a los meses de enero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de conformidad con lo detallado en el cuadro No. 2, periodo fiscal 2011, según los considerandos de la presente resolución. 3. ADVERTIR al sujeto pasivo LIGA DEPORTIVA UNIVERSITARIA DE LA CIUDAD DE LOJA en la persona de VILLAVICENCIO FREIRE JAIME FABIAN en calidad de representante legal, que deberá cancelar dentro del término de veinte días, la suma de $ 245,330,47… correspondiente a la sumatoria de las retenciones no efectuadas a sus empleados en relación de dependencia de los meses de enero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre más los intereses por mora tributaria respectivos, en el formulario SRI 106 (múltiple de pagos), por concepto de multas por contravenciones (código 8009), periodo tributario (noviembre/2013) de conformidad con lo dispuesto en la presente resolución, en cualquier institución del sistema financiero ecuatoriano, caso contrario se dispondrá que el departamento correspondiente del Servicio de Rentas Internas inicie el procedimiento administrativo de ejecución, con la emisión del respectivo título de crédito, en los términos de los artículos 149 y siguientes del Código Tributario. (...) Dicha Resolución Sancionatoria, ha sido notificada a María Villamagua, "Contadores" de la Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja, el 22 de noviembre de 2013, según aparece del acta que obra a fs. 37; c) El 24 de agosto de 2017, el Director Zonal 7 del Servicio de Rentas Internas, Loja Zona 7, ha emitido el Título de Crédito No. 11201707600833861 (fs. 107), a nombre del Contribuyente Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja, RUC 1191709949001, Título de Crédito que tiene como "Antecedente" la "RESOLUCIÓN SANCIONATORIA No. 1120130500435 EMITIDO EL 14/02/2013 (...) d) Dicho título de crédito, ha sido notificado a la Secretaria de la Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja, el 28 de agosto de 2017, según aparece del acta que obra a fs. 106; e) La misma fecha 24 de agosto de 2017, el Director Zonal 7 del Servicio de Rentas Internas, Loja Zona 7, ha emitido el Título de Crédito Nº 11201707600833863 (fs. 84), a nombre del Contribuyente Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja, RUC 1191709949001, Título de Crédito que tiene como "Antecedente" la "RESOLUCIÓN SANCIONATORIA No. 1120130503335 EMITIDO EL 21/11/2013", (…); f) Dicho título de crédito, igualmente ha sido notificado a la Secretaria de la Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja, el 28 de agosto de 2017, según aparece del acta que obra a fs. 83; g) La Dra. Karla Carrión Vega, Recaudadora Especial de la Dirección Zonal 7 del Servicio de Rentas Internas, el 19 de febrero de 2018, ha emitido el AUTO DE PAGO dentro del Procedimiento de Ejecución Coactiva Nº DZ7-COBUAPC18-00000054 (fs. 1 y vta., 73 y vta.), en el que luego de referirse a su competencia; con fundamento en los artículos 157 del Código Tributario, y el artículo 107 de la Ley de Régimen Tributario Interno, a los que transcribe parcialmente, señala: "... por mantener obligaciones tributarias pendientes de pago, el contribuyente: LIGA DEPORTIVA UNIVERSITARIA DE LA CIUDAD DE LOJA, titular del RUC No. 1191709949001, y a los señores: GAHONA PACHECO VICENTE HERNAN, con documento de Identidad Nº 1101198537, en calidad de responsable solidario, durante el período comprendido entre el 27 de febrero de 2008 al 22 de febrero de 2010; y, VILLAVICENCIO FREIRE JAIME FABIAN, con documento de Identidad Nº 1102776554, en calidad de responsable solidario, durante el periodo comprendido entre el 02 de febrero de 2012 al 09 de enero de 2017, por deudas producidas en su gestión, de acuerdo a los Arts. 26, inciso segundo, 27, numeral 2 del Código Tributario e inciso final del mismo artículo, quien adeuda al SERVICIO DE

RENTAS INTERNAS la (s) siguiente (s) obligación (es) Tributaria (s): DOCUMENTO NUMERO DE OBLIGACIÓN PERIODO FISCAL IMPUESTO FECHA DE NOTIFICACION MONTO USD $ SALDO USD $ TITULO DE CREDITO 11201707600833863 NOVIEMBRE 2013 RETENCIONES EN LA FUENTE 28/08/17 245.330,17 346.891,67 TITULO DE CREDITO 11201707600833861 FEBRERO 2013 MULTAS POR CONTRAVENCIONES 28/08/17 45.331,45 45.331,45 TITULO DE CREDITO 11201707600833862 NOVIEMBRE 2013 MULTAS POR CONTRAVENCIONES 28/08/17 4.464,91 4.464,91 TOTAL 396.688,03 Por lo que al ser las (s) obligación (es) determinada (s), líquida (s) y de plazo vencido, de conformidad con lo expresado en el Art. 161 del Código Tributario, DISPONGO: que EL DEUDOR, pague dentro de tres días, contados desde el siguiente a la citación del presente Auto, la cantidad de USD 396.688,031 (...) valor liquidado hasta la presente fecha incluido intereses, o en el mismo término DIMITA BIENES EQUIVALENTE a dicho monto, bajo apercibimiento que de no hacerlo se embargarán bienes equivalente a la deuda, más intereses y costas.- (...) 2.- (...) Cítese con el presente auto a los coactivados en las siguientes direcciones: LIGA DEPORTIVA UNIVERSITARIA DE LA CIUDAD DE LOJA…; al SR. VILLAVICENCIO FREIRE JAIME FABIAN, en la provincia: Loja, cantón: Loja, parroquia: Sucre, calles: Venezuela Nº 19-20, intersección: Av. Pío Jaramillo Alvarado (a una cuadra de la Iglesia del Perpetuo Socorro).- CITESE Y OFICIESE" (mayúsculas parte de la transcripción). Este auto de pago ha sido citado en las siguientes fechas y direcciones: 1.- Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja, en la persona del Representante Legal, Cristian Jiménez, el 19 de febrero de 2018, en las oficinas del SRI (fs. 72); 2.-Gahona Pacheco Vicente Hernán, personalmente, el 20 de febrero de 2018, en un local comercial (fs. 71); y, 3.- Villavicencio Freire Jaime Fabián, en la persona de su esposa Rebeca Montoya (local comercial), el 20 de febrero de 2018 (fs. 70); y, h) Que el señor Villavicencio Freire Jaime Fabián, cédula Nº 1102776554, ha ejercido la representación legal de Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja "...durante el período febrero/2012, hasta abril 2017", según aparece de la certificación de fecha 28 de mayo de 2018, conferida por María Denisse Rodríguez Peralta, del Departamento de Asistencia Técnica al Contribuyente del Servicio de Rentas Internas, Dirección Zonal 7 (fs. 52)". ii) En el considerando 7 numeral 2 (fojas190 vuelta) "(...) Más aún, cierto es que la obligación tributaria es solidaria entre el contribuyente y el responsable, conforme a lo previsto en el artículo 26 del Código Tributario; sin embargo, para el caso del responsable por representación, que es el fundamento de la ejecutora, para pretender cobrar la obligación al ahora actor como responsable solidario, se debe considerar necesariamente que según lo dispuesto en el último inciso del artículo 27 del Código Tributario: "La responsabilidad establecida en este artículo se LIMITA AL VALOR DE LOS BIENES ADMINISTRADOS Y AL DE LAS RENTAS QUE SE HAYAN PRODUCIDO DURANTE SU GESTIÓN", sin que aparezca del expediente de ejecución, ni el valor de los bienes administrados ni el de las rentas producidas durante la gestión del Ing. Jaime Fabián Villavicencio Freire ahora actor, específicamente durante el ejercicio fiscal 2013 según aparece en los títulos de crédito base de la ejecución coactiva, porque a eso se limita la responsabilidad por representación de la obligación tributaria, conforme a la norma antes transcrita, esto en observancia del principio de legalidad que rige el régimen tributario. (El subrayado es de esta Sala de Casación).

3.6 Es pertinente iniciar el análisis respectivo resaltando el hecho probado certificado por la propia Autoridad Tributaria que el actor señor Jaime Fabián Villavicencio Freire ejerció la representación legal de Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja en "*el período febrero / 2012, hasta abril 2017*"; y sobre lo cual no existe controversia.

3.7 Ahora bien como el vicio denunciado es el de errónea interpretación de los arts. 26, 27, 151 y 161 del Código Tributario, es pertinente detallar lo que señala el Tribunal A quo al respecto: "7. Motivación. (...) 2.- (...) En ese escenario, se ha probado que en el caso, mediante la RESOLUCIÓN SANCIONATORIA No. 1120130500435 de 14 de febrero de 2013 (fs. 33-36 vta.), la autoridad tributaria ha sancionado al Club Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja, con una multa de $ 45,331.45, porque "no cumplió con su deber como agente de retención, toda vez que no efectuó las Retenciones en la Fuente del Impuesto a la

Renta respecto de los pagos realizados a jugadores y cuerpo técnico que trabajan bajo relación de dependencia" (Considerando 21), en el periodo del Ejercicio Fiscal 2010, cuya nómina, montos y más detalles constan descritos en los Considerandos Nº 16 y 21 de dicha Resolución; es decir, al ahora actor legalmente no se le puede imputar responsabilidad solidaria de dicha obligación tributaria constituida por la multa impuesta como consecuencia de esa contravención, porque él ha ejercido la representación legal del contribuyente a partir de febrero de 2012 según la propia certificación aportada por el Servicio de Rentas Internas, esto es en otros períodos fiscales, no en el período en que se ha cometido la infracción, ya que dicha omisión como Agente de Retención se ha producido en el periodo fiscal 2010, debiendo considerarse que el artículo 50 de la Ley de Régimen Tributario Interno dispone a los Agentes de Retención, vale decir Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja por intermedio de su representante legal, que "... *La retención en la fuente deberá realizarse al momento del pago o crédito en cuenta, lo que suceda primero*", pagos que se han efectuado en el año 2010; y que, "*El incumplimiento de las obligaciones de efectuar la retención, presentar la declaración de retenciones y entregar los comprobantes en favor del retenido, será sancionado con las siguientes penas: 1.- De no efectuarse la retención o de hacerla en forma parcial, el agente de retención será sancionado con multa equivalente al valor total de las retenciones que debiendo hacérselas no se efectuaron, más el valor que correspondería a los intereses de mora. Esta sanción no exime la obligación solidaria del agente de retención definida en el Código Tributario...";* es decir, no se le puede imputar responsabilidad al actor, porque éste, como se reitera, no actuó como representante legal de Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja durante el periodo fiscal 2010, como pretende la Recaudadora Especial. Igualmente, se ha demostrado que, mediante la RESOLUCIÓN SANCIONATORIA No. 1120130503335 de 19 de noviembre de 2013 (fs. 38-42), la autoridad tributaria ha sancionado al Club Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja, con una multa de $ 189,494.58, a la que ha incluido el valor de $ 55.835,59 "*en concepto de intereses por mora tributaria de las retenciones no efectuadas a sus empleados en relación de dependencia correspondientes a los meses de enero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre noviembre y diciembre... período fiscal 2011...*" (énfasis fuera de texto), los que totalizan $ 245.330,47, valor que consta en el Título de Crédito Nº 11201707600833863; pero el mismo es porque "*no cumplió con su deber como agente de retención, toda vez que no efectuó las Retenciones en la Fuente del Impuesto a la Renta respecto de los pagos realizados a jugadores y cuerpo técnico que trabajan bajo relación de dependencia*" (Considerando 21), en el periodo del Ejercicio Fiscal 2011, cuya nómina, montos y más detalles constan descritos en los Considerandos No. 17 y 21 de dicha Resolución; es decir, al ahora actor legalmente no se le puede imputar responsabilidad solidaria de dicha obligación tributaria constituida por la multa impuesta como consecuencia de esa contravención, porque como se dijo, él ha ejercido la representación legal del Contribuyente a partir de febrero de 2012 según la propia certificación aportada por el Servicio de Rentas Internas, esto es en otros períodos fiscales, no en el período en que se ha cometido la infracción, ya que dicha omisión como Agente de Retención se ha producido en el periodo fiscal 2011. En consecuencia, igualmente no se le puede imputar al ahora actor responsabilidad de la obligación tributaria contenida en dicho Título de Crédito No. 11201707600833863, conclusión a la que arriba el Tribunal en base a los mismos fundamentos que se dejaron señalados en las líneas que inmediatamente anteceden, con respecto al Título de Crédito No. 11201707600833861. Como necesaria precisión, se debe razonar que si bien el proceso sancionatorio en el que se ha impuesto la multa cuyo valor se pretende cobrar por la vía coactiva al Contribuyente Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja y al actor como responsable solidario, se ha iniciado el 24 de enero de 2013, con el Oficio de Inicio Sumario notificado al ahora actor, en calidad de representante legal, a quien también se le ha notificado la Resolución Sancionatoria el 14 de febrero de 2013, es decir, en la época en que sí ejerció la representación legal; sin embargo, dicha sanción es por infracciones cometidas por el contribuyente en los años 2010 y 2011, periodos fiscales en los que el Ing. Jaime Villavicencio ahora actor no ejerció la representación legal del contribuyente, y consecuentemente, no puede imputársele solidaridad en una obligación tributaria, constituidas por multas impuestas por infracciones que él no cometió, ni fueron cometidas

en el período de su gestión. Más aún, cierto es que la obligación tributaria es solidaria entre el contribuyente y el responsable, conforme a lo previsto en el artículo 26 del Código Tributario; sin embargo, para el caso del responsable por representación, que es el fundamento de la ejecutora, para pretender cobrar la obligación al ahora actor como responsable solidario, se debe considerar necesariamente que según lo dispuesto en el último inciso del artículo 27 del Código Tributario: "*La responsabilidad establecida en este artículo se LIMITA AL VALOR DE LOS BIENES ADMINISTRADOS Y AL DE LAS RENTAS QUE SE HAYAN PRODUCIDO DURANTE SU GESTIÓN*", sin que aparezca del expediente de ejecución, ni el valor de los bienes administrados ni el de las rentas producidas durante la gestión del Ing. Jaime Fabián Villavicencio Freire ahora actor, específicamente durante el ejercicio fiscal 2013 según aparece en los títulos de crédito base de la ejecución coactiva, porque a eso se limita la responsabilidad por representación de la obligación tributaria, conforme a la norma antes transcrita, esto en observancia del principio de legalidad que rige el régimen tributario. A más de lo señalado, el Tribunal observa que los títulos de crédito No. 11201707600833863 por el valor de $245.330.17 y el No. 11201707600833861 por el valor de $ 45.331.45 que totalizan la cantidad de $ 392.223.12, y que es el valor por el que la Funcionaria Ejecutora, en el auto de pago, ordena la medida cautelar de retención contra el ahora actor como responsable solidario, tienen como antecedente las sendas Resoluciones Sancionatorias por contravenciones ya analizadas; sin embargo, en el primer título de crédito se hace constar como Periodo Fiscal: "NOVIEMBRE 2013", información que no corresponde a la realidad de los hechos, porque en la Resolución Sancionatoria -antecedente del título- se dice que es por contravención al no haber retenido el Impuesto a la Renta en el ejercicio económico 2011, siendo noviembre 2013 únicamente la fecha de emisión de la Resolución Sancionatoria; y, en el segundo título de crédito No. 11201707600833861 se hace constar como Periodo Fiscal: "febrero 2013"; información que igualmente no corresponde a la realidad de los hechos, porque en la Resolución Sancionatoria -base del título- se dice que es por contravención al no haber retenido el Impuesto a la Renta en el ejercicio económico 2010, siendo febrero 2013 únicamente la fecha de emisión de la Resolución Sancionatoria. La conclusión que la información de los títulos de crédito, no corresponde a la realidad de hechos, se confirma ya que en la Resolución Sancionatoria No. 1120130503335 (fs. 38-42), base del título de crédito No. 11201707600833863 (fs. 84), se hace constar la cantidad de $ 55.835.59, en concepto de INTERESES DESDE 17 DE FEBRERO DE 2011 AL 19 DE NOVIEMBRE DE 2013 (fs. 41); lo que confirma que el periodo fiscal al que corresponde la obligación tributaria contenida en ese título, no es 2013 sino del 2011, confirmando con ello que el ahora actor no es deudor directo ni responsable de la obligación que se pretende cobrar por la vía coactiva, tornando procedente la excepción al procedimiento de ejecución coactiva que ha opuesto el ahora actor. Finalmente, como el ahora actor se le pretende cobrar por la vía de ejecución coactiva parte de una obligación tributaria como responsable por representación, se debe considerar que conforme a nuestro Código Tributario, "Responsable" es la persona que sin tener el carácter de contribuyente debe, por disposición expresa de la Ley, cumplir las obligaciones atribuidas a éste. Es un sujeto pasivo responsable por deuda ajena, a diferencia del contribuyente quien responde por deuda propia. Los responsables por representación, conforme a la ley, lo son respecto al valor de los bienes administrados y al de las rentas que se hayan producido durante su gestión. Al responsable tributario, se lo define como quien en virtud de disposiciones legales resulta obligado al pago del impuesto junto con otros, por hechos o situaciones referidas a éstos en forma exclusiva. El responsable por representación tiene límite en la ley, el que obligatoriamente debe observarse, puesto que nos encontramos <<...delante de institutos normativos de índole excepcional, respecto al sistema, en cuanto implican en pago del tributo a sujetos que conforme a un "normal" criterio e imputación del presupuesto del tributo deberían ser excluidos. De acuerdo con estas ideas, hay que detenerse preliminarmente sobre la identificación del criterio de "extensión" de la obligación del pago del tributo a sujetos extraños a la atribución a los mismos del hecho… El presupuesto de hecho del tributo, por exigencia del principio de legalidad, está previsto por la norma jurídica tributaria, mediante las proposiciones normativas correlativas que lo describen (...) El principio de capacidad contributiva tiene...

una relevancia indiscutible como criterio de reparto de la carga tributaria; pero tiene, además, similar relieve como criterio de selección de los hechos susceptibles de ser asumidos como presupuesto del tributo. La designación del hecho es instrumental para el reparto de la carga tributaria, pero hay que resaltar, también, su carácter instrumental en otra dirección: la determinación del sujeto obligado al pago del tributo (...) Las anteriores consideraciones se refieren a la atribución del hecho a determinado sujeto, en relación con el cual surge la obligación del pago del tributo (...) Concretamente, refiriéndonos al responsable, es posible individualizar aquellas figuras en donde están presentes estas dos notas características: a) Ser el sujeto llamado a responder el pago junto con otros; b) Ser llamado a responder por hechos o situaciones referidas de forma exclusiva a estos otros, ante quienes se efectúa la imputación del presupuesto del tributo, en atención al principio de capacidad contributiva.>> (TRATADO DE DERECHO TRIBUTARIO, Dirigido por ANDREA AMATUCCI, Editorial TEMIS, Tomo Segundo, pág. 185-197). En el caso, no se observa el presupuesto de hecho que la ley exige para que el ahora actor, sea deudor como responsable de la obligación en forma solidaria con el contribuyente Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja; inclusive los títulos de crédito, base de la ejecución coactiva a la que se ha opuesto la excepción, han sido notificados a dicho Contribuyente -no al ahora actor- el 28 de agosto de 2017, esto es, fuera del período en que el actor ejerció la representación legal del Contribuyente que ha concluido en abril 2017, es decir no se ha cumplido lo que dispone el artículo 151 del Código Tributario, lo que confirma la procedencia de la excepción opuesta por el actor a la ejecución coactiva, ya que la actuación de la administración tributaria es reglada, y no arbitraria, "…lo que resulta incompatible con el Estado de Derecho, que es gobierno del derecho y no de los hombres" (El Principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Juan Carlos Casagne, Editorial MARCIAL PONS, pág. 204). La prohibición de la arbitrariedad de la Administración, constituye un principio general del Derecho Administrativo que es como el punto central que debe abordar la teoría de la discrecionalidad a cuyo alrededor gira, en gran medida, la problemática que se plantea respecto al alcance del control judicial, afectando además el principio de limitación positiva prevista en el artículo 226 de la Constitución de la República". (el subrayado es de esta Sala de Casación).

3.8 De lo expuesto se determina que el Tribunal de instancia explica que los valores que se pretende cobrar a través del proceso coactivo tienen como antecedentes los procesos sancionatorios iniciados en el año 2013, aclarando que las resoluciones sancionatorias y los títulos de crédito se generaron como consecuencia de las sanciones impuestas al contribuyente Liga Deportiva Universitaria de la ciudad de Loja, por una multa por contravenciones por el periodo tributario (diciembre 2010); y, multa por concepto de retenciones no efectuadas a sus empleados en relación de dependencia; e intereses por mora tributaria de las retenciones no efectuadas, correspondientes a los meses de enero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del periodo fiscal 2011; y que, de conformidad a la certificación otorgada por el SRI el actor señor Jaime Fabián Villavicencio Freire ejerció la representación legal de la mencionada persona jurídica en el período febrero 2012, hasta abril 2017; es decir las infracciones tributarias se cometieron cuando el actor no era el representante legal de dicha institución; en consecuencia el Tribunal A quo detalla cuando se considera a una persona "responsable" (art. 26 Código Tributario) y cuando "responsable por representación" (art. 26 Código Tributario) resaltando que estos últimos tienen un límite establecido en la Ley: "La responsabilidad establecida en este artículo se limita al valor de los bienes administrados y al de las rentas que se hayan producido durante su gestión" (ultimo inciso del art. 27 del Código Tributario), y que en el presente caso no se ha observado dicho presupuesto ya que no consta en el expediente de ejecución, ni el valor de los bienes administrados ni el de las rentas producidas durante la gestión del ingeniero Jaime Fabián Villavicencio Freire ahora actor, específicamente durante el ejercicio fiscal 2013, ya que a eso se limitaría la responsabilidad por representación de la obligación tributaria, lo cual es un hecho probado; motivos por los cuales no puede ser considerado responsable solidario de dichas multas. No corresponde entonces argumentar, que tiene la calidad de responsable, porque el proceso sancionatorio se inició cuando el actor era el representante legal, sin

más consideraciones, pues la intención del art. 27 del Código Tributario es precisamente limitar la responsabilidad de quien ejerce la representación en una de las formas previstas en dicha norma, así, esta se limita, al valor de los bienes administrados y al de las rentas que se hayan producido durante "su gestión".- Es importante diferenciar para estos efectos, que una cosa es cuándo se cometió la infracción y, otra muy distinta es, cuándo se inició el procedimiento sancionatorio, pues los representantes legales responden por lo sucedido bajo "su" administración y por ello el art 27 del Código Tributario es expreso al señalar el límite de la responsabilidad por representación, por ello no procede vincular al representante legal que nada tuvo que ver con las infracciones ocurridas, so pretexto de haberse iniciado en su administración los procesos sancionatorios, pues estos tienen como eje las infracciones cometidas en ejercicios anteriores, bajo la administración de otro representante legal.

3.9 Para ratificar que el ahora actor no es deudor responsable hay que resaltar que la autoridad tributaria justifica su actuar estableciendo en los títulos de crédito Nos. 11201707600833861 y 11201707600833863 que son consecuencia de las resoluciones sancionatorias ya detalladas en esta sentencia; y en el auto de pago que la multa por contravención (titulo 11201707600833861); es por el periodo febrero 2013 (fojas 107) cuando en realidad son del ejercicio fiscal 2010; y que las multas por no realizar las retenciones en la fuente y el interés por mora (titulo 11201707600833863) son del periodo noviembre de 2013 (fojas 84), cuando en realidad son del ejercicio fiscal 2011; lo cual lo determina el Tribunal A quo en el considerando 7 numeral 2 a fojas 190 vuelta a191. En tal virtud, bajo los hechos probados en instancia, no se advierte la configuración de la errónea interpretación de los arts. 26 y 27 del Código Tributario alegados por el casacionista, pues han sido aplicados en su esencia y tenor literal.

3.10 Ahora bien cabe señalar que tampoco se configura la errónea interpretación del art. 151 del Código Tributario ya que el Tribunal A quo señala a fojas 191 que *"(...) los títulos de crédito, base de la ejecución coactiva a la que se ha opuesto la excepción, han sido notificados a dicho Contribuyente -no al ahora actor- el 28 de agosto de 2017, esto es, fuera del período en que el actor ejerció la representación legal del Contribuyente que ha concluido en abril 2017, es decir no se ha cumplido lo que dispone el artículo 151 del Código Tributario, lo que confirma la procedencia de la excepción opuesta por el actor a la ejecución coactiva, ya que la actuación de la administración tributaria es reglada, y no arbitraria, (...)"* ya que la emisión del título de crédito que es primordial para el proceso coactivo cuando la ley exige su emisión-para que surta efecto jurídico, debió ser notificado al actor señor Jaime Fabián Villavicencio Freire, para que éste pueda ejercer su derecho a la defensa formulando observaciones respecto al título o del derecho para su emisión, situación que no ocurrió por la falta de notificación (hecho probado)..

3.11 Respecto al art. 161 del Código Tributario hay que señalar que el Tribunal A quo en su sentencia no aplica dicha norma y por tanto no cabe que se alegue la errónea interpretación, por lo que se desecha el vicio.

3.12 En virtud de lo expuesto no se configura el cargo alegado de errónea interpretación de los arts. 26, 27, 151, 161 del Código Tributario, al amparo del caso 5 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos.

4. RESOLUCIÓN

4.1. Por las consideraciones antes referidas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve NO CASAR la sentencia de 1 de febrero de 2019, a las 11h55, expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, provincia de Loja; dentro del juicio de acción especial de excepciones a la coactiva No. 11804-2018-00091.

4.2 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. No. 1452-UATH-2021-DCH de fecha 21 de diciembre del 2021.

4.3 Sin costas.

4.4 Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

f) Dra. Rosana Morales Ordóñez, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL; Dr. Gustavo Durango Vela, JUEZ NACIONAL.

IV

Juicio Nro. *17510-2019-00255*
Resolución Nro. *494-2022*
Fecha: *29 de julio del 2022, las 12h48*

TEMA: Caducidad de la facultad determinadora de la administración tributaria en procesos de verificación complementarios.

ASUNTO

La compañía CAMINOSCA S. A. presenta una demanda en contra del Servicio de Rentas Internas, impugnando la resolución administrativa No. 117012019RREC133953, a través de la cual se negó el reclamo administrativo propuesto contra el acta de determinación por concepto del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2013 y se notificó el acto de determinación complementario por el mismo concepto, solicitando que se dejen sin efecto las glosas establecidas en la misma.

Bajo el control de legalidad que realiza la jurisdicción contencioso tributaria, la cuestión a resolver en la causa consiste en la caducidad de la facultad determinadora de la administración tributaria cuando realiza un proceso de verificación complementario.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito indica que la compañía CAMINOSCA S. A. presentó su declaración de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2013 el 1 de abril de 2014. Asimismo, el órgano jurisdiccional menciona que el Servicio de Rentas Internas emitió una orden de determinación por ese concepto el 13 de marzo de 2017 (notificada al día siguiente), que luego del proceso concluyó con el acta de determinación correspondiente. El tribunal añade que, al haberse notificado la orden de determinación el 13 de marzo de 2017, faltando menos de un año para que caduque la facultad determinadora de la administración tributaria, el ejercicio de la misma se extendió hasta el 14 de marzo de 2018, por lo que, cuando se expidió la orden de determinación complementaria (una vez presentado el reclamo administrativo contra el acta de determinación) el 24 de agosto de 2018, dicha facultad se encontraba caducada.

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito agrega que de ninguna manera se debe entender que la determinación complementaria, que tiene por objeto revisar hechos no considerados en la determinación original, habilita un tiempo mayor al previsto en el artículo 94 del Código Tributario. Adicionalmente, el órgano jurisdiccional manifiesta que, dentro del proceso de determinación complementario, desde el 22 de noviembre de 2018 hasta el 8 de febrero de 2019 (fecha en la que se emitió el acta borrador) transcurrieron más de los 15 días que prevé el artículo 95 ibídem, por lo que no se interrumpe la caducidad de la facultad determinadora.

El tribunal concluye que la caducidad de la facultad determinadora ha operado tanto por el vencimiento del plazo conferido por la ley para su ejercicio, como por la interrupción de la gestión de la administración por más de 15 días, por lo que se produce la nulidad de las actuaciones de la administración tributaria y el acto impugnado carece de validez.

Por estas razones, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, en voto de mayoría, acepta parcialmente la demanda presentada por CAMINOSCA S. A. y deja sin efecto la resolución impugnada, excepto en la parte del acta de determinación inicial, debiendo el Servicio de Rentas Internas atender el reclamo propuesta contra la misma.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2019-00255

Jueza Ponente: Dra. Rosana Morales Ordóñez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.
Quito, viernes 29 de julio del 2022, las 12h48,
VISTOS.-
ASUNTO
Resolver el recurso de casación interpuesto por la abogada Dayuma Serrano Añazco, procuradora judicial del Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas (SRI); en contra de la sentencia de mayoría de 4 de febrero de 2021, a las 16h35, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; dentro del juicio No. 17510-2019-00255, propuesto por la compañía CAMINOSCA S.A., en contra de la Resolución No. 117012019RREC133953 de 4 de abril del 2019 emitida por el Director Zonal 9 del SRI, mediante la cual se resolvió negar el reclamo administrativo y por consiguiente se estableció el valor a pagar por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2013.

1. ANTECEDENTES

1.1 Del contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del presente recurso de casación.- En la sentencia de mayoría recurrida se resolvió aceptar parcialmente la demanda presentada por la compañía CAMINOSCA S.A., representada por su presidente el abogado Pablo Sebastián Sevilla Peralvo y dejar sin efecto la Resolución No. 117012019RREC133953, no así su antecedente, el acta de determinación No. 17201824900184432 de 27 de febrero del 2018 y disponer la autoridad tributaria atienda el reclamo respecto de la misma conforme las consideraciones de la sentencia.

1.2 De la sustanciación del recurso de casación.- A la presente sentencia de casación, le han antecedido los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

1.2.1 Auto de 22 de junio de 2021, a las 08h34, dictado por el doctor Marco Aurelio Tobar Solano, Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, en el que se declara la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por Director Zonal 9 del SRI, por el caso 5 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), por el vicio de errónea interpretación del art. 94 numeral 3 del Código Tributario.

1.2.2 La compañía CAMINOSCA S.A., en la contestación al recurso interpuesto señala que el Tribunal resolvió el caso en aplicación de su control de legalidad y resolvió la nulidad de la Resolución impugnada por la caducidad de la facultad determinadora de la Administración en vista de dos presupuestos jurídicos: por el vencimiento del plazo para el ejercicio de dicha facultad, al amparo del art. 94 numeral 1 del Código Tributario; y por la interrupción de la gestión fiscalizadora que se suspendió la misma por más de 15 días consecutivos, al amparo del art. 95. Que en consecuencia, la norma jurídica del supuesto vicio (art. 94 numeral 3) no es aplicada por el tribunal para resolver y peor aún tiene relación con la norma sustento de la aplicación del control de legalidad. Por lo expuesto se solicita rechazar el recurso interpuesto.

1.2.3 Sorteo de la causa número 17510-2019-00255, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, el 10 de marzo del 2022, mediante el que se radicó la competencia en este Tribunal de Casación.

1.2.4 Auto de 21 de julio de 2022, en el que se convoca a las partes a audiencia para el día 26 de julio de 2022, a las 14h45.

2. CONSIDERACIONES GENERALES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

2.1 De la jurisdicción y competencia.- Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de la 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, ratificado 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. Así como por el sorteo que consta en el proceso; y en atención a lo previsto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República Ecuador, 185 -segunda parte, número 1- del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

2.2 De la validez procesal.- En la tramitación del presente recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de recursos, por lo que no existe nulidad alguna que declarar.

2.3 Problema jurídico planteado.- CASO 5: El recurrente considera que la sentencia objeto del recurso de casación el Tribunal de instancia, incurre en el vicio de errónea interpretación del art. 94 numeral 3 del Código Tributario; al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP.

2.4 Fundamentación del recurso.- El casacionista en la fundamentación del recurso señala que en el presente caso existió una errónea interpretación del artículo 94 numeral 3 del Código Tributario. Que la Sala establece que la autoridad tributaria no procedió con un acto de verificación conforme lo prevé el numeral 3 del art. 94, sino que a su cuenta y riesgo optó por la figura de la determinación complementaria. Que al analizar la facultad determinadora en lo referente al acto de determinación complementaria, la Sala afirma que esta facultad estaría caducada, ya que, lo establecido en la norma infringida no se refería a determinaciones complementarías, únicamente a re determinaciones, con lo cual se configura la errónea interpretación de la norma señalada. Que la errónea interpretación se aprecia cuando el Tribunal establece que las re determinaciones no se consideran verificaciones de los actos administrativos. Que la Sala analiza y aplica el art. 94 numeral 3 del Código Tributario en el punto 7.1.3.2 del fallo. Que la Sala sesga el contenido de la norma, dejando de lado la figura de la determinación complementaria como una forma de verificación. Que para una interpretación correcta de la norma, se debe tener presente la palabra "verificación", tal como la ha definido la RAE es: "control, comprobación, examen concerniente al cumplimiento de una determinada regulación". Que por medio de una determinación complementaria se realiza una verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias, para lo cual se realiza un amplio análisis del acto antecedente y la declaración del sujeto pasivo. Que es potestativo para la administración tributaria verificar los actos de determinación, sea a través de una determinación complementaria cuando el contribuyente ha presentado reclamo, o sea por medio de una re determinación cuando no ha existido reclamo, por lo que la verificación de un acto no se agota en las re determinaciones, sino que la verificación puede ser efectuada mediante una determinación complementaria o una re determinación. Que es claro que el término de un año para la verificación de un acto determinativo también engloba a las determinaciones complementarias. Que la determinación complementaria debe ser entendida dentro del término de caducidad del art. 94 numeral 3, tal como consta analizado en el Voto Salvado. Que cuando el Tribunal indica que la determinación complementaria no es una verificación, le está quitando ingresos que legalmente le corresponden adquirir al Estado y le está dando una errada interpretación a lo que la norma realmente pretende mostrar. Que el vicio fue determinante en su parte dispositiva dándole un contexto diferente que no le corresponde, haciendo que los jueces tomen una decisión errada y acepten las pretensiones del actor e invalidando la determinación complementaria realizada y no se analizaron las glosas discutidas por más de un año sobre las cuales se presentaron pruebas y se realizaron alegaciones. Que si el Tribunal hubiese interpretado correctamente la norma, la sentencia habría sido diferente, toda vez que se hubiera analizado el fondo del juicio discutido y verificado que

la Administración actuó correctamente en la determinación de las glosas. Por lo expuesto se solicita casar la sentencia.

2.5 Contestación del recurso de casación.- La compañía CAMINOSCA S.A., en la contestación al recurso interpuesto argumentan que el cargo se lo presenta al amparo del caso quinto del art. 268 del COGEP, que tiene expresa relación con las normas de derecho sustantivo, no obstante, la Administración no ha establecido la naturaleza de la norma de derecho sustantivo, para que tenga asidero el precitado caso invocado en el recurso. Que la Administración omite que la caducidad se resolvió en función del art. 94, pero también del art. 95 del Código Tributario. Que la propia Administración, para fundamentar su vicio, parte del hecho cierto que el Tribunal de instancia, para declarar la caducidad, aplica expresamente el art. 94 numeral 1 del Código Tributario, y no el numeral 3. Que sin lugar a dudas, discurrió más de un año (el acta de determinación original fue emitida el 27 de febrero del 2018 y el Acta de Determinación Complementaria el 4 de abril del 2019) que establece la norma que la Administración señala que debía aplicarse en este caso, de forma que, para la correcta interpretación de esa disposición, es que el año para la realización de la verificación, debe contabilizarse "desde la fecha de la notificación de tales actos". Que el Tribunal de instancia declaró la caducidad de la facultad determinadora, no solo por el asunto materia de la alegada errónea interpretación, sino también en función de la suspensión de los trabajos de fiscalización por más de 15 días hábiles, al amparo del art. 95 del Código Tributario, norma que no es materia del recurso. Que no es viable que como consecuencia de la casación, simplemente se declare la validez de la actuación administrativa, sino que corresponde la emisión de la correspondiente sentencia de reemplazo o mérito. Por lo expuesto se solicita rechazar el recurso interpuesto.

2.6 Audiencia.- La audiencia convocada se llevó a cabo el día 26 de julio del 2022, a las 14h45.- Comparecieron a la misma, por la parte recurrente la abogada Shariam Patricia Olmedo Armijos, procuradora judicial de la autoridad tributaria y, por la contraparte, el Dr. Galo Rafael Arrobo Rodríguez en calidad de procurador judicial de la parte accionante, quienes intervinieron debidamente autorizados en sus alegatos e hicieron uso de su derecho a la réplica, como se podrá verificar del acta de audiencia que obra del proceso, así como del CD que contiene la grabación de la misma.-

3. ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

3.1 Del análisis del problema jurídico planteado.- 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".* El caso 5 tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia.

3.2 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).

3.3. El recurrente manifiesta que se ha violentado la siguiente norma:

> *"**Art. 94.- Caducidad**.- Caduca la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria, sin que se requiera pronunciamiento previo:...3. En un año, cuando se trate de verificar un acto de determinación practicado por el sujeto activo o en forma mixta, contado desde la fecha de la notificación de tales actos."*

3.4 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.

3.5 Como se mencionó ut supra el caso 5 parte de hechos probados, en tal virtud constan como tales en el fallo recurrido, los siguientes: *"7.1.3.2 (...) Visto el acto impugnado se verifica que el ejercicio económico objeto de determinación es del año 2013, respecto del cual el contribuyente presentó la declaración del Impuesto a la Renta el 01 de abril de 2014. Por su parte la Administración Tributaria, frente a la declaración de impuesto del año 2013, emitió una orden de determinación, el 13 de marzo de 2017, notificada el 14 del mismo mes y año; procedimiento determinativo que concluyó con el Acta de Determinación No. 17201824900184432 de 27 de febrero de 2018. Por lo que, en este primer escenario, considerando la fecha de presentación de la declaración del Impuesto a la Renta del 2013, esto es, el 01 de abril de 2014, la Administración Tributaria tenía tres años para ejercer la facultad determinadora conforme lo previsto en el numeral primero del artículo 94, es decir hasta el 01 de abril de 2017, sin embargo, se debe considerar que al emitir la orden de determinación No. DZ9-ASODETC17-00000008, el 13 de marzo de 2017, notificada el 14 de los mismos mes y año, con la que se interrumpió la caducidad de la facultad determinadora, faltaba menos de un año para que ésta se produzca, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 95, el ejercicio de la misma se extendió por un año más a partir de dicha notificación, esto es, hasta el 14 de marzo de 2018. Es así que, al haberse notificado a la compañía con el acta de determinación definitiva No. 17201824900184432 el 27 de febrero de 2018, lo hizo dentro del término que la ley establece para el válido ejercicio de la facultad determinadora, pues faltaba menos de un mes para que venza el plazo para notificar con el acto de determinación. No obstante, ante dicha determinación el contribuyente con fecha 27 de marzo de 2018, dentro del término de 20 días previsto en el artículo 115 del Código Tributario, presentó un reclamo administrativo en contra de dicha acta, es así que durante la tramitación del reclamo la administración tributaria en aplicación de lo dispuesto en el artículo 131 del Código Tributario, resuelve, suspender la tramitación del reclamo y dispone el inicio de una determinación complementaria, a través de la emisión de la orden de determinación de fecha 24 de agosto del 2018, proceso dentro del cual se emitió la Resolución 117012019RREC133953 con fecha 04 de abril de 2019, acto administrativo que contiene el acta de determinación complementaria. (...) 7.1.3.3…al haber operado la caducidad de la facultad determinadora…por la interrupción de la gestión de la administración por más de 15 días, como lo prevé la norma (art. 95 C.T.)"* (El subrayado es de esta sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia).

3.6 En virtud de que el vicio denunciado es el de errónea interpretación del art. 94 numeral 3 del Código Tributario, es pertinente detallar lo que señala el Tribunal A quo, al respecto: 7.1.3.2 (...) De estos hechos se evidencia que a la fecha en que se emitió el acta de determinación inicial faltaba como se ha indicado previamente, menos de un año para que se produzca la caducidad de la facultad determinadora, de allí que cuando se emitió la orden de determinación complementaria el 24 de agosto de 2018, dicha facultad se encontraba caducada, pues tal actividad fiscalizadora, según el precitado artículo 95 del Código Tributario, solo podía ejercitarse hasta el 14 de marzo de 2018, particular que no tuvo en cuenta la autoridad tributaria, o que omitió considerarlo, pues la orden de determinación complementaria emitida fuera del término legal para hacerlo, no surte efecto legal alguno, por lo que a la autoridad tributaria le correspondía resolver en estricto sentido legal, exclusivamente el reclamo formulado, dentro del término que el artículo 132 del Código Tributario prevé para el efecto, pues de ninguna manera (sic) se ha de entender que determinación complementaria, que tiene por objeto revisar hechos no considerados en la determinación original, per se habilita un tiempo mayor al previsto en el artículo 94 del Código Tributario, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 ibídem, sólo la orden de determinación legalmente emitida interrumpe la caducidad de la facultad determinadora, circunstancia que en el presente caso no se produce pues como se ha señalado la orden de determinación complementaria fue emitida fuera de los tres años que tenía la administración tributaria para ejercer dicha facultad. De manera que, para el 4 de abril de 2019, fecha en la que se notificó con la Resolución que atendió el reclamo administrativo al acta de determinación original, había transcurrido en demasía el tiempo previsto en el numeral 1 del artículo 94, en concordancia con los artículos 95 y 131 del Código Tributario. No

obstante, no se puede dejar de considerar que la misma disposición del artículo 94 del CT, en el numeral 3 contempla que la facultad determinadora caduca: "3. En un año, cuando se trate de verificar un acto de determinación practicado por el sujeto activo o en forma mixta, contado desde la fecha de la notificación de tales actos". Es decir, la norma prevé que la Administración cuando se trata de verificar un acto de determinación, tiene un año desde la fecha de la emisión del acto de determinación. Sin embargo, en el presente caso la autoridad tributaria no procedió con un acto de verificación conforme lo prevé el numeral 3 del artículo 94, sino a su cuenta y riesgo optó por la figura de la determinación complementaria, la que como se ha dicho suspende el plazo para resolver el reclamo, más no interrumpe la caducidad de la facultad determinadora, pues tal interrupción solo se produce como efecto de la notificación con la "orden de determinación", la que en este caso fue de fecha 28 de agosto de 2018, es decir, cuando ya se encontraba caducada la facultad determinadora, por tanto, dicha orden no produce efecto legal alguno. De tal manera que, para redundar en la falta de legalidad de la actuación de la administración, se debe reiterar que la orden de determinación complementaria fue emitida el 24 de agosto de 2018, cuando ya había caducado la facultad determinadora, ello sin contar que la resolución que atendió el reclamo y que contiene el acta de determinación complementaria, fue notificada el 04 de abril de 2019. Debiendo aclarar, que si bien el contribuyente presentó una declaración sustitutiva el 19 de enero de 2018 y un escrito de aceptación parcial de diferencias, el 22 de enero de 2018, aquello atendió a los resultados del acta borrador previo a la emisión del acta de determinación definitiva No. 17201824900184432 el 27 de febrero de 2018, por tanto la contabilización del plazo de caducidad nada tiene que ver con la mencionada declaración sustitutiva. Por todo lo señalado, la determinación complementaria realizada, no surte efecto legal alguno al encontrarse fuera de los términos previstos en las normas citadas para el ejercicio de la facultad determinadora. Sin perjuicio de lo cual cabe precisar que la determinación inicial no se encuentra afectada por la figura de la caducidad de la facultada determinadora, siendo ésta legítima, no obstante, aquello no implica pronunciamiento sobre el fondo de dicha determinación, lo que no corresponde analizar en la presente acción, por haber ocurrido con oportunidad la emisión del acta de determinación y la misma fue aceptada parcialmente, por el propio contribuyente". (El subrayado es de esta Sala).

3.7 En el ámbito del derecho tributario, la caducidad tiene por finalidad constituirse en una forma de condenar la inactividad de la administración tributaria dentro de los plazos legales previstos para el efecto y, evitar que con posterioridad a los plazos establecidos en la ley, se produzcan actos administrativos que resulten nulos por la falta de capacidad para producir efectos, en razón de la pérdida, por el transcurso del tiempo, de la facultad administrativa para ejercer válidamente sus funciones. El doctor José Vicente Troya Jaramillo al referirse a la caducidad dice: *"...Para el orden tributario consiste en el enervamiento de la facultad determinadora de obligaciones tributarias que ostenta la administración activa. Ocurre por el transcurso del tiempo. Dicho de otro modo, dentro de lo que en el derecho administrativo se considera la oportunidad, los actos administrativos de determinación de obligación tributaria deben emitirse tempestivamente.- Caduca la facultad de la administración para determinar las obligaciones tributarias;… La caducidad es institución de derecho público. Opera de oficio y debe ser reconocida y declarada a petición de parte o sin ella, por autoridades administrativas y jueces".* (José Vicente Troya Jaramillo, "Manual de Derecho Tributario"; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-2014; páginas 258 a 259).

3.8 El art. 94 del Código Tributario, a más de señalar con precisión el ámbito de la caducidad de la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria, que opera por el transcurso de los plazos en él establecidos, señala también el ámbito de aplicación de dichos plazos, distinguiéndose entre aquellos casos en que existe una declaración presentada por el contribuyente, como ocurre en la especie, así la facultad determinadora caduca en tres años. La compañía actora presento su declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2013, el 1 de abril de 2014, y al emitir la Administración Tributaria, una orden de determinación No. DZ9-ASODETC17-00000008, el 13 de marzo de 2017, (notificada el 14 del mismo mes y año) se suspendió el plazo de caducidad; en virtud de lo cual de conformidad al art. 95, tercer inciso, del Código Tributario la Autoridad tributaria tenía hasta el 14 de marzo 2018 para emitir la determinación. Estos todos hechos no controvertidos. Por otro lado, el procedimiento determinativo concluyó con el Acta de Determinación No. 17201824900184432 notificada el 27 de febrero

de 2018, dentro de plazo legal, consecuentemente el actuar del SRI fue acorde a lo dispuesto en los arts. 94 numeral 1 y 95 del Código Tributario.

3.9 Ahora bien, al presentar la compañía actora el 27 de marzo de 2018 un reclamo administrativo contra el Acta de Determinación No. 17201824900184432, dentro de los 20 días establecidos en la norma legal (hecho probado); la Autoridad Tributaria en la sustanciación del mencionado reclamo con fundamento al art. 131 del Código Tributario, resolvió, suspender la tramitación del reclamo y dispuso el inicio de una determinación complementaria, a través de la emisión de una orden de determinación de fecha 24 de agosto del 2018, proceso dentro del cual se emitió la respectiva Resolución 117012019RREC133953 el 04 de abril de 2019, que contempla el acta de determinación complementaria, figura jurídica sobre la que se estableció el controvertido.

3.10 Para iniciar este análisis en concreto, esta Sala señala que comparte lo establecido por el Tribunal A quo a fojas 953 vuelta a 954, en lo que guarda relación exclusiva con: *"(...) la figura de la determinación complementaria, la que como se ha dicho suspende el plazo para resolver el reclamo, más no interrumpe la caducidad de la facultad determinadora, pues tal interrupción solo se produce como efecto de la notificación con la "orden de determinación"*". Es evidente que la determinación complementaria per se, no interrumpe los plazos de caducidad, pues estos únicamente se interrumpen con la notificación de orden de determinación, como lo ordena expresamente el art. 95 del Código Tributario, pero el análisis que le corresponde a esta Sala va más allá, pues debe dilucidar si en efecto existió una errónea interpretación del numeral 3 del art. 94 del Código Tributario, por lo que, considerando los hechos probados y el último inciso del art. 131 del Código Tributario, que dispone que la determinación complementaria se regirá por el mismo procedimiento establecido para el ejercicio de la facultad determinadora de la administración tributaria, esta Sala verifica que si bien la administración tributaria inició una determinación complementaria dentro de la resolución de un reclamo administrativo, situación permitida por el referido artículo, no es menos cierto que para hacerlo, debía considerar los plazos de caducidad contemplados en el art. 94 del Código Tributario, pues estos forman parte esencial del procedimiento determinativo y no cabe desvincular la determinación complementaria del concepto de determinación y toda la regulación prevista para el efecto en el Código Tributario.

3.11 La determinación complementaria es una de las formas establecidas para el ejercicio de la facultad determinadora, sólo que se encuentra prevista dentro de la atención de un reclamo administrativo, a diferencia de las demás; sin embargo, no por ello se puede concluir que ésta no es una determinación, para ello cabe leer con atención el art. 131 ibídem que establece: "*Cuando de la tramitación de la petición o reclamo se advierta la existencia de hechos no considerados en la determinación del tributo que lo motiva, o cuando los hechos considerados fueren incompletos o inexactos, la autoridad administrativa dispondrá la suspensión del trámite y la práctica de un proceso de verificación o determinación complementario, disponiendo se emita la correspondiente Orden de Determinación..."* (El subrayado es de esta Sala). De la lectura diáfana del texto, que es claro y expreso, es fácil darse cuenta que la determinación complementaria es una verificación del acto de determinación original, pues justamente se dispone su apertura, con la finalidad de verificar hechos no considerados en la determinación del tributo que motiva el reclamo o verificar hechos incompletos o inexactos en dicha determinación original, consecuentemente, al constituirse en una verificación de un acta de determinación anterior, debe sujetarse ineludiblemente a los plazos de caducidad previstos en la norma tributaria, particularmente al numeral 3 del art. 94 del Código Tributario que dispone que se tendrá un año desde la notificación del acta de determinación, para realizar un proceso de verificación. Consecuentemente, en la especie consta como hecho probado que se emitió una orden de determinación complementaria el 24 de agosto de 2018 dentro del procedimiento establecido para resolver el reclamo administrativo propuesto por la empresa actora en contra del Acta de Determinación No. 17201824900184432, y que, el acta de determinación original fue notificada el 27 de febrero de 2018, por lo que, para poder realizar una determinación complementaria, debía encontrarse aún decurriendo el plazo de 1 año establecido para la verificación de un acto de determinación practicado por el sujeto activo o de forma mixta, plazo que debía contabilizarse desde la fecha de notificación de dicho acto de determinación. Por lo que, desde el 27 de febrero de 2018, fecha de notificación del acta de determinación original, la administración tributaria tenía hasta el 27 de febrero de 2019 para iniciar la determinación complementaria de conformidad con el art. 95 del Código Tributario, al haber notificado con la orden de determinación complementaria el 24

de agosto de 2018, se verifica que se encontraba dentro del plazo legal y por tanto no había caducado la facultad determinadora de la administración tributaria para verificar un acto de determinación. Tampoco se observa que a la fecha de notificación con la resolución que atiende el reclamo presentado y que, además contiene la determinación complementaria, esto es, el 4 de abril de 2019, hubiere caducado la facultad determinadora (verificación), pues con la notificación de la orden de determinación complementaria se interrumpió el plazo de 1 año de conformidad con lo establecido en el art. 95 del Código Tributario y, por tanto dicha resolución se notificó dentro del año previsto para el efecto de conformidad con la normativa citada. En virtud del análisis realizado, se ha comprobado que los juzgadores de instancia incurrieron en la errónea interpretación del art. 94.3 del Código Tributario y que, de haberle dado la interpretación correcta, que es la que ha dejado sentada esta Sala precedentemente, la decisión en instancia hubiere sido distinta, si no hubieren otros hechos probados que considerar. Sin embargo, en este caso puntual, que ha sido puesto en consideración de esta Sala, bajo el yerro del caso 5, se ha comprobado que uno de los hechos probados en instancia es que *"...desde la orden de determinación complementaria No. ... emitida y notificada el 24 de agosto de 2018, la administración emitió requerimientos de información en las siguientes fechas: 13-09-2018 y 13-11-2018, recibiendo la información entre el 20-11-2018 y 22-11-2018, lo que implica, que desde el 22 de noviembre de 2018 hasta el 8 de febrero de 2019, en que se emitió el acta borrador (de la determinación complementaria) transcurrieron más de los 15 días a que se refiere el artículo 95 del Código Tributario, que en su parte dispone: "...". De tal manera que, existiendo un vicio de procedimiento que invalida el acto administrativo impugnado, al haber operado la caducidad de la facultad determinadora en primer lugar por el vencimiento del plazo conferido por la ley para el ejercicio de dicha facultad (art. 94 C.T.) y por la interrupción de la gestión de la administración por más de 15 días, como lo prevé la norma (art. 95 C.T.)..."*, y, sobre este particular, la administración tributaria, ahora parte recurrente, no ha dicho nada al respecto, no ha presentado yerro alguno dentro de su recurso de casación, por lo que esta Sala se encuentra impedida de pronunciarse sobre dicho análisis, que además constituye un hecho probado en instancia, que no puede ser alterado por esta Sala ni por los recurrentes, considerándose aceptado por las partes procesales.

3.12 Por lo expuesto, en atención a los hechos probados, se ha verificado que el tribunal de instancia le ha dado un alcance distinto al numeral 3 del art. 94 del Código Tributario, reduciendo su campo de acción, por lo que se configura el cargo alegado de errónea interpretación del art. 94 numeral 3 del Código Tributario, en el sentido de que la determinación complementaria es una forma de verificación de determinación y no una figura distinta a la determinación; sin embargo, habiendo prosperado el vicio alegado al amparo del caso 5 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, se verifica que este no incidió en la decisión de la causa, pues con el análisis que antecede se verificó que si bien no se produjo la caducidad de la facultad determinadora de la administración tributaria respecto a la determinación complementaria focalizada exclusivamente en el art. 94.3 del Código Tributario, los juzgadores A quo declararon la caducidad adicionalmente por otro hecho, esto es, por haberse suspendido por más de 15 días consecutivos los actos de fiscalización, hecho probado en instancia que no puede revaluarse y, por tanto, no se cumplen con todos los requisitos necesarios para la procedencia del yerro alegado, pues la errónea interpretación en este caso puntual, no incide en la decisión de la causa.

4. RESOLUCIÓN

4.1. Por las consideraciones antes referidas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve NO CASAR la sentencia de 4 de febrero de 2021, a las 16h35, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; dentro del juicio No. 17510-2019-00255.

4.2 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. No. 1452-UATH-2021-DCH de fecha 21 de diciembre del 2021.

4.3 Sin costas.

4.4 Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

f) Dra. Rosana Morales Ordóñez, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Gustavo Durango Vela, JUEZ NACIONAL; Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL.

V

Juicio Nro. *17510-2020-00044*
Resolución Nro. *783-2022*
Fecha: *28 de noviembre del 2022, las 10h01*

TEMA: Títulos de crédito válidos o liquidaciones o determinaciones firmes como solemnidad sustancial del procedimiento de ejecución.

ASUNTO

El accionante presenta una demanda de excepciones al procedimiento de ejecución coactiva en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito, iniciado para el cobro de los impuestos de patente municipal y de 1.5 por mil sobre los activos totales del ejercicio económico 2012.

El actor sustenta su demanda en que en el procedimiento coactivo existe nulidad del auto de pago por falta de notificación de los títulos de crédito o liquidaciones y, subsidiariamente, nulidad del auto de pago por falta de determinación de la obligación y extinción de la obligación por prescripción. Por su parte, la entidad demandada contesta que las alegaciones del accionante son improcedentes, por cuanto: a) los impuesto en cuestión son de naturaleza eminentemente declarativa, por ser determinados por el mismo sujeto pasivo; b) porque la declaración efectuada por el sujeto pasivo es documento suficiente para el cobro coactivo; y, c) que al haberse realizado una declaración sustitutiva del impuesto a la renta del año 2012, la misma es incompleta, por lo que aplica el plazo de 7 años del artículo 55 del Código Tributario.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito fija el objeto de la controversia en establecer si es procedente la acción propuesta de excepciones a la coactiva, tendiente a que se deje sin efecto el procedimiento de ejecución coactiva, seguido por la administración tributaria municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito.

Los jueces indican que, dentro del expediente administrativo remitido al órgano jurisdiccional, no consta aparejado al auto de pago ningún instrumento que corresponda a los títulos que se dicen cobrar, que constituyen su fundamento, siendo esta una solemnidad sustancial, de conformidad con lo establecido en el artículo 165.4 del Código Tributario. En este sentido, el tribunal establece la nulidad del procedimiento de ejecución coactiva, por la falta de requisitos legales que afectan la validez del procedimiento.

Por lo tanto, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito acepta la demanda presentada por el accionante, al haberse verificado la excepción a la coactiva contenida en el numeral 10 del artículo 212 del Código Tributario.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2020-00044

Juez Ponente: Dr. Gustavo Durango Vela

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

Quito, lunes 28 de noviembre del 2022, las 10h01,

VISTOS: El Dr. Juan Alejandro Alvarracín Criollo, procurador judicial del representante legal y judicial del Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito y a su vez autorizado por el Funcionario Recaudador de Coactivas de la misma institución, interpone recurso de casación en contra de la sentencia de mayoría del 4 de diciembre del 2020, las 09h18, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, dentro del juicio de excepciones No. 17510-2020-00044 propuesto por el señor Rubén Darío Peñafiel Caisa en contra del procedimiento de ejecución N° 2017-CAJ3-04343, y se resuelve aceptar la demanda y deja sin efecto el procedimiento de ejecución coactiva iniciado en su contra.

PRIMERO: COMPETENCIA.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 184, 185 segunda parte, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 269 del Código Orgánico General de Procesos.

SEGUNDO: INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL JUZGADOR.- En virtud del sorteo de la causa realizado el 20 de junio del 2022, a las 12h43, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gilda Rosana Morales Ordóñez, José Dionicio Suing Nagua (Jueces Nacionales) y Gustavo Adolfo Durango Vela (Juez Nacional encargado, Ponente). Mediante Resolución Nro. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los Doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; además, con Resolución Nro. 008-2021, de 28 de enero de 2021 el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la Doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución Nro. 2, de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los Doctores Gilda Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua. Mediante oficio Nro. 635-SG-CNJ, la Doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia llama al Doctor Gustavo Durango Vela para que asuma el despacho de la Sala Contencioso Tributaria, en reemplazo de la Doctora Ana María Crespo Santos, ratificado mediante oficio Nro. 92-P-CNJ-2021, de 12 de febrero de 2021, suscrito por el Doctor Iván Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia y avalado con Acción de Personal No. 166-UATH-2021-NB de 19 de febrero de 2021. Por licencia concedida a la doctora Rosana Morales Ordóñez, actúa la doctora Liz Barrera Espín conforme se desprende del acta de sorteo de 24 de noviembre de 2022 suscrita de igual manera por el Presidente de esta institución.

TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.- El Procurador Judicial del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Distrito Metropolitano de Quito, interpone recurso de casación (fs. 171 a 176 vta.), el cual es calificado de oportuno por el Tribunal de instancia en auto de 4 de febrero del 2021, las 14h01 y remite el proceso a esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

CUARTO: ERRORES ALEGADOS Y ADMITIDOS.- Mediante auto de 17 de marzo del 2022, las 15h43, dictado por la doctora Mónica Alexandra Heredia Proaño, Conjueza de la Corte Nacional de Justicia, se admite a trámite el recurso de casación interpuesto por el caso 5 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, COGEP, por falta de aplicación de las normas de derecho sustantivo del artículo III.5.119 e inciso primero del artículo III.5.122 del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito; inciso segundo del artículo 548 y artículo 553 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD; y, artículos 139.2

y 160 del Código Tributario; así como por errónea interpretación del artículo 165.4 del Código Tributario.

QUINTO: VALIDEZ PROCESAL.- De la revisión del proceso no se observa ninguna circunstancia que pueda afectar su validez procesal y tampoco existe nulidad alguna que declarar, como así también lo manifestaron los procuradores en la audiencia de casación, por lo que, se declara la plena validez del mismo. Cabe recalcar que al presente sentencia de casación, le han antecedido los siguientes actos procesales que denotan su validez: providencia de jueves 10 de noviembre de 2022, las 12h07, dictada por el Juez Nacional Ponente en la que se convoca a las partes a audiencia de casación en vía telemática para el día jueves 24 de noviembre de 2022, a las 14h45, misma que efectivamente se realizó, y en la cual fueron escuchadas las partes procesales a través de sus procuradores judiciales; por la parte actora, Rubén Darío Peñafiel Caisa, el abogado Pablo Roberto Andino Fiallos de manera presencial; y por la Administración Tributaria Seccional, ahora recurrente, la abogada Eliana Michelle Lozada Villacís; quienes intervinieron con sus alegatos, debidamente autorizados; sin que haga uso de su derecho a la réplica, por tanto sin opción a contrarréplica, como se podrá verificar del acta de audiencia que obra del proceso, así como del CD, que contiene la grabación de la misma. La Sala suspende la audiencia y entra a deliberar, se reanuda al cabo de quince minutos en el que el juez ponente da a conocer oralmente el veredicto al que en forma unánime ha llegado. Se cumple ahora con la obligación legal de notificar por escrito la sentencia emitida.

SEXTO: ARGUMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA SECCIONAL POR LOS VICIOS SEÑALADOS:

6.1. Respecto de la falta de aplicación de las normas señaladas, la Administración Tributaria Seccional considera que merece especial atención la aseveración del Tribunal de instancia en la que señala que se ha violado el debido proceso en la garantía del derecho a la defensa, respecto de lo cual manifiesta que no tiene sustento alguno y esto obedece a que en el análisis del caso, no aplica las normas que regulan la naturaleza jurídica de las declaraciones tributarias de los impuestos de patente municipal y metropolitana y del 1.5 por mil sobre los activos totales, objeto de la ejecución coactiva. Manifiesta que estos tributos tienen la calidad de "declarativos", es decir, son determinados por el mismo contribuyente mediante su declaración conforme lo señalan los Arts. 548 inciso segundo y 553 del COOTAD e inciso primero del Art. III.5.122 y III.5.119 del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito. Dice que estos impuestos son declarativos porque los insumos para establecer la base imponible son conocidos únicamente por el contribuyente, en efecto: a) en el caso de la patente, los insumos o componentes a considerar son el total de activos y pasivos; y, b) en el caso del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, los componentes son: el total de activos y las obligaciones de hasta un año plazo y los pasivos contingentes. Estos elementos, dice el casacionista, son de pleno y absoluto conocimiento del sujeto pasivo (su contabilidad) y no del sujeto activo; pero el Tribunal de instancia no aplicó las referidas normas, hecho que ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia porque de haberlo hecho habría establecido que las obligaciones tributarias siempre fueron de conocimiento del contribuyente y, por tanto, habría desechado la excepción a la coactiva alegada por el actor y habría ratificado la validez del procedimiento de ejecución coactiva. Si la sentencia aplicaba las referidas normas, habría entendido que el contribuyente nunca fue privado de su derecho a la defensa, pues las obligaciones impagas fueron determinas por él mismo y por tanto habría concluido que el contribuyente conocía de sus obligaciones pendientes, las que, adicionalmente, fueron detalladas en el auto de pago, por tanto, el procedimiento de ejecución coactivo es válido porque las obligaciones deben ser satisfechas y concomitantemente se habría desechado la excepción y declarado la validez del procedimiento coactivo. Dice que esta falta de aplicación hace que el Tribunal A quo se equivoque al considerar que el ahora actor no ha podido "(...) defender adecuadamente sus derechos (...)" sin razonar que sus derechos fueron ejercidos de manera oportuna y legítima al momento de hacer la determinación tributaria; este error ha llevado a concluir en una supuesta violación de derechos y la aceptación de la excepción a la coactiva de nulidad y declarar sin efecto jurídico el procedimiento coactivo. Así mismo manifiesta que el numeral 2 del Art. 139 del Código Tributario establece que la nulidad debe ser declarada siempre que se haya obstado el derecho de defensa del contribuyente, lo que no ha ocurrido en este proceso, porque fue el mismo quien determinó los tributos y fue citado con el auto de pago. Manifiesta que el Tribunal de

instancia tampoco aplicó el Art. 160 del Código Tributario pues de haberlo hecho habría señalado que las determinaciones del contribuyente son definitivas y vinculantes y se encuentran firmes y, como consecuencia de ello, llevan implícita la acción de cobro coactivo, por lo tanto, fueron de su pleno conocimiento y con el detalle constante en el auto de pago, por lo que, no se ha vulnerado ningún derecho del actor. Si el Tribunal de instancia aplicaba el numeral 2 del Art. 139 y 160 del Código Tributario, habría desechado la excepción de nulidad y habría dispuesto la legitimidad del procedimiento de ejecución y su consiguiente continuación.

6.2. Respecto de la errónea interpretación del Art. 165 numeral 4 del Código Tributario la entidad Edilicia manifiesta que, en el auto de pago dictado en el procedimiento coactivo, el funcionario ejecutor de manera clara y taxativa ha detallado las obligaciones impagas del contribuyente (determinadas por él mismo), sin que por tato exista arbitrariedad municipal en pretender cobrar tales obligaciones determinadas por él mismo. Dice que en la sentencia se interpreta el Art. 165 numeral 4 del Código Tributario de manera laxa, pues, a criterio del Tribunal de instancia, en la ejecución coactiva, la omisión de los instrumentos que reflejen la existencia de las obligaciones tributarias, acarrea la nulidad del procedimiento de ejecución, cuando la interpretación correcta es que en el procedimiento de ejecución procede la nulidad en el evento que se haya vulnerado el derecho a la defensa, según el Art. 139.2 del Código Tributario (norma no aplicada) y esto hubiese ocurrido sólo si la determinación de la deuda tributaria la hubiese hecho el Municipio como sujeto activo e iniciado la ejecución coactiva sin haberle notificado al contribuyente con tal determinación, por lo tanto la interpretación del Tribunal A quo sería correcta sólo en el supuesto de que en el auto de pago no se hubieran detallado las obligaciones impagas, lo que no sucede en este caso, porque dicho auto contiene en detalle la deuda tributaria y además se le notificó al sujeto pasivo para que ejerza su derecho a la defensa. La errónea interpretación del Tribunal de instancia ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia, porque declara sin valor jurídico el procedimiento coactivo sólo por una inexistencia formal del instrumento que contenga las obligaciones pendientes de pago, sin percatarse que ésas fueron determinadas por el sujeto pasivo y constan en el auto de pago. Además, este yerro ha sido determinante porque ha conducido al Tribunal A quo a no analizar que la nulidad de un procedimiento coactivo prosperaría si se hubiese vulnerado el derecho a la defensa del actor, respecto de poder discutir sobre la deuda tributaria, cuando en realidad ésta fue de su pleno conocimiento por haberla él mismo determinado. Dice que si se hubiese interpretado adecuadamente el Art. 165.4 del Código Tributario vinculando la nulidad a la vulneración del derecho a la defensa, se habría desechado la excepción a la coactiva y se habría dispuesto la continuación del procedimiento coactivo por ser legítimo en el fondo y la forma porque el actor conocía de la deuda tributaria determinada por él mismo. Solicita se case la sentencia y se expida, en su lugar, la que corresponda.

SÉPTIMO: CONTESTACIÓN AL RECURSO.- El señor Rubén D. Peñafiel Caisa, en su escrito de contestación y en la audiencia llevada a cabo, manifiesta que las causales contenidas en el numeral 5 del Art. 268 del COGEP deben ser determinantes en la parte dispositiva del fallo, si no se cumple con dicho presupuesto, el análisis resulta irrelevante. Que en virtud de los antecedentes del caso, la parte dispositiva de la sentencia está vinculada con la solemnidad sustancial señalada en el numeral 4 del Art. 165 del Código Tributario. Añade que la casacionista alega la falta de aplicación normas contenidas en el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito y del COOTAD pero que no existe tal yerro porque el Tribunal A quo realizó una aplicación directa e inmediata de las garantías del debido proceso y el derecho a la seguridad jurídica centrados en el pleno ejercicio de estos derechos constitucionales; la aceptación de la supuesta falta de aplicación de esas normas legales, implicaría priorizar la aplicación del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito y el COOTAD por sobre la Constitución de la República. Manifiesta que, la recurrente identifica normas que regulan las formas de determinar tributos, cuando ese punto no forma parte de la *ratio decidendi* de la sentencia, ni siquiera de su *obiter dicta*; las normas jurídicas citadas no regulan en absoluto el procedimiento coactivo y, en tal virtud, su aplicación no corresponde al caso. Respecto de la falta de aplicación de los Arts. 139.2 y 160 del Código Tributario manifiesta que la fundamentación de esta causal es poco clara, por cuanto la primera establece claramente los casos en los cuales los actos administrativos son nulos; en el caso, la prescindencia de las normas

procesales por parte del Municipio de Quito genera una nulidad absoluta al no respetarse una de las solemnidades sustanciales estipuladas en el Art. 165 del Código Tributario (hecho que no ha sido negado por el Municipio) por tanto la falta de aplicación se alega, repercute en perjuicio del mismo Municipio de Quito toda vez que está reconociendo que su accionar adolece de nulidad. Manifiesta que la casacionista ha realizado una interpretación aislada del Art. 160 del Código Tributario, cuando en realidad el mismo debía ser interpretado de forma sistemática, pues de así hacerlo (considerando los Arts. 149, 150, 157 y 165 del mismo CT), concluiría que el Municipio de Quito siempre estuvo en la obligación de emitir el título de crédito y aparejarlo en el proceso de ejecución coactiva y no que no necesitaba hacerlo. Sobre una supuesta errónea interpretación del Art. 165.4 del Código Tributario, manifiesta la evidente improcedencia de esta causal por cuanto el Municipio de Quito reconoce expresamente, en la fundamentación de su recurso, que no ha respetado las solemnidades sustanciales, sin embargo, se limita a denominarlo "inexistencia formal del instrumento", lo que no aplica por cuanto la Constitución de la República así como el Código Tributario imponen al Municipio la responsabilidad de respetar y velar por el cumplimiento de las solemnidades sustanciales establecidas entre otras, por la contemplada en el Art. 165.4 del Código Tributario. En conclusión, el Tribunal A quo realizó una aplicación e interpretación correcta de la norma jurídica, lo que para el Municipio de Quito es una interpretación laxa, en realidad se enmarca con el real ejercicio de la tutela judicial efectiva. Manifiesta que el único objetivo de la recurrente es que las violaciones al debido proceso, el irrespeto a la seguridad jurídica y la inobservancia de solemnidades sustanciales sean pasadas por alto, en perjuicio de los derechos constitucionales vigentes. Solicita rechazar el recurso y ratificar en todas sus partes la sentencia recurrida.

OCTAVO: CONSIDERACIONES DE ESTA SALA DE CASACIÓN PARA SU DECISIÓN.-

8.1. Análisis del problema jurídico planteado.- El recurso de casación se fundamenta en el caso 5 del Art. 268 del COGEP que dispone: "Art. 268.- Casos. "El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (...) 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto." El numeral cinco contiene los denominados errores in iudicando en la sentencia, en otras palabras, la violación directa de la norma sustantiva señalada por el recurrente. En este caso, de configurarse el yerro jurídico de la sentencia ésta debe ser corregida. Este es el caso que tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia. 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.

8.2. Alcance doctrinario del error.- Muchos autores y estudiosos del tema, se han pronunciado sobre los vicios alegados, por ejemplo, lo dice el jurista ecuatoriano Luis Cueva Carrión en su obra "La casación en materia civil" (Ediciones Cueva Carrión. 2011. Pág. 226), consiste en: "El error in iudicando tiene relación directa con el derecho sustantivo o de fondo; es el que se comete al violar las normas jurídicas de derecho sustantivo o material. Es el defecto en el juicio de derecho." Sobre la falta de aplicación de varias normas, alegado por la Administración Tributaria Seccional, el autor Luis Armando Tolosa Villabona sostiene: "Según la doctrina y la jurisprudencia, en consonancia con los dispositivos legales, ocurre la falta de aplicación cuando se deja de aplicar un precepto legal, y ello constituye "la infracción directa típica", por haberlo ignorado el sentenciador o por no haberle reconocido validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto..." ("Teoría y Técnica de la Casación", Bogotá-Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2008. Pág. 361). 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 errónea interpretación el mismo autor ha manifestado: "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." (Opus cit. Págs. 359 y 361). Por su parte tratadista nacional Dr. Santiago Andrade Ubidia, en relación a la errónea interpretación ("La Casación Civil en el Ecuador". Pág. 183), manifiesta que ésta se produce: "Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene."

8.3. Normas legales aplicables al caso.- Son las siguientes: Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito "Art. III.5.119.- Hecho generador. El hecho generador del impuesto regulado en este capítulo (en adelante el "Impuesto de Patente") constituye el ejercicio permanente de actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales en el Distrito Metropolitano de Quito (en adelante la "Actividad Económica"). El ejercicio impositivo del Impuesto de Patente es anual y comprende el lapso que va del 1o. de enero al 31 de diciembre. Cuando la actividad económica se inicie en fecha posterior al 1o. de enero, el ejercicio impositivo se cerrará obligatoriamente el 31 de diciembre de cada año. El Impuesto de Patente será de carácter declarativo para las personas jurídicas y las personas naturales obligadas a llevar contabilidad. Esta declaración corresponde al ejercicio impositivo correspondiente al cual se desarrolló la actividad económica. El impuesto será exigible, desde la fecha en que venza el plazo para presentar la respetiva declaración. Para la aplicación del Impuesto de Patente se consideran actividades profesionales aquellas realizadas por personas naturales en libre ejercicio o sin relación de dependencia. Para la aplicación del Impuesto de Patente se entenderá como ejercicio permanente de Actividades Económicas el que supere un período de seis meses consecutivos o no en un mismo año calendario, sin perjuicio de que el Sujeto Pasivo deba obtener su LUAE en los casos previstos en el ordenamiento metropolitano. Se presume que todo Sujeto Pasivo inscrito en el Registro de Actividades Económicas para la Gestión Tributaria -RAET- ejerce una actividad económica permanente, salvo que demuestre lo contrario." "Art. III.5.122. Base imponible y deducciones.- La base imponible del Impuesto de Patentes es el patrimonio neto del sujeto pasivo. Se entiende por patrimonio neto la diferencia entre el total de activos y el total de pasivos, establecidos con base en los registros públicos." Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización "Art. 548. Base Imponible.- Para ejercer una actividad comercial, industrial o financiera, se deberá obtener una patente anual, previa inscripción en el registro que mantendrá, para estos efectos, cada municipalidad. Dicha patente se la deberá obtener dentro de los treinta días siguientes al día final del mes en el que se inician esas actividades, o dentro de los treinta días siguientes al día final del mes en que termina el año. El concejo, mediante ordenanza establecerá la tarifa del impuesto anual en función del patrimonio de los sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón. La tarifa mínima será de diez dólares y la máxima de veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América." "Art. 553.- Sujeto Pasivo.- Son sujetos pasivos del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, las personas naturales, jurídicas, sociedades nacionales o extranjeras, domiciliadas o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal, que ejerzan permanentemente actividades económicas y que estén obligados a llevar contabilidad, de acuerdo con lo que dispone la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y su Reglamento. Para efectos del cálculo de la base imponible de este impuesto los sujetos pasivos podrán deducirse las obligaciones de hasta un año plazo y los pasivos contingentes. Los sujetos pasivos que realicen actividades en más de un cantón presentarán la declaración del impuesto en el cantón en donde tenga su domicilio principal, especificando el porcentaje de los ingresos obtenidos en cada uno de los cantones donde tenga sucursales, y en base a dichos porcentajes determinarán el valor del impuesto que corresponde a cada Municipio. Para el pago de este impuesto por parte de las empresas de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Cuando los sujetos pasivos de este impuesto tengan su actividad en una jurisdicción distinta al Municipio o Distrito Metropolitano en el que tienen su domicilio social, el impuesto se pagará al Municipio del lugar en donde se encuentre ubicada la fábrica o planta de producción." 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." "Art. 160.- Orden de cobro.- Todo título de crédito, liquidación o determinación de obligaciones tributarias ejecutoriadas, sentencias firmes y ejecutoriadas que no modifiquen el acto determinativo, llevan implícita la orden de cobro para el ejercicio de la acción coactiva. El mismo efecto tendrá las resoluciones administrativas de reclamos, sancionatorias o recursos de revisión. Sin perjuicio de lo señalado, en el proceso de ejecución coactiva, se deberá garantizar el derecho al debido proceso y del derecho a la defensa de los contribuyentes, garantizados constitucionalmente." "Art. 165.- Solemnidades sustanciales.- Son solemnidades sustanciales del procedimiento de ejecución: (...) 4. Citación legal del auto de pago al coactivado."

8.4. ANÁLISIS DEL CASO SUB JUDICE.- Respecto de la falta de aplicación de las normas alegadas por la Administración Tributaria Seccional como infringidas es necesario considerar que para que la causal alegada prospere, según la línea jurisprudencial sentada por esta Sala de Casación, debe señalarse cuál es la norma legal que debe aplicarse a los hechos que son objeto de la litis y que el Juzgador de instancia ha dejado de aplicarla; para lo cual, se debe argumentar jurídica y suficientemente sobre las razones por las cuales se debe aplicar la norma propuesta por el casacionista; luego ha de señalar con precisión la norma que fue aplicada en lugar de aquella que da solución al problema jurídico materia de la decisión judicial; y, por fin, demostrar adecuadamente la incidencia o trascendencia del vicio en la sentencia dictada por el juzgador, condición, ésta última, fundamental para admitir el recurso de casación, pues, de no hacerlo, no se lo puede admitir.

8.4.1. La sentencia en los numerales del 6 al 12 se refiere a las partes procesales, competencia, excepciones previas, validez del proceso y al determinar el objeto de la litis señala (13): " Establecer si es procedente la acción propuesta de excepciones a la coactiva, tendiente que se deje sin efecto el procedimiento de ejecución coactiva número 2017-CAJ3-04343 del Recaudador Especial de Coactivas de la Administración Tributaria Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito; y en consecuencia se levanten las medidas cautelares impuestas."

8.4.2. El caso 5 del Art. 268 del COGEP, como se dijo, tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia; en el caso, se aceptan como relevantes para la decisión, sin objeción de las partes, los siguientes: 1) La Administración Tributaria Seccional inició el procedimiento de ejecución coactiva 2017-CAJ-04343, para el cobro de 2 títulos de crédito en contra de Rubén Darío Peñafiel Caisa, por concepto de Impuesto de Patentes Municipales y del 1.5 por mil sobre los Activos Totales. 2) Que el contribuyente interpone excepciones al procedimiento coactivo fundamentado en el numeral 10 del Art. 212 del Código Tributario, nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución por falsificación del título de crédito y, subsidiariamente por la contemplada en el numeral 5 de dicho artículo, esto es, extinción total o parcial de la obligación por alguno de los modos previstos en el artículo 37 del mismo Código. 3) Del expediente administrativo no consta aparejado al auto de pago instrumento alguno que corresponda a los títulos que el auto de pago dice cobrar, por tanto, no se puede constatar que es lo que se cobra. 4) No se discute el derecho del Municipio de Quito al cobro de las obligaciones impositivas impagas, pero esta actividad recaudadora es reglada. 5) Que no se pudo analizar las alegaciones de las partes pues no constan del proceso los instrumentos que fundamentan el auto de pago, siendo solemnidad sustancial tal acompañamiento para ejercer la acción.

8.5. En la parte resolutiva de la sentencia, claramente se lee: "ACEPTAR la demanda presentada por el señor... por cuanto se ha verificado la excepción a la coactiva contenida en el numeral 10 del artículo 212 del Código Tributario..."; la excepción aceptada, dice textualmente: "Al procedimiento de ejecución de créditos tributarios, sólo podrán oponerse las excepciones siguientes: 10. Nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución por falsificación del título de crédito; por quebrantamiento de las normas que rigen su emisión, o falta de requisitos legales que afecten la validez del título o del procedimiento..." Se trata, sin ninguna duda, de un tema relativo a la sustanciación y validez del procedimiento de ejecución y no de un proceso de conocimiento, por el que se decida un derecho, por tanto, y de conformidad a la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 30 de junio de 2009 (de cumplimiento obligatorio para el juzgador y las partes, hasta que la ley no diga lo contario o cambie justificadamente de criterio según lo dispone el Art.185 de la Constitución de

la República, en concordancia con el Art. 182 del COFJ), no puede ser motivo del recurso de casación por no constituir un proceso de conocimiento sino de ejecución o coactiva; suficiente motivo para rechazar el recurso de casación propuesto por el GAD del DM de Quito; sin embargo, al haber sido, equivocadamente admitido a trámite por el conjuez de la Sala, procederemos a analizar la fundamentación del recurso.

8.6. En síntesis, el recurso interpuesto se orienta a que esta Sala de Casación resuelva si existe falta de aplicación, por parte de la sentencia de mayoría, de normas que regulan el procedimiento administrativo de ejecución coactiva incoado en contra del actor, para lo cual se observa: (i) La Administración Tributaria Seccional, en ejercicio de la facultad recaudadora, prevista en los Arts. 71 y 157 del Código Tributario, procede a emitir un auto de pago en contra del señor Rubén Darío Peñafiel Caisa para recaudar valores pendientes de pago que corresponden al Impuesto de Patentes Municipales y del Impuesto del 1.5 por mil sobre los Activos Totales del ejercicio económico 2012. (ii) Frente a este accionar del Municipio de Quito, el contribuyente opone excepciones al procedimiento coactivo, amparado en el numeral 10 del Art. 212 del Código Tributario, por considerar que existe nulidad del auto de pago por no haber sido notificado con éste y los títulos de crédito y, en subsidio la excepción contemplada en el numeral 5 del artículo 212, esto es, extinción total o parcial de la obligación por alguno de los modos previstos en el artículo 37 del CT, por lo que la propuso acción contencioso tributaria. (iii) En la sentencia recurrida, el Tribunal de instancia, en el numeral 22 manifiesta "(...) en la presente causa en particular conforme la información que obra de autos, y bajo el exclusivo propósito de identificar cuáles son las obligaciones y sustento de las mismas que se pretende su cobro, por ser el objeto controvertido y para establecer o no la procedencia de las alegaciones de las partes en esta acción judicial, se verifica que en el expediente administrativo (fs. 1 a 29), remitido por el GAD Quito mediante oficio No. DMF-TE-JTEC-2020-00777 (foja 30), donde, al recibirse la causa en este Tribunal se certifica que consta en 29 fojas, si bien consta el auto de pago dictado por el GAD en contra del señor Peñafiel (foja 1), no consta aparejado al auto de pago instrumento alguno que corresponda a los títulos que el auto de pago dice cobrar.-" (Las negrillas no nos corresponde). (iv) La norma del Art. 157 del Código Tributario señala de forma expresa que la acción coactiva se fundamentará en título de crédito emitido legalmente, en las liquidaciones o determinaciones ejecutoriadas o firmes de obligación tributaria. Entre los sistemas de determinación tributaria, la primera señalada en el Art. 88 del Código Tributario justamente es la declaración del propio sujeto pasivo, que se efectuará mediante la correspondiente declaración una vez configurado el hecho generador, en la forma y tiempo que la ley señale, en cuyo caso, se convierte en definitiva y vinculante (pero se podrá rectificar errores de hecho en que se hubiere incurrido en un año desde su presentación). v) En el caso específico, esta Sala de Casación considera que estamos frente a una determinación que se aproximaría a la mixta, puesto que, el cálculo del impuesto a la patente y el 1,5 por mil a los activos totales, debe realizarse en función del patrimonio (patente) y activos menos obligaciones de hasta un año y pasivos contingentes (1,5 por mil) que deberán coincidir con los activos y pasivos de la declaración del impuesto a la renta hecha por el contribuyente, pero por si sola, no puede ser el instrumento que sirva para iniciar un proceso de ejecución o coactiva, puesto que, el Municipio debe por el carácter "declarativo" del impuesto de patente, justificar los valores que pretende recaudar a través de una determinación o al menos con la emisión de un título de crédito, pues la información global que tiene la declaración de la renta, tratándose de un impuesto diferente y administrado por otro sujeto activo, no puede per se, ser suficiente para el cálculo de los impuestos seccionales. vi) Esta Sala en múltiples fallos, se ha pronunciado en el sentido de que, para el cálculo de los referidos tributos municipales, se debe declarar como base imponible el monto de los activos que cada contribuyente (persona jurídica o natural obligada a llevar contabilidad) donde tenga su domicilio principal (especificando el porcentaje de los ingresos) y en los cantones donde tenga sucursales (Art. 553 del COOTAD), y no sobre la totalidad de sus activos, es decir exclusivamente sobre lo que le corresponda en esa jurisdicción, de lo contrario, el sujeto pasivo pagaría en cada municipio donde tenga actividad económica sobre la totalidad de sus activos, lo cual no es admisible pues se iría en contra de los principios de equidad y racionalidad que prima en el sistema tributario ecuatoriano. vii) Por estas consideraciones, es indudable que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, debió identificar la obligación, cuantificarla y motivar el

monto que pretende cobrar, para darle la oportunidad al contribuyente de ejercer su legítimo derecho a la defensa si consideraba excesivo o arbitrario tal cobro, lo cual en este caso, de acuerdo a los hechos probados no ha ocurrido, sino que por el contrario, no existe instrumento alguno que corresponda a algún título que el auto de pago dice está ejecutando; ello en concordancia con lo establecido en el numeral 4 del Art. 165 del mismo Código señala como solemnidad sustancial del procedimiento de ejecución "Aparejar la coactiva con títulos de crédito válidos o liquidaciones o determinaciones firmes o ejecutoriadas". viii) El desconocimiento de estas normas por parte de la administración pública tributaria, violenta expresos derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos, como son, el derecho al debido proceso (Art. 76 numeral 1 de la Constitución de la República) o el derecho a la seguridad jurídica definido (Art. 82 de la misma Carta Magna), derechos que deben ser tutelados y garantizados por todos los funcionarios, servidores administrativos y por los jueces en sus decisiones, por ser el Ecuador un estado constitucional de derechos y conforme se encuentra proclamado en el Art. 1 de la Constitución.

8.7. Por lo expuesto y ante la evidente infracción de una solemnidad sustancial del procedimiento de ejecución, se concluye que no se han configurado los yerros de falta de aplicación de las normas de derecho contenidas en los Arts. III.5.119 y III.5.122 del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, 548 y 553 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y 139.2 y 160 del Código Tributario. Habiéndose declarado la nulidad del procedimiento de ejecución por las razones previamente señaladas, y que han sido reconfirmadas por esta Sala de Casación, justamente por el incumplimiento del Art. 165.4 del Código Tributario, se ratifica que la interpretación efectuada por el Tribunal de instancia en su sentencia es la pertinente y adecuada al caso resuelto.

NOVENO: DECISIÓN.- 9.1. Por las consideraciones antes referidas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve **NO CASAR** la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito del 04 de diciembre del 2020, dentro del juicio de excepciones a la coactiva No. 17510-2020-00044.

9.2. Sin costas.

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

9.4. 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 Durango Vela, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Liz Barrera Espín CONJUEZA NACIONAL, Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL.

VI

Juicio Nro. *17503-2009-26679*
Resolución Nro. *804-2022*
Fecha: *30 de noviembre del 2022, las 16h06*

TEMA: Legitimación en la causa ante impugnación de actos de determinación que afectan a un consorcio.

ASUNTO

La compañía Perenco Ecuador Limited impugna la resolución de 12 de marzo de 2009 emitida por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, a través de la cual se niega el reclamo administrativo propuesto en contra del acta de determinación por impuesto a la renta y anticipos del ejercicio fiscal 2003, expedida en contra de la contratista (consorcio) que suscribió con el Estado ecuatoriano el contrato de participación para la explotación y exploración de hidrocarburos en el bloque 21 de la región amazónica, integrada por la compañía mencionada y otras dos más.

La compañía accionante alega principalmente la nulidad del acta de determinación confirmada en la resolución impugnada, en razón de que la orden de determinación debió notificarse a todas las compañías que conforman el consorcio, de conformidad con el artículo 204 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, por lo que, al no haber sucedido así, afirma que la orden de determinación no surte efecto. Adicionalmente, la demandante plantea la inexistencia del supuesto sujeto pasivo a cargo de quien se levantó el acta de determinación, indicando que el Servicio de Rentas Internas confunde la figura de contratista con la de sociedad, ya que la primera nunca existió como persona jurídica independiente de las compañías que la integran ni como una sociedad para efectos impositivos.

Por su parte, el Servicio de Rentas Internas señala que el consorcio constituido es sujeto pasivo del impuesto a la renta, según lo previsto en los artículos 4 y 94 de la Ley de Régimen Tributario Interno y el artículo 21 de la Ley de Hidrocarburos, este último que exige que se pague dicho tributo sobre los resultados de casa contrato y prohibiendo que los resultados de cada contrato se confundan con los resultados de otros. La entidad pública añade que la demanda es improcedente, por falta de derecho del actor, al no comparecer en calidad de operadora del consorcio, esto es, a nombre de las demás empresas que lo componen, por lo que carece de facultad para demandar e instaurar el juicio.

RESUMEN DE INSTANCIA

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito determina que la contratista, esto es, el conjunto de compañías asociadas para la explotación y exploración de hidrocarburos en el bloque 21 de la región amazónica, a la fecha de la determinación efectuada, constituía una unidad económica, lo que la convertía en un sujeto pasivo independiente de sus miembros, respecto de las obligaciones tributarias generadas, en concreto del impuesto a la renta y anticipos del ejercicio fiscal 2003, en aplicación de los artículos 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno y 24 del Código Tributario.

En ese sentido, los jueces señalan que la comparecencia de la compañía Perenco Ecuador Limited, a título propio, sin calidad de representante de las demás compañías que conforman la contratista, no es suficiente, desde el punto de vista procesal, para impugnar un acto que afecta a aquellas, las cuales no han comparecido a hacer valer sus derechos dentro de la causa, encontrándose ante lo que la doctrina conoce como falta de legitimación en la causa, por ausencia de litisconsorcio necesario, lo que imposibilita emitir una sentencia de mérito o fondo.

Por los motivos indicados, el tribunal desecha la demanda presentada por Perenco Ecuador Limited.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17503-2009-26679

Juez Ponente: Dr. José Suing Nagua

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.
Quito, miércoles 30 de noviembre del 2022, las 16h06,
VISTOS: El abogado Esteban Bueno Carrasco en calidad de abogado autorizado y procurador judicial de la compañía Perenco Ecuador Limited, interpone recurso 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 14 de septiembre de 2018, las 9h48, dentro del juicio de impugnación No. 17503-2009-26679. **PRIMERO: COMPETENCIA.-** 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. **SEGUNDO: DECISIÓN DE INSTANCIA.-** En el fallo de instancia se resolvió desechar la demanda presentada por el Apoderado General y representante legal de la compañía Perenco Ecuador Limited. **TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.-** Mediante escrito presentado el 3 de octubre de 2018, las 16h40, el abogado Esteban Bueno Carrasco en calidad de abogado autorizado y procurador judicial de la compañía Perenco Ecuador Limited, interpuso recurso de casación en contra del fallo referido, mismo que fue calificado en auto de 4 de octubre de 2018, las 13h59, en los términos de los artículos 2, 3, 4, 6, 7 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 conocer y resolver este recurso. **CUARTO: ADMISIÓN.-** Mediante auto de admisión de 21 de marzo de 2022, las 16h10, la doctora Mónica Heredia Proaño, Conjueza de esta Sala, declaró la admisibilidad parcial del recurso de casación propuesto por Perenco Ecuador Limited, exclusivamente por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por el vicio de falta de aplicación de los artículos 568 segundo inciso, 1453, 1527, 1530 y 1536 del Código Civil, artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos, artículo 6 del Reglamento al Sistema Especial de Licitación, la Resolución del SRI No. 437, artículo 94.2 del Código Tributario, artículo 3 de la Ley de Registro Único de Contribuyentes, y artículo 207 (actual 244) del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno; y, por el vicio de aplicación indebida del artículo 3 inciso tercero del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno. **QUINTO: CONTESTACIÓN AL RECURSO.-** La abogada Gabriela Valdivieso Ordóñez en su calidad procuradora fiscal, debidamente legitimada por la Directora General y por el Director Zonal 9 (antes Director Regional Norte) del Servicio de Rentas Internas, mediante escrito de 24 de marzo de 2022, las 11h10, da contestación al recurso interpuesto y solicita desechar el mismo pues las causales invocadas no proceden y en consecuencia corresponde ratificar la sentencia venida en grado, emitida por el Tribunal de instancia. **SEXTO.- INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL JUZGADOR.-**

Mediante sorteo de la causa No. 17503-2009-26679 (1), realizado el 20 de junio de 2022, las 16h28, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gilda Rosana Morales Ordónez, Jueza Nacional, Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E); y, José Suing Nagua, Juez Nacional en su calidad de 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. **SÉPTIMO: VALIDEZ PROCESAL.-** 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. **OCTAVO: AUTOS PARA RESOLVER.-** Con fecha 21 de noviembre de 2022, las 12h55, el Tribunal de Casación emitió autos para resolver la presente causa. **NOVENO: ERROR ALEGADO.-** La compañía recurrente considera que el fallo impugnado incurre en: Causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de los artículos 568 segundo inciso, 1453, 1527, 1530 y 1536 del Código Civil, artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos, artículo 6 del Reglamento al Sistema Especial de Licitación, la Resolución del SRI No. 437, artículo 94.2 del Código Tributario, artículo 3 de la Ley de Registro Único de Contribuyentes, y artículo 207 (actual 244) del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno; y, por el vicio de aplicación indebida del artículo 3 inciso tercero del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno. **DÉCIMO: NORMAS SEÑALADAS COMO INFRINGIDAS.-** Las normas que la compañía recurrente considera infringidas son: a) **Artículo 568 segundo inciso del Código Civil.-** "... Sin embargo, los miembros pueden, expresándolo, obligarse en particular, al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria, si se estipula expresamente la solidaridad.". **b) Artículo 1453 del Código Civil.-** "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.". **c) Artículo 1527 del Código Civil.-** "En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o in sólidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.". **d) Artículo 1530 del Código Civil.-** "El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.". **e) Artículo 1536 del Código Civil.-** "El deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas. Pero no puede oponer, por vía de compensación, el crédito de un codeudor solidario contra el demandante, si el codeudor solidario no le ha cedido su derecho.". **f) Artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos.-** "Las empresas extranjeras que deseen celebrar contratos contemplados en esta Ley deberán domiciliarse en el País y cumplir con todos los requisitos previstos en las leyes. Estas empresas extranjeras se sujetarán a los tribunales del País y renunciarán expresamente a toda reclamación por vía diplomática. Aquella sujeción y esta renuncia se considerarán implícitas en todo contrato celebrado con el Estado o con PETROECUADOR.". **g) Artículo 6 del Reglamento al**

Sistema Especial de Licitación.- "Consorcios o asociaciones.- Las empresas nacionales o extranjeras, estatales o privadas, legalmente constituidas a la fecha de la convocatoria, también podrán participar bajo la figura de consorcios o asociaciones. En caso de resultar adjudicatarias, el contrato deberá ser firmado por todas las partes, debiendo responder cada una de ellas en forma solidaria e indivisible por el conjunto de las obligaciones del contrato.". **h) Resolución del Servicio de Rentas Internas No. NAC-DGER2005-0437 publicada en el Registro Oficial No. 110 de 23 de septiembre de 2005.-** En el recurso de casación se refiere la infracción de la Resolución indicada sin precisar cuál es el artículo o disposición transitoria de la misma que no ha sido aplicado/a en la sentencia recurrida. **i) Artículo 3 tercer inciso del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno.-** "De los consorcios.-... En todos los casos, los miembros del consorcio serán solidariamente responsables, por los tributos que genere la actividad para la cual se constituyó el consorcio.". **j) Artículo 94.2 del Código Tributario.-** "Caducidad.- Caduca la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria, sin que se requiera pronunciamiento previo:... 2. En seis años, contados desde la fecha en que venció el plazo para presentar la declaración, respecto de los mismos tributos, cuando no se hubieren declarado en todo o en parte;...". **k) Artículo 3 de la Ley de Registro Único de Contribuyentes.-** "De la Inscripción Obligatoria.- Todas las personas naturales y jurídicas, entes sin personalidad jurídica, nacionales y extranjeras, que inicien o realicen actividades económicas en el país en forma permanente u ocasional o que sean titulares de bienes o derechos que generen u obtengan ganancias, beneficios, remuneraciones, honorarios y otras rentas sujetas a tributación en el Ecuador, están obligados a inscribirse, por una sola vez en el Registro Único de Contribuyentes. También están obligados a inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes, las entidades del sector público; las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; así como toda entidad, fundación, cooperativa, corporación, o entes similares, cualquiera sea su denominación, tengan o no fines de lucro. Los organismos internacionales con oficinas en el Ecuador; las embajadas, consulados y oficinas comerciales de los países con los cuales el Ecuador mantiene relaciones diplomáticas, consulares o comerciales, no están obligados a inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes, pero podrán hacerlo si lo consideran conveniente. Si un obligado a inscribirse, no lo hiciere, en el plazo que se señala en el artículo siguiente, el Director General del Servicio de Rentas Internas asignará de oficio el correspondiente número de inscripción; sin perjuicio a las sanciones a que se hiciere acreedor por tal omisión.". **l) Artículo 207 numeral 4 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno.-** "Las actas de determinación contendrán los siguientes requisitos: (...) 4. Número de registro único de contribuyentes o de cédula de identidad o de documento de identidad del sujeto pasivo.". **DÉCIMO PRIMERO: CONTENIDO DE LA CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN.- A.** La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación se configura por los vicios de: *"Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva."*. **DÉCIMO SEGUNDO: ARGUMENTOS DEL RECURRENTE POR LOS VICIOS ACUSADOS.-** En lo que se refiere al fundamento de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por el vicio de falta de aplicación de los artículos 568 segundo inciso, 1527, 1530 y 1536 del Código Civil y de aplicación indebida del artículo 3 tercer inciso del Reglamento para la Aplicación de la LRTI, la compañía recurrente señala que a decir el Tribunal de instancia, Perenco no podía comparecer de forma individual e impugnar un acto administrativo a nivel judicial que establece una obligación tributaria a un supuesto consorcio y por tanto, en aplicación del concepto de litis consorcio necesario, se rechaza la demanda sin conocer el fondo de la litis, y que este criterio establece una contradicción evidente entre el criterio de litis consorcio necesario y el concepto de obligación solidaria. Continúa señalando que el SRI en el acta borrador de determinación, en el acta de determinación y en la resolución impugnada, establece que el sujeto pasivo se constituyó con la firma del "Contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 21 de la Región Amazónica" y, además, establece que la deuda que nace de la suscripción del contrato es solidaria, por tanto, más allá de la existencia de la obligación, es evidente, que la obligación establecida en el contrato petrolero puede exigirse de forma individual a cualquiera de las supuestas socias del supuesto consorcio. Perenco Ecuador Limited precisa en su

recurso que en la sentencia recurrida se reconoce la solidaridad de las compañías y cita al efecto el punto 4.4. del fallo, para concluir que los comparecientes suscribieron el contrato petrolero en forma solidaria. Además que el propio SRI en el acta de determinación y en la resolución impugnada, menciona que las partes comparecen de forma solidaria y que por tanto puede cobrarse la totalidad de la deuda a cualquiera de las sociedades que forman el supuesto consorcio. Es decir, acepta que se puede cobrar individualmente a cualquiera de las supuestas socias del supuesto consorcio, pero no permite que de forma individual, los deudores se puedan defender. Cita el artículo 568 del Código Civil y señala que la norma manifiesta que los miembros de una corporación pueden obligarse de forma particular respecto de una obligación solidaria, en este caso, es obvio que Perenco al acudir de forma individual respecto de la obligación solidaria, se obligó de forma particular sobre la obligación establecida en las actas de determinación, por tanto, si se acepta la solidaridad en el acto administrativo emitido por el SRI, en el contrato y en la sentencia, por qué Perenco no podría defenderse de forma individual. A continuación cita el artículo 1527 del Código Civil y señala que la solidaridad quedó determinada por el propio contrato y el SRI; y que el Tribunal inferior así lo ha reconocido, por tanto cualquiera de las partes del supuesto consorcio podía hacerse cargo de la totalidad de la obligación y acudir de forma individual en la demanda, y así lo confirma el artículo 1536 del Código Civil. El artículo citado evidencia que Perenco como deudor solidario puede acudir planteando excepciones que resulten propias de la naturaleza de la obligación y, además, todas las personales como sucedió en el presente caso, por tanto, es irrisorio que respecto de una obligación solidaria se pretenda aplicar el criterio de 'litis consorcio necesario' cuando el Código Civil claramente lo permite. Añade la compañía recurrente que durante el proceso administrativo se ha aceptado el criterio de solidaridad, igualmente, se ha aceptado dicho criterio por la Sala A quo, por tanto, mal se puede establecer un criterio de litis consorcio necesario cuando los deudores solidarios pueden ser demandados de forma individual y su defensa también puede realizarse de forma individual. Refiere que en la página 5 del acta de determinación se cita el artículo 1557 (ahora 1530) del Código Civil para decir que si no se le otorga al deudor el beneficio de división, ¿cómo se puede pretender aplicar el criterio de litis consorcio necesaria sobre una deuda solidaria? La solidaridad pretende proteger el interés del acreedor, en este caso del SRI, frente a la pluralidad de obligados frente a la deuda tributaria sin que esto limite la defensa individual de cada deudor. En efecto, lo que se pretende a través de la solidaridad es precisamente proteger al acreedor, se busca que el perjudicado pueda demandar de forma individual a cualquiera de los responsables para reclamarle la totalidad del valor adeudado, sin que le sea oponible la excepción de falta de litisconsorcio necesario, o que podrá demandar sólo a uno o a todos los deudores, por tanto, es absurdo que se pretenda aplicar el concepto de litis consorcio necesaria que busca proteger al acreedor cuando uno de los supuestos deudores, que además de ser calificado como operador, se defiende en contra de una deuda solidaria de forma individual. Más aún si la obligación se determinó tomando de base las declaraciones de impuestos de Perenco, y las otras compañías ya que el supuesto consorcio no tiene declaración de impuesto ya que ni siquiera tiene RUC. Finalmente, la compañía recurrente manifiesta que en la sentencia impugnada se aplica el artículo 3 del Reglamento para la Aplicación de la LRTI, y se debía aplicar el criterio de solidaridad, sin embargo se aplica el artículo para desechar la demanda. Esta violación directa queda en evidencia debido a que no se han nombrado siquiera, peor analizado o aplicado, las normas antes mencionadas a excepción del artículo 3 del Reglamento que se lo aplica indebidamente, sin considerar el artículo 1530 y 1527 del Código Civil, siendo determinantes en la parte resolutiva ya que de haberse analizado o aplicado adecuadamente se hubiese entendido que las obligaciones solidarias no son divisibles y que pueden ser defendidas en juicio por cualquiera de los deudores solidarios como sucedió en este caso. Tan es evidente que la violación afecta a la resolución del Tribunal que de eliminarse el concepto de litis consorcio necesario de la sentencia se entraría a conocer el fondo de la litis, en este caso, no se ha conocido ninguno de los argumentos de fondo ya que según la Sala del Tribunal no es necesario realizar ninguna otra consideración ante la imposibilidad de pronunciar sentencia de fondo. En lo que se refiere a la fundamentación del vicio de falta de aplicación del artículo 1453 del Código Civil, artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos, artículo 6 del Reglamento del Sistema Especial de Licitación y de la Resolución del SRI No. 437, la compañía recurrente señala en su recurso que el

SRI emite el acta de determinación respecto del sujeto pasivo "Consorcio que suscribió con el Estado ecuatoriano el contrato de participación y explotación de hidrocarburos en el Bloque 21 de la Región Amazónica", y que a pesar de la alegación realizada en la demanda de la inexistencia del sujeto pasivo, la Sala aceptó la existencia del supuesto consorcio sin tomar en cuenta ninguna de las pruebas aportadas en el proceso y, sobre todo luego de que se demostró que el 'supuesto consorcio', a cargo del cual el SRI levantó el acta de determinación, no existió durante el ejercicio fiscal 2003. Señala Perenco que el SRI creó éste ente debido a que su facultad determinadora había caducado, y necesitaba un medio para iniciar un proceso de determinación a cargo de Perenco y las otras compañías que suscribieron el contrato petrolero, de lo contrario cómo se explica que no se inició la auditoría ni se notificó sus resultados a Perenco y/o al consorcio bloque 7 y bloque 21. Señala que el contrato petrolero fue suscrito entre Petroecuador y varias empresas, todas con personalidad jurídica propia, independientes entre sí, y a las que, en conjunto, para los efectos previstos en el contrato petrolero, se les denominó la 'Contratista'. Esta 'Contratista' nunca existió como persona jurídica independiente de las partes, o como una sociedad para efectos impositivos; por el contrario, el término 'Contratista' se utilizó para identificar a un grupo de empresas que suscribieron de forma solidaria, el contrato petrolero con Petroecuador. El SRI para poder demostrar la existencia del supuesto Consorcio debió presentar el acuerdo o voluntad de las partes o la norma que crea dicho ente, lo cual nunca sucedió. Pues la propia sentencia recurrida manifiesta que: "... si bien es cierto, a la fecha de la determinación, no se había constituido legalmente como 'consorcio'.", lo cual es cierto respecto del 2003, sin embargo, en el 2006, cuando se realizó la auditoría, ya existía lo cual es un error evidente de la sentencia. Señala que la discusión es si el consorcio existió en el 2003, por tanto, el análisis de la sentencia que hace referencia a los consorcios puedan o no ser sujetos pasivos, no es parte de la litis, ya que es obvio que pueden ser sujetos pasivos, lo que se discute es su existencia durante el 2003, por tanto, en relación a su existencia, en derecho, de acuerdo con el artículo 1453 del Código Civil, existen dos formas para que un consorcio o asociación nazca a la vida jurídica: a) Por voluntad de sus miembros; o, b) Por mandato legal. A continuación la compañía recurrente analiza cada forma: a. Respecto de la voluntad de las partes señala que del expediente del proceso queda claro que en el 2003 las compañías que suscribieron el contrato petrolero nunca expresaron su voluntad de formar un consorcio o asociación y, de otro lado, el SRI desde la etapa de determinación hasta la fecha, no ha demostrado la existencia de un acuerdo entre las supuestas socias del supuesto consorcio, es más no ha presentado documento que demuestre la voluntad u obligación expresa de que las empresas se constituyan en consorcio o asociación y esto se debe a que el propio contrato de participación sancionaba con la caducidad la asociación o constitución de consorcios sin la previa autorización del Ministerio del ramo. Refiere que la cláusula 16.5 del contrato petrolero establece que si la contratista juzgare conveniente constituir consorcios o asociaciones podrán hacerlo con previa notificación de Petroecuador y autorización del Ministerio del Ramo, por otro lado, la cláusula 16.5 del referido Contrato menciona textualmente: "La integración de tales consorcios o asociaciones, o el retiro de la Contratista de los mismos, sin autorización del ministerio del ramo constituirá causal para la declaratoria de caducidad de este Contrato.". Ni en el expediente administrativo ni en el expediente del proceso existe un convenio que evidencie que se pactó la constitución de un consorcio sin la autorización del Ministerio del ramo a la que hacen referencia las cláusulas antes citadas, por tanto, no se ha podido demostrar la existencia del Consorcio en el 2003. Afirma que el contrato petrolero fue firmado por las supuestas socias del supuesto consorcio de forma individual e independiente y así fue probado y reconocido en la sentencia recurrida, además, como se mencionó, las contratistas no podían construir asociaciones o consorcios sin autorización del Ministerio del ramo, por tanto, queda demostrado que nunca existió voluntad de las partes de comparecer de forma conjunta y aceptando responsabilidad limitada. Además, cada una de las empresas que mantenía derechos y obligaciones en el "Contrato de Participación" tenía vida jurídica en Ecuador durante el ejercicio fiscal 2003. Todas las empresas se domiciliaron en el Ecuador por así disponerlo expresamente la Ley de Hidrocarburos en su artículo 26. Si la voluntad del legislador hubiese sido obligar a las empresas a conformar 'Consorcios' como requisito previo a la suscripción de contratos con el Estado para la exploración y explotación de hidrocarburos, así lo hubiese dispuesto. Sin embargo, cuando se firmó el contrato

petrolero, las empresas que lo suscribieron tuvieron la clara opción de hacerlo como empresas individuales, como ha ocurrido en este caso. Por otro lado, del artículo 6 del Reglamento del Sistema Especial de Licitación claramente se desprende que se otorgó dos alternativas a las compañías que debían suscribir un contrato de participación: i) comparecer individualmente; o, ii) comparecer a través de un consorcio o asociación. En el caso que nos ocupa, se optó por la primera alternativa. Por esta razón es que la ley, el contrato petrolero y el propio SRI reconocen una obligación solidaria a cargo de las compañías ya que de no asociarse el Estado ecuatoriano, a través del SRI, podía acudir a cualquiera de las compañías para cobrar la deuda tributaria no satisfecha. Señala Perenco que las compañías supuestas socias del supuesto consorcio, al atender lo ordenado en la Resolución del SRI No. 437, el 30 de diciembre de 2005 y, previa autorización del Ministerio de Energía y Minas, suscribieron el convenio de creación del Consorcio Bloque 7 y 21, por tanto, para el ejercicio económico 2003 el supuesto Consorcio nunca existió, lo ilegal es que la auditoría se realizó en el 2006, es más el acta de determinación se notificó el 29 de agosto de 2008, por lo que debió levantar el acta a nombre del sujeto pasivo que ya existía. Debido a que el 'Supuesto Consorcio' a cargo del cual se levantó el acta de determinación jamás existió, es evidente entonces que Perenco Ecuador Limited jamás pudo representar a un ente inexistente y, por tanto, no tiene sentido lógico o jurídico alguno que el SRI exija a un ente inexistente el pago de una supuesta obligación tributaria, ni pretender imputar esa supuesta obligación de ese ente inexistente. El recurrente continúa analizado la segunda forma para que un consorcio nazca a la vida jurídica: b. mandato legal, y argumenta que la ley no establece un mandato expreso u obligatorio de formar consorcios al suscribir contratos petroleros, es más la ley, como se mencionó anteriormente, entrega la opción para que las compañías escojan si quieren o no formar consorcios, todo esto sujeto a la autorización del Ministerio correspondiente. El artículo 6 del Reglamento del Sistema Especial de Licitación ordena que las compañías que suscriban contratos petroleros pueden optar por formar consorcios o asociaciones o actuar individualmente. Solamente a partir de una disposición expresa del Servicio de Rentas Internas contenida en la Resolución No. 437 (Registro Oficial 110 de 23 de septiembre del 2005) y luego de que el Ministerio de Energía y Minas lo autorizó (mediante Acuerdo Ministerial No. 049) las empresas que mantenían derechos y obligaciones sobre el contrato de participación conformaron un Consorcio, esto es, una nueva sociedad para efectos tributarios. Una vez constituido el Consorcio Bloque 7 y Bloque 21 en el 2006 se obtuvo el correspondiente RUC, cabe mencionar que de haber existido el supuesto consorcio en el 2003, el SRI debió continuar con las determinaciones respecto del supuesto sujeto pasivo; sin embargo, el SRI desde el 2007 realizó determinaciones al Consorcio Bloque 7 y Bloque 21 que fue constituido conforme a la referida Resolución del SRI No. 437. De esta forma, no existe fuente alguna que permita alegar el nacimiento del supuesto consorcio por que las compañías que suscribieron el contrato prefirieron obligarse frente al Estado de forma individual y luego en 2006 como consorcio. Afirma la compañía recurrente que ese es el análisis que debió realizar el Juez ponente y no simplemente considerar que el supuesto consorcio existe y que por tanto hay una litis consorcio necesaria sobre una deuda de carácter solidario. Quedó demostrado que jamás se aplicó el artículo 1453 del Código Civil y que no existió voluntad alguna de Perenco para constituir un consorcio ni norma alguna que la obligue a hacerlo. Por lo tanto, el acta de determinación es nula, por haber sido emitida a cargo de un contribuyente que en el ejercicio fiscal 2003 no existía. Queda también demostrado que en la sentencia recurrida no ha existido un mínimo análisis del artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos que permite la domiciliación individual de cada empresa, pero aún también se puede evidenciar que nunca se tomó en cuenta el artículo 6 del Reglamento del Sistema Especial de Licitación que permite de forma opcional la participación de las compañías de forma individual o de forma consorcial, estas normas forman parte de un sistema que protege tanto la opción de las compañías de actuar como consorcios o de forma individual sin dejar de lado la protección al Estado ecuatoriano estableciendo la solidaridad de la deuda tributaria. Finalmente, Perenco manifiesta que la sentencia recurrida tampoco dice que el SRI a través de la resolución No. 437 ordenó la creación de los consorcios petroleros a partir del 30 de diciembre de 2005. Respecto de la falta de aplicación del numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario y la falta de aplicación de los artículos 3 de la Ley de Registro Único de Contribuyentes y artículo 207 (actual 244) del Reglamento a la Ley de Régimen

Tributario Interno, la casacionista señala en su recurso que el artículo 94 del Código Tributario establece al caso, dos opciones de caducidad: 1. Cuando existe declaración.- En tres años, contados desde la fecha de la declaración, y; 2. Cuando no existe declaración.- En seis años, contados desde la fecha en que venció el plazo para presentar la declaración, cuando no se hubieren declarado en todo o en parte. Al respecto pregunta si Perenco nunca fue notificada: (i) de la existencia del consorcio, que por cierto no tiene RUC, y que además: (ii) era su representante legal: ¿Cómo podía presentar la declaración del impuesto a la renta del consorcio? La respuesta es obvia, aún más si se considera que es imposible presentar una declaración sin tener RUC. Entonces ¿Cómo es posible aplicar el número dos del artículo 94 del Código Tributario? (i) Por qué se emite una Acta de Determinación con el RUC de Perenco cuando en el 2006 ya existía el Consorcio Bloque 7 y Bloque 21 con su propio RUC, es decir, se creó otro ente (consorcio) para evitar la aplicación del primer inciso del artículo 94 del Código Tributario. Señala que de todas formas, en aplicación de cualquiera de las opciones del artículo 94, el acto impugnado fue emitido una vez que la facultad determinadora caducó ya que, en el peor de los casos (es decir 6 años), las actas debieron emitirse hasta el 28 de abril del 2007 cuando el acta de determinación fue emitida el 28 de agosto de 2008. Cabe mencionar que más allá de la evidente caducidad, el SRI jamás demostró que Perenco era el representante del supuesto consorcio, es más, ni siquiera demostró que fue notificado con la calificación de sujeto pasivo, tampoco demostró con el requerimiento de obtener el RUC de su supuesta representada, entonces: ¿Cómo podría el supuesto consorcio, a través de su representada, obtener un RUC y presentar declaraciones de impuestos? ¿Acaso Perenco podía ser representante de dos sujetos pasivos sobre una misma declaración de impuestos? Además, si el SRI afirma que esta obligación existía, y nunca se cumplió, debió emitir un número de RUC para el supuesto contratista por constituirse en un supuesto sujeto pasivo de impuestos para poder cumplir sus obligaciones o defenderse frente a ellas; sin embargo el SRI, nunca generó el RUC ni obligó a la supuesta representante a obtenerlo. Prueba de ello es que se haya omitido incluir, en el acta de determinación el número de RUC del supuesto consorcio, sino que más bien, se incluyó el RUC de Perenco, tal como consta de las actas de determinación. Continúa señalando que si quería emitir el acto impugnado por que no notificó al Consorcio Bloque 7 y Bloque 21 que si tenía su propio RUC y existía en el año en el que se realizó la auditoría. A pesar de que es evidente que el supuesto contratista no obtuvo RUC porque así lo manifiesta las actas de determinación, el Juez no aplica el artículo 94, todo esto a pesar de que considera que el Consorcio existió en el 2003. Es decir, se acepta que existió un consorcio o contratista con deuda solidaria y, por tanto, aplica el concepto de litis consorcio necesaria sin tomar en cuenta que las actas fueron emitidas fuera de los plazos que la Ley establecía y a un sujeto pasivo distinto al Consorcio Bloque 7 y 21 que a la fecha de su notificación existía y fue legalmente constituido. Afirma que el en acto impugnado y el acta de determinación no se establece el número de RUC del supuesto sujeto pasivo, a pesar de que el artículo 207 (actual 244) del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno así lo exigía y lo exige. Efectivamente, el RUC consignado en ambos actos es el perteneciente a Perenco. El artículo 207 del Reglamento a la LRTI constituye una obligación formal y sustancial establecida en el artículo 113 del Código Tributario que era imposible de cumplir simplemente porque el sujeto pasivo, en el 2003 no constaba inscrito en el registro de contribuyentes por que no existía, por tanto, se aplicaría el número 2 del artículo 94 en el que estable tres años de caducidad por tanto en cualquier caso se evidencia que se ha producido la caducidad de la facultad del SRI para iniciar la determinación que se confirmó en la sentencia recurrida. En definitiva, el SRI emite un acta de determinación a un sujeto pasivo distinto a Perenco y distinto al Consorcio Bloque 7 Y 21 pero aplica 6 años de caducidad alegando que debió declarar completo el impuesto a la renta del 2002, lo cual no tiene lógica.

DÉCIMO TERCERO: ANÁLISIS DEL VICIO ALEGADO.- 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 la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, admitido por la Conjueza de la Sala, considera: **13.1 Causal primera.- i.** 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."*. **ii.** El recurrente cuestiona el fallo de instancia

por haber incurrido en falta de aplicación de los artículos 568, inciso segundo, 1453, 1527, 1530 y 1536 del Código Civil, 26 de la Ley de Hidrocarburos, 6 del Reglamento Especial de Licitación y la Resolución del SRI No. 437, artículo 94.2 del Código Tributario, artículo 3 de la Ley de Registro Único de Contribuyentes, y artículo 207 (actual 244) del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno; así como la indebida aplicación del artículo 3, inciso tercero del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno. El cuestionamiento gira, en torno a la existencia o no del consorcio, lo que habría provocado la falta de legitimado activo, por la no comparecencia de todos los integrantes del mismo a cuestionar los actos de determinación tributaria, esto es la figura procesal de litis consorcio necesario; **iii.** La sentencia cuestionada establece que en razón de que la determinación se efectuó en contra de una pluralidad de sujetos que conformaban una entidad económica independiente, sujeto pasivo del impuesto a la renta, por lo que la intervención de la empresa actora a título propio resulta insuficiente, desde el punto de vista procesal, para impugnar un acto que afecta a terceros que no han comparecido a hacer valer sus derechos, por lo que concluyen que se ha suscitado lo que en doctrina se conoce como falta de legitimación en la causa por ausencia de litis consorcio, sin que llegue a pronunciarse por los temas de fondo; **iv.** Analizada la sentencia, en los considerandos cuarto, quinto y sexto se desarrollan los argumentos que sostienen su decisión, así: **a)** Que la compañía compareció en la presente causa por sus propios derechos; **b)** Que el contrato fue suscrito por una pluralidad de sujetos, que conforman una unidad económica con obligaciones tributarias propias, originadas en el contrato de prestación de servicios petroleros del Bloque 21; **c)** Que la actora niega la existencia del consorcio, que se conforma con fecha posterior al periodo del examen; **d)** Que la Ley de Régimen Tributario, artículo 94 regula el término sociedad, incluyendo a entidades carentes de "personería jurídica", así como la obligación de declarar el impuesto a la renta por parte del consorcio o asociaciones de empresas, según el artículo 3 del Reglamento a la LRTI; **e)** Que tanto el contrato como la legislación vigente definen al contratista como un sujeto distinto a las empresas que lo conforman con obligaciones tributarias propias derivadas del contrato. **f)** Que si bien es cierto que a la fecha de la determinación, el consorcio no se había constituido legalmente como tal, no es menos cierto que es el sujeto pasivo de la obligación tributaria determinada, en aplicación del artículo 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno en concordancia con el artículo 24 del Código Tributario. **g)** Que con la suscripción del contrato de participación nació un nuevo sujeto pasivo del impuesto a la renta, distinto de las compañías que lo conforman y que para fines eminentemente tributarios goza de la calidad de sociedad, por así estar dispuesto en el artículo 98 de la LRTI. **h)** Que el sujeto pasivo de la obligación tributaria es uno solo denominado 'contratista', en virtud de lo convenido en el contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos del Bloque 21. Concluye que la intervención de la empresa Perenco Ecuador Limited a título propio resulta insuficiente, desde el punto de vista procesal, para impugnar un acto que afecta a terceros que no han comparecido a hacer valer sus derechos, estableciendo que se produce lo que en doctrina se conoce como falta de legitimación en la causa por ausencia de litis consorcio necesario, en base a lo cual desecha la demanda, sin emitir decisión sobre el fondo del asunto como expresamente lo deja sentado; **v.** Para resolver el cuestionamiento, corresponde verificar qué clase de figura constituye la denominada "CONTRATISTA/CONSORCIO" para efectos tributarios: **a)** Como lo establece la sentencia, mediante escritura pública de 20 de marzo de 1995 la compañía ORYX ECUADOR ENERGY COMPANY, en su calidad de operador del Bloque 21 y las compañías SANTA FE MINERALES DEL ECUADOR S.A, SOCIEDAD INTERNACIONAL PETROLERA S.A. y la COMPAÑÍA LATINOAMERICANA PETROLERA S.A. (CLAPSA) suscribieron con Petroecuador el "Contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 21 (Contrato de Participación)"; **b)** La empresa actora, PERENCO ECUADOR LIMITED, asume la condición de operador del Bloque 21 por la cesión de los derechos y obligaciones realizadas a su favor por la compañía KERR McGEE ECUADOR ENERGY CORPORATION (antes ORYX ECUADOR ENERGY COMPANY) a partir del 4 de septiembre de 2002, fecha del contrato de cesión; **c)** El 26 de marzo de 2007 Perenco fue notificada con la orden de determinación No. RNO-ATRPAOD2007-0011, mediante la cual se informó el inicio de un proceso de determinación a cargo del sujeto pasivo denominado "CONSORCIO QUE SUSCRIBIÓ CON EL ESTADO

ECUATORIANO EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS EN EL BLOQUE 21 DE LA REGION AMAZÓNICA"; **d)** De la sentencia de instancia se desprende que el "CONSORCIO" es un grupo de empresas que quedan plenamente identificadas, donde la actora de la causa tiene el rol de operador del Bloque 21, fruto de la cesión de derechos que operó a su favor; consecuentemente, sin que exista, al año del ejercicio determinado, ningún consorcio constituido, es indudable que el "CONTRATISTA" es una sociedad, en la acepción general del término, distinta de quienes, como consecuencia del contrato suscrito, asumen, de hecho, una responsabilidad solidaria, pues el contrato no discrimina ni especifica obligaciones individuales para las empresas suscriptoras, sino para la "CONTRATISTA" como un sujeto autónomo, y como tal, sujeto pasivo del impuesto a la renta, al tenor de lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente a la fecha del ejercicio en discusión; **v.** La empresa actora, si bien comparece a título individual, es indudable que lo que cuestiona es el acta de determinación que la Administración Tributaria ha levantado en contra de la "CONTRATISTA", de la que es operadora del Bloque 21, por lo que corresponde verificar si la figura de "litis consorcio necesario", utilizado por el Tribunal de instancia en la sentencia cuestionada es aplicable al caso; **iv.** La falta de derecho del actor o ilegítimo contradictor, no es un presupuesto de validez del proceso, pero sí de la sentencia de fondo o mérito; sobre la legitimación en la causa, la Sala de lo Civil de la Corte Nacional ex-Suprema ha dicho: *"es preciso distinguir lo que es la ilegitimidad de personería de lo que es la falta de legítimo contradictor, o falta de legitimación en la causa (legitimatio ad causam), que consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial",* (Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 5 16-99 dictada dentro del juicio N°159-98*): "Determina no sólo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurran determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible.".* (el subrayado corresponde a la Sala), Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 372-99 dictada dentro del juicio N° 820-94, publicada en el Registro Oficial N° 257 de 18 de agosto de 1999: *"Cuando en un contrato una de las partes está integrada por varias personas, la relación sujeto y objeto debe establecerse entre cada una de ellas y el objeto que viene a ser la relación sustancial, la no concurrencia de una persona acarrea la falta de legitimación ad caussam; y es que hay casos en que la presencia en el proceso de todos los sujetos vinculados a un contrato (relación sustancial) se hace indispensable a fin de que la relación jurídica procesal quede completa y sea posible decidir sobre el fondo de ella; si los sujetos son dos o más, pero forman un solo sujeto, estamos en presencia de un litis consorcio necesario y su comparecencia es indispensable",* (el subrayado corresponde a la Sala) Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 118-99 en el juicio 100-96, publicada en el Registro Oficial N° 160 del 31 de marzo de 1999 (referencias tomadas del artículo Capacidades y legitimaciones en el proceso civil de Lorena Cascante Redín); como se desprende de las referencias jurisprudenciales, la legitimidad en la causa es aplicable en determinadas circunstancias, no en todos los casos, como regla única; **vi.** En materia tributaria, el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, ya como contribuyente, ya como responsable; lo son también las entidades que, carentes de personalidad jurídica constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente (artículo 24 del Código Tributario); en el presente caso, indudablemente, al constituir una unidad económica, el "CONTRATISTA" es sujeto pasivo de la obligación, independiente de sus integrantes; **vii.** Ahora bien, como se deja expuesto, la actora de la causa, PERENCO ECUADOR LIMITED, actúa como operadora del Bloque 21, objeto del contrato, tema que no está en discusión, por lo que es perfectamente válido que actúe en representación de la "contratista", toda vez que, tratándose de una sociedad de hecho, sin conformación legal, obliga de manera solidaria a cada uno de sus miembros, al tenor de lo preceptuado en el último inciso del artículo 568 del Código Civil, aplicable al caso. La responsabilidad solidaria le da la opción de repetir a los demás

integrantes de la sociedad, de ser el caso; **viii.** No se puede pretender, a título de falta de legitimación en la causa, evitar un pronunciamiento de fondo sobre los puntos objeto del litigio, que son perfectamente impugnables, al tenor de lo preceptuado tanto en la Constitución de la República, como en la Ley de Régimen Tributario Interno y el Código Tributario; no dar paso al conocimiento y decisión de fondo, implicaría dejar en la indefensión al actor y una flagrante vulneración a la tutela de derechos, objeto de la acción contencioso tributaria, conforme al mandato del artículo 300 del COGEP. Aceptándose el recurso interpuesto, al no existir decisión de fondo, corresponde que el expediente vuelva al Tribunal de instancia para que se pronuncia sobre los cuestionamientos a los cargos establecidos por la Administración Tributaria. Esta Sala especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ya se ha pronunciado en igual sentido en la resolución expedida el 8 de noviembre del 2021, las 10h42, dentro del recurso de casación No. 17505-2007-24646. **13.2.** Respecto de otros vicios fundamentados en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por infracción de los artículos detallados en los considerandos anteriores, no procede su análisis por lo resuelto en el considerando precedente. **DÉCIMO CUARTO.- DECISIÓN.-** Por las consideraciones antes referidas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve **CASAR** el fallo impugnado. En razón de no existir una decisión de mérito sobre el fondo del litigio, se dispone que el proceso vuelva al Tribunal, para que el mismo Tribunal, u otro, manteniendo la ponencia en el Juez sustanciador, expida sentencia sobre los temas controvertidos, a la brevedad posible.- **Notifíquese, Publíquese y Devuélvase.-**

f) Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Gustavo Durango Vela, JUEZ NACIONAL; Dra. Rosana Morales Ordóñez, JUEZA NACIONAL.

VOTO SALVADO

Jueza: Dra. Rosana Morales Ordóñez

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

Quito, miércoles 30 de noviembre del 2022, las 16h06.

Me aparto del fallo de mayoría, a partir del considerando Décimo Tercero, con el siguiente análisis: **DÉCIMO TERCERO: ANÁLISIS DEL VICIO ALEGADO.-** 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 la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, admitido por la Conjueza de la Sala, considera: **13.1 Causal primera.- i.** 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."*. **ii.** El recurrente cuestiona el fallo de instancia por haber incurrido en falta de aplicación de los artículos 568, inciso segundo, 1453, 1527, 1530 y 1536 del Código Civil, 26 de la Ley de Hidrocarburos, 6 del Reglamento Especial de Licitación y la Resolución del SRI No. 437, artículo 94.2 del Código Tributario, artículo 3 de la Ley de Registro Único de Contribuyentes, y artículo 207 (actual 244) del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno; así como la indebida aplicación del artículo 3, inciso tercero del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno. **iii.** La sentencia cuestionada establece que en razón de que la determinación se efectuó en contra de una pluralidad de sujetos que conformaban una entidad económica independiente, sujeto pasivo del impuesto a la renta, por lo que la intervención de la empresa actora a título propio resulta insuficiente, desde el punto de vista procesal, para impugnar un acto que afecta a terceros que no han comparecido a hacer valer sus derechos, por lo que concluyen que se ha suscitado lo que en doctrina se conoce como falta de legitimación en la causa por ausencia de litis consorcio, sin que llegue a pronunciarse por los temas de fondo; **iv.** Analizada la sentencia, en los considerandos cuarto, quinto y sexto se desarrollan los

argumentos que sostienen su decisión, así: **a)** Que la compañía compareció en la presente causa **por sus propios derechos**; **b)** Que el contrato fue suscrito por una pluralidad de sujetos, que conforman **una unidad económica con obligaciones tributarias propias**, originadas en el contrato de prestación de servicios petroleros del Bloque 21; **c)** Que la actora niega la existencia del consorcio, que se conforma con fecha posterior al periodo del examen; **d)** Que la Ley de Régimen Tributario, artículo 98 regula el término sociedad, incluyendo a entidades carentes de "personería jurídica", así como la obligación de declarar el impuesto a la renta por parte del consorcio o asociaciones de empresas, según el artículo 3 del Reglamento a la LRTI; **e)** Que tanto el contrato como la legislación vigente definen al contratista como un sujeto distinto a las empresas que lo conforman con obligaciones tributarias propias derivadas del contrato. **f)** Que si bien es cierto que a la fecha de la determinación, el consorcio no se había constituido legalmente como tal, no es menos cierto que es el sujeto pasivo de la obligación tributaria determinada, en aplicación del artículo 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno en concordancia con el artículo 24 del Código Tributario. **g)** Que con la suscripción del contrato de participación nació un nuevo sujeto pasivo del impuesto a la renta, distinto de las compañías que lo conforman y que para fines eminentemente tributarios goza de la calidad de sociedad, por así estar dispuesto en el artículo 98 de la LRTI. **h)** Que el sujeto pasivo de la obligación tributaria es uno solo denominado 'contratista', en virtud de lo convenido en el contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos del Bloque 21. Concluye que la intervención de la empresa Perenco Ecuador Limited a título propio resulta insuficiente, desde el punto de vista procesal, para impugnar un acto que afecta a terceros que no han comparecido a hacer valer sus derechos, estableciendo que se produce lo que en doctrina se conoce como falta de legitimación en la causa por ausencia de litis consorcio necesario, en base a lo cual desecha la demanda, sin emitir decisión sobre el fondo del asunto como expresamente lo deja sentado; **v.** Para resolver el cuestionamiento, corresponde verificar los hechos probados en instancia, pues el yerro alegado corresponde a la causal 1 del art. 3 de la Ley de Casación, así se verifican los siguientes hechos que son aceptados por las partes procesales y por tanto no pueden ser revalorados en sede casacional: 1. *"4.2. Siguiendo esta la línea argumentativa, en la especie tenemos que, la compañía PERENCO ECUADOR LIMITED, con registro único de contribuyentes No. 1791823508001, como persona jurídica derecho privado, a través de su apoderado general presentó la acción de impugnación, en contra de la resolución No. 117012008061168 de 12 de marzo de 2009"*; 2. *"4.3.... Por tanto, no es nada extraño o surgido del imaginario de la autoridad tributaria, el que un ente que aunque carente de personería jurídica, pero que constituye una unidad económica, distinta de sus miembros, sea sujeto pasivo del impuesto a la renta."*; 3. *"4.5.... Queda claro entonces que, con la suscripción del contrato de participación, nació un nuevo sujeto pasivo del impuesto a la renta, distinto de las compañías que lo conforman, con sus propias obligaciones, sujeto al cumplimiento de deberes formales y materiales, cuyo patrimonio es distinto del de sus integrantes, bajo cualquier denominación que se le atribuya o naturaleza que se le impute, que si bien puede no ser una persona jurídica, tal como asegura la accionante, para fines eminentemente tributarios, goza de la calidad de sociedad, por así estar expresamente dispuesto en el artículo 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno."*. ; 4. *"5... En el caso de miembros extranjeros, se estará a lo dispuesto en el Art. 38 de la Ley de Régimen Tributario Interno." Disposición que corrobora, que los consorcios o las simples asociaciones de empresas constituyen sujetos pasivos de impuesto a la renta, por tanto, independientemente de cualquier interpretación que tanto las empresas que conforma la contratista, cuanto el Servicio de Rentas Internas, en años anteriores -tomando en cuenta que las disposiciones han variado en el tiempo-, no obsta la aplicación de normas de derecho público, a las que están sometidas, en este caso, los sujetos pasivos de tributos, por tanto, no cabe admitir las alegaciones de la parte actora más aún cuando del proceso, no obra prueba alguna actuada por la compañía actora que desvirtúe lo dispuesto en las normas legales, reglamentarias y contractuales previamente citadas y que obligan a las unidades económicas carentes de personería jurídica, a cumplir con las obligaciones tributarias que la Ley de la materia prescribe para los sujetos pasivo de tributos de tal manera que la resolución de carácter general No. 437, publicada en el Registro Oficial 110 de 23 de septiembre de 2005 y vigente desde el ejercicio fiscal 2006, emitida por la entonces directora general del Servicio de Rentas Internas, no es la que confiere la calidad de sujeto pasivo, como pretende la accionante y que por el contrario, hace eco lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, lo que significa que*

desde la suscripción de mentado contrato de participación del Bloque 21, las compañías contratistas estaban obligadas al cumplimiento de los deberes formales y materiales establecidos en las normas tributarias, como señala expresamente el último inciso del artículo 1 de dicha resolución general, pues la misma regula la ?formalización? de los consorcios, más no determina su existencia."; 6. *"6.1. Consta de fojas 1 a 40 de los autos, el escrito de demanda presentado por la compañía PERENCO ECUADOR LIMITED, por sus propios derechos, sin poder de representación en favor de las otras empresas que conforman la parte contratista a la fecha que se dedujo la demanda, dicha empresa, tampoco ha comparecido alegando su calidad de operador del contrato, al contrario ha sido enfática en señalar que el señor Christophe Delepine en su calidad de apoderado general de la compañía PERENCO ECUADOR LIMITED, dedujo la presente demanda como PERENCO y no por los derechos de lo que ha llamado el "supuesto sujeto pasivo" a cargo de quien reconoce se inició el proceso de determinación, cuya resolución confirmatoria impugna... la comparecencia de la empresa PERENCO ECUADOR LIMITED, a título propio no es suficiente, desde el punto de vista procesal, para impugnar un acto que afecta a otras compañías que no han comparecido a hacer valer sus derechos dentro de la presente causa, encontrándonos ante lo que la doctrina conoce, como falta legitimación en la causa, por ausencia de litisconsorcio necesario";* 7. *"6.6. En el presente caso, como ha quedado evidenciado la compañía PERENCO ECUADOR LIMITED, ha comparecido por su cuenta, sin representación a favor de las demás empresas respecto de las cuales el acta de determinación impugnada surte efectos, ni ha invocado calidad de representante de las mismas, tal forma de comparecencia no le otorga a PERENCO ECUADOR LIMITED legitimación en la causa, por falta de conformación de litisconsorcio necesario, ya que siendo varias las personas jurídicas a las que la decisión del fallo afectaría, en tanto, la relación jurídica sustancial se conforma entre la Dirección Regional Norte del Servicio de Rentas Internas y la "contratista" del Bloque 21, integrada por Perenco Ecuador Limited, Presuagge GMBH y Burlington Resources Oriente Limited, de manera que la falta de integración del litis consorcio necesario, siendo presupuesto sustancial para la válida conformación de la relación jurídica, impide que el juzgador entre a conocer el fondo de la cuestión.".* **v.** La falta de derecho del actor o ilegítimo contradictor, no es un presupuesto de validez del proceso, pero sí de la sentencia de fondo o mérito; sobre la legitimación en la causa, la Sala de lo Civil de la Corte Nacional ex-Suprema ha dicho: *"es preciso distinguir lo que es la ilegitimidad de personería de lo que es la falta de legítimo contradictor, o falta de legitimación en la causa (legitimatio ad causam), que consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial"*, (Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 5 16-99 dictada dentro del juicio N° 159-98): *"Determina no sólo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurran determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible*". (el subrayado corresponde a la Sala), Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 372-99 dictada dentro del juicio N° 820-94, publicada en el Registro Oficial N° 257 de 18 de agosto de 1999: *"Cuando en un contrato una de las partes está integrada por varias personas, la relación sujeto y objeto debe establecerse entre cada una de ellas y el objeto que viene a ser la relación sustancial, la no concurrencia de una persona acarrea la falta de legitimación ad caussam; y es que hay casos en que la presencia en el proceso de todos los sujetos vinculados a un contrato (relación sustancial) se hace indispensable a fin de que la relación jurídica procesal quede completa y sea posible decidir sobre el fondo de ella; si los sujetos son dos o más, pero forman un solo sujeto, estamos en presencia de un litis consorcio necesario y su comparecencia es indispensable",* (el subrayado corresponde a la Sala) Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil N° 118-99 en el juicio 100-96, publicada en el Registro Oficial N° 160 del 31 de marzo de 1999 (referencias tomadas del artículo Capacidades y legitimaciones en el proceso civil de Lorena Cascante Redín); como se desprende de las referencias jurisprudenciales, la legitimidad en la causa es aplicable en determinadas circunstancias, no en todos los casos, como regla única; **vi.** En materia tributaria, el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, ya como

contribuyente, ya como responsable; lo son también las entidades que, carentes de personalidad jurídica constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente (artículo 24 del Código Tributario); en el presente caso, indudablemente, al constituir una unidad económica, el "CONTRATISTA" es sujeto pasivo de la obligación, independiente de sus integrantes; **vii.** Ahora bien, como se deja expuesto, la actora de la causa, PERENCO ECUADOR LIMITED, actúa a título propio, sin acreditar ningún tipo de representación de las demás compañías que conforman "la contratista", consecuentemente, bajo estos hechos probados en instancia, no cabe volver a analizarlos y menos aún, concederles una valoración distinta a aquella dada por los juzgadores A quo, por lo que, en definitiva, verificándose la falta de litis consorcio, la conclusión a la que llegó el tribunal de instancia tiene respaldo jurídico, así como también respaldo de pronunciamientos de la Corte Nacional al respecto. **viii.** Bajo esta realidad, los vicios alegados no prosperan, no sólo porque las normas reprochadas del Código Civil, constituyen normas supletorias en caso de obscuridad o vacío en la norma especial, situación que no ocurre, pues la norma tributaria es clara y tiene disposiciones que regulan quien es el sujeto pasivo y sus obligaciones, así como define que entes constituyen una sociedad para fines tributarios, consecuentemente no era necesaria su aplicación; sino porque, lo que se analiza en el fallo recurrido, es la forma de comparecencia del actor al entablar una demanda contra un acto dirigido a una pluralidad de sujetos y no, si la obligación determinada puede cobrarse indistintamente a los miembros de una sociedad o si la responsabilidad entre sus miembros es solidaria, el asunto en análisis es un tema eminentemente procesal.- Tampoco se analiza en instancia, ni cabe hacerlo en casación, sobre la existencia o no del consorcio, pues para efectos tributarios el art. 98 de la LRTI es claro.- Evidentemente, al no haberse pronunciado el fallo de instancia sobre el fondo del asunto, mal cabe pretender que se hubiere aplicado el art. 94 del Código Tributario o las normas que regulan la inscripción en el RUC, asuntos que de ser el caso, corresponden al análisis de fondo.- Tómese en cuenta, que en el fallo de instancia no se ha definido el objeto controvertido, justamente por el análisis inicial que le correspondía hacer al Tribunal sobre la debida conformación de litis consorcio, y por tanto, no cabe realizar ninguna alegación sobre el fondo del asunto, como lo ha hecho la parte recurrente al respecto, a pesar de los hechos probados en instancia, hechos que han sido aceptados también por la recurrente al escoger como yerro para plantear su recurso, la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación. **13.2.** En consecuencia, no se observa que hubieren prosperado los vicios de falta de aplicación y aplicación indebida de las normas acusadas, las cuales en el supuesto de haber prosperado, en nada hubieren decidido en la decisión del fallo, por haberse abordado en él, un asunto netamente procesal. **DÉCIMO CUARTO.- DECISIÓN.-** Por las consideraciones antes referidas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve **NO CASAR** el fallo impugnado.- Notifíquese, Publíquese y Devuélvase.-

f) Dr. José Suing Nagua, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Gustavo Durango Vela, JUEZ NACIONAL; Dra. Rosana Morales Ordóñez, JUEZA NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2022

SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *23281-2018-01491*
Resolución Nro. *105-2022*
Fecha: *15 de febrero de 2022, las 10h41*

TEMA: Incidencia de la modalidad y gravedad de la conducta en la solicitud de suspensión condicional de la pena.

ASUNTO

El 1 de julio de 2018, fue aprehendido el ciudadano O. I. B. M., quien se movilizaba en un taxi. El procesado, al notar la presencia policial, pretende huir, por lo que se da inicio a una persecución ininterrumpida, siendo interceptado, con la finalidad de realizar el registro respectivo a su persona y al vehículo en el que se movilizaba. En la prenda interior de vestir y las partes íntimas del señor O. I. B. M. se encontró seis fundas plásticas transparentes, con una sustancia polvosa color crema, con un peso bruto de 8,5 gramos y un peso neto de 7,6 gramos de base de cocaína. Además, en los bolsillos del pantalón se encontró dinero en efectivo.

En el presente caso, se discute la correcta aplicación del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal, relativo a la suspensión condicional de la pena, así como del principio de favorabilidad, en referencia a las adicciones como problema de salud mental.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

La jueza de la Unidad Judicial de Garantías Penales del cantón Santo Domingo declara la responsabilidad del señor O. I. B. M., como autor del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el artículo 220, numeral 1, literal b), del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena de tres años de privación de libertad. En cuanto al pedido de suspensión condicional de la pena, la juzgadora señala que, según lo dispuesto en el artículo 630.3 ibídem, la modalidad y gravedad de la conducta son indicativos de que existe la necesidad de la ejecución de la pena, por lo que niega la solicitud.

La jueza añade que el sentenciado O. I. B. M. recibe sentencia condenatoria por poseer 7,6 gramos de pasta base de cocaína y distribuirla utilizando un vehículo de servicio público (taxi), por lo que la juzgadora considera que la modalidad y gravedad de la conducta son indicativos de que existe necesidad de la ejecución de la pena.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurrente centra su recurso en la negativa de la suspensión condicional de la pena impuesta. El procesado dice que colabora en un vehículo de servicio público, así como que tiene una enfermedad adictiva a las drogas, por lo que no podría ser criminalizado.

El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas ratifica que para otorgar la suspensión condicional de la pena se deben acreditar los requisitos establecidos en el artículo 360 del Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, que existe un análisis motivado y coherente de la juzgadora de primera instancia, quien sustenta porqué es necesaria la ejecución de la pena, haciendo automáticamente que se incumpla el tercer requisito establecido.

Además, en cuanto al problema de adicción, el tribunal determina que un adicto no está exento de adecuar su conducta a los verbos rectores del delito, esto es, traficar o expender, y que en el caso se demostró que el procesado estaba distribuyendo la droga en el vehículo utilizado como medio de empleo, por lo que hace necesario la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Por tales razones, el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas decide que las alegaciones del recurrente carecen de sustento y desestima su medio de impugnación.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 23281-2018-01491

Juez Ponente: Dr. Byron Guillén Zambrano

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.- Quito, martes 15 de febrero del 2022, las 10h41.

VISTOS:

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 procede a reducir a escrito la decisión judicial emitida en el proceso penal 23281201801491, una vez realizada la audiencia en la que la defensa técnica del procesado Omar Iván Benavides Montenegro por los cargos admitidos de contravención expresa del artículo 364 de la CRE y errónea interpretación de los artículos 18, 29, 220 numeral 1 literal b) y 630.3 del COIP, recurso de casación propuesto respecto de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, de fecha 3 de septiembre d 2018, las 10h51.

I. Jurisdicción y Competencia

2. El Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 008 2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprueba la integración de la Corte Nacional de Justicia, por lo que en atención a las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 012015 y 022015 de 25 de febrero de 2015, mediante sorteo de ley de fecha 30 de septiembre de 2019, el Tribunal integrado por la señora doctora Sylvia Sánchez Insuasti, ex Jueza Nacional, señor doctor Miguel Jurado Fabara, ex Juez Nacional, y el señor doctor Luis Enríquez Villacrés, ex Juez Nacional asume competencia para conocer el recurso de casación interpuesto en el presente caso.
3. Mediante Resolución No. 1972019 el tribunal de casación se modificó avocando competencia para conocer el caso el señor doctor Iván León Rodriguez, ex Juez Nacional (E) y el doctor Wilman Terán Carrillo, Juez Nacional (E), y la señora doctora Dilza Muñoz Moreno, ex Jueza Nacional (E).
4. No obstante, conforme anticipamos en líneas precedentes, el Consejo de la Judicatura, al amparo de los artículos 181.3 de la Constitución y 264.1 del COFJ, llevó a cabo el Concurso Público de Oposición y Méritos, Impugnación y Control Social para la renovación de las y los Jueces de la Corte Nacional de Justicia. Una vez concluido este proceso de selección, el Consejo de la Judicatura emitió la resolución No. 08-2021, designando como Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia a los profesionales que superaron el mencionado concurso, por consiguiente, terminó el encargo realizado a los jueces prenombrados.
5. Bajo las reglas de competencia antes mencionadas, luego del sorteo de ley se constituyeron como Tribunal de Casación: el señor Abogado Byron Guillen Zambrano Juez Nacional Ponente, el señor doctor Luis Rivera Velasco, Juez Nacional y el señor doctor Walter Macías Fernández, Juez Nacional.

II. Trámite

6. De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde aplicar

las normas vigentes al tiempo de inicio del proceso, que para el caso concreto por iniciar la instrucción fiscal el 01 de julio de 2018, su trámite corresponde a las contenidas en el Código Orgánico Integral Penal (en adelante "COIP").

III. Validez Procesal

7. El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 656 y 657 del COIP, en concordancia de lo dispuesto en el artículo 76 numeral 3 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya error *in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, por tanto, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

IV. Relato procesal

8. La Unidad Judicial de Garantías Penales del cantón Santo Domingo, en sentencia de 3 de septiembre de 2018, las 10h51 declara la culpabilidad del señor Omar Iván Benavides Montenegro como autor del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el artículo 220 numeral 1 literal b) del COIP imponiéndole la pena de tres años de privación de libertad, y multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general. En cuanto al pedido de suspensión condicional de la pena señala que según lo dispuesto en el artículo 630.3 del COIP la modalidad y gravedad de la conducta son indicativos de que si existe la necesidad de la ejecución de la pena por lo que niega el pedido de suspensión condicional.
9. El sentenciado interpone recurso de apelación correspondiendo su conocimiento a la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, que en sentencia de mayoría de fecha 01 de marzo de 2019, las 11h11 resuelve negar la impugnación.
10. Una vez puesto en conocimiento de los sujetos procesales la sentencia de condena, el sentenciado interpone recurso de casación correspondiendo su conocimiento y resolución a este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.
11. En auto de fecha 28 de febrero de 2020, las 12h46, se dictó auto de admisión por los cargos de contravención expresa del artículo 364 de la CRE y errónea interpretación de los artículos 18, 29, 220 numeral 1 literal b) y 630.3 del COIP.

V. Relato fáctico

12. Fiscalía presentó ante el Tribunal de juicio la siguiente relación circunstanciada del hecho:
El 01 de julio del año 2018, a las 03h45 aproximadamente fue aprehendido el ciudadano Benavides Montenegro Omar Iván, quien se movilizaba en actitud sospechosa en el vehículo tipo taxi, de placas JBA 4347, actitud sospechosa que fue identificada por la central del Ecu 911, por lo es alertado el señor oficial Sbte. Sarango Sotaminga Cristian Fabricio; el procesado al notar la presencia policial y con la intención de evadir el control policial, pretende huir por lo que se da inicio a un persecución ininterrumpida, siendo interceptado el vehículo referido en la Av. Tsáchilas y Abraham Calazacón, con la finalidad de realizar el registro respectivo al procesado y al vehículo en el que se movilizaba, fueron trasladados hasta los patios del Comando de la Policía Nacional, donde de entre su partes íntimas y de vestir (bóxer) el procesado señor Benavides Montenegro Omar Iván sacó seis fundas plásticas transparentes, con una sustancia polvosa color crema, con un peso bruto de 8,5 gramos y un peso neto de 7,6 gramos de posible base de cocaína, además en el bolsillo derecho de la parte delantera del pantalón 30 dólares en monedas de un dólares y en el bolsillo izquierdo delantero 105 dólares americanos en billetes de diferentes denominaciones. Por lo que fiscalía ofreció probar la participación del procesado y de haber adecuado su conducta al tipo penal tipificado y sancionado en el Art. 220 numeral 1 literal b del Código Orgánico Integral Penal." [1]

VI. Síntesis de la exposición de argumentos planteados por los sujetos procesales en la fundamentación del recurso de casación

a) Fundamentación del recurso por parte del recurrente.

[1] Cfr. Sentencia dictada por el Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el canto Santo Domingo.

13. En su exposición cita los artículo 76.7.m) de la CRE y 656 del COIP, bajo la referencia del derecho a impugnar como garantía constitucional. Señala que la sentencia que impugna es la dictada en voto de mayoría por los señores Jueces Provinciales de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, de 01 de marzo del 2019, a las 11h11, porque radica su criterio en que el referido ciudadano Omar Benavides Montenegro habría subsumido su conducta a lo que prevé el artículo 220. 1, literal b) del COIP, imponiéndole la pena privativa de la libertad de tres años, por los verbos rectores poseer y distribuir cocaína, en una cantidad de 7.6 gramos peso neto de base de cocaína. A su criterio existe una errónea interpretación de los artículos 18, 29, 220.1.b) del COIP, porque sin el acervo probatorio se le impone una pena privativa de libertad y no se aplica el beneficio de la suspensión condicional de la pena determinada en el artículo 630.3 del Código Orgánico Integral Penal, en virtud de que se hace necesaria la ejecución de la pena, es decir que el juzgador A quo del Tribunal de mayoría en contraposición y ampliando los límites legales del artículo 13.3 ibídem niega la suspensión condicional de la pena.
14. La defensa del recurrente refiere que *en el caso no se pudo establecer la errónea interpretación de las normas anotadas* [sic], porque con las reformas introducidas al Código Orgánico Integral Penal, la normativa del artículo 220 cambió en su texto y ahora exige otros presupuestos que en estricta aplicación al principio de favorabilidad se puede aplicar a favor del sentenciado casacionista Iván Omar Benavides.
15. Menciona que también se vulneró la ley y no se respetó lo que establece el artículo 364 de la CRE, cuando habla que la adicción es un problema de salud, lo que se demostró con las experticias psicosomáticas realizadas y el examen médico practicado al procesado; con lo que sustenta su recurso de casación bajo las causales de errónea interpretación y contravención expresa a las normativas antes aludidas detalladas en los artículos 18, 29, 220.1 literal d) del COIP, y artículo 364 de la CRE, a fin de que se ratifique el estado constitucional de inocencia, sin perjuicio de que si no se acepta esta solicitud principal, subsidiariamente al no existir límites y más bien al haber interpretado de forma errónea lo que prevé el artículo 630.3, ampliando la interpretación, vulnerando también el artículo 13.3 del Código Orgánico Integral Penal, todas estas normas aludidas, se conceda esta institución jurídica de la suspensión condicional de la pena bajo cualquier condición que establece el artículo 631 del mismo cuerpo legal en favor de Omar Iván Benavides Montenegro.

b) Contestación por parte de la Fiscalía General del Estado.

16. Refiere que según el auto de admisión el recurso ha sido aceptado por la contravención expresa del artículo 364 de la CRE, y por errónea interpretación de los artículos 18, 29, 220, 630 del COIP, sin que el recurrente haya señalado en qué parte de la sentencia se encuentran estos yerros jurídicos y no ha explicado al Tribunal de casación cómo y de qué forma se afecta estos supuestos errores jurídicos al procesado recurrente (principio de trascendencia).
17. La defensa técnica refiere que el Tribunal de Apelación amplía los límites legales al indicar que no se ha cumplido los presupuestos del tipo penal, pues de la lectura de la sentencia que se está recurriendo claramente verificamos que se encuentran cumplidos los presupuestos del tipo penal contemplado en el artículo 220. 1 literal b) del COIP, por cuanto de la confrontación de los elementos fácticos y elementos probatorios se determina claramente que la conducta del procesado recurrente se ajusta a la norma jurídica con la cual ha sido sentenciado y se ha impuesto la pena correspondiente.
18. La solicitud de aplicación del principio de favorabilidad porque se ha probado dentro del proceso que el procesado recurrente era adicto a las drogas existiendo una contravención expresa del artículo 364 de la CRE; no obstante, el Tribunal de Apelaciones es claro al referir que una persona sea adicta a las drogas, no le exime de que también hubiera podido caer en el delito de expender la droga porque de los elementos probatorios no se trató de una denuncia sino que fue detectado por medio de los equipos del 911 siendo un delito flagrante.
19. Sostiene que dentro del recurso de apelación interpuesto por el hoy procesado recurrente, no se ha discutido la materialidad y la responsabilidad del procesado, como podemos ver del considerando cuarto, fundamento del recurso interpuesto, sino que el recurso de apelación únicamente se basó a qué el Tribunal A quo

negó la suspensión condicional de la pena; pues en este contexto también los Jueces del Tribunal de Apelación realizan un razonamiento y dan la razón y ratifican que porque no se le ha concedido la suspensión de la pena, pues no se ha cumplido con el numeral 3 del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal; además, también la defensa técnica del proceso en su exposición no llegó a indicar al Tribunal por qué solicita la inocencia o a su vez la suspensión de la pena, pretensión que es contradictoria.

20. Es criterio de la Fiscalía que no se acepte el recurso de casación interpuesto por el procesado Omar Iván Benavides Montenegro, por cuanto en esta audiencia no se ha logrado demostrar que exista una contravención expresa del artículo 364 de la CRE, ya que los elementos fácticos confrontados con los probatorios no incurren en la incorrecta aplicación de la norma jurídica, al contrario se ha dictado con corrección la norma jurídica, esto es el artículo 220.1 literal b) del COIP, así como la pena impuesta al procesado. De igual manera manifiesta que no existe la errónea interpretación de los artículos 18, 29, 220 y 630 del COIP, porque no se ha demostrado que los juzgadores no hayan aplicado las normas correctamente y se le haya dado otro alcance a dichas normas jurídicas.

c) Réplica

21. Manifiesta que se enfoca en que existe la negación de un contenido no previsto en la esencia del artículo 630 numeral 3 del COIP cuando nos referimos a la institución jurídica de la suspensión condicional de la pena, porque en virtud del voto de mayoría de la sentencia aludida, de la Corte Provincial, Sala Multicompetente de Santo Domingo de los Tsáchilas, le da una esencia diferente a la numeral 3 del artículo 630, exigiendo parámetros que ya no están previstos en la ley, y que más bien quedan en la subjetividad en aquel momento por parte de los juzgadores; consecuentemente, esa es una situación que la defensa hace énfasis en relación a la argumentación que ha hecho Fiscalía porque efectivamente, conforme el considerando cuarto de la sentencia, se hace una subsunción específica a la suspensión condicional de la pena, máxime que si existe una reinterpretación porque se ha justificado que mi defendido cumplía con los presupuesto que prevé el artículo 630, como si lo reconoce uno de los juzgadores provinciales conforme salvó su voto. La defensa se ratifica en la petición principal y subsidiaria que ha realizado.

VIII. Consideraciones del Tribunal de Casación

22. El recurso de casación constituye un medio extraordinario y de carácter formal mediante el cual se verifica la correcta aplicación del derecho positivo en las resoluciones judiciales, esta importancia se subraya en el procedimiento a través de la prohibición legal expresa de realizar un nuevo examen probatorio y revisión de hecho, limitándose a enmendar los posibles errores de derecho cometidos en el acto de juzgar.

23. En el COIP dentro del título de "Impugnación y Recursos", ha consagrado el recurso de casación, aunque no conceptualiza este medio extraordinario, establece sus alcances y límites, que ya han sido analizados anteriormente, esto es, que el debate se circunscribe a errores de derecho en que se hubiese incurrido en la sentencia, así lo señala en su artículo 656[2].

24. La Corte Constitucional enfatiza estos delineamientos legales al sostener que:

"El recurso de casación, conforme su naturaleza, es un recurso extraordinario de competencia del máximo tribunal de justicia ordinario para pronunciarse, exclusivamente, respecto de las posibles violaciones a la ley en las sentencias de segunda instancia, ya sea por contravención expresa de su texto, o indebida aplicación o errónea interpretación, por lo que conforme a su texto, tanto el referido a la casación en todas las materias, como a la casación en materia penal, está impedido de realizar una nueva apreciación

[2] **COIP. 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. (énfasis añadido)

de las pruebas que han sido consideradas por el juzgador en la sentencia" [3].

25. En esta misma línea argumentativa, la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional define al recurso de casación como:
"(...) un recurso extraordinario que tiene como objeto revisar posibles infracciones a las normas jurídicas en que hayan incurrido las sentencias de última instancia de los procesos penales, y se caracteriza por ser un recurso formal, nomofiláctico, atenuado en su carácter dispositivo, y con vocación sistematizadora" .[4] (resaltado fuera del texto)

26. Así, la casación se estatuye como un medio de impugnación extraordinaria, cuya finalidad es el reconocimiento y defensa del derecho objetivo (función nomofiláctica), garantizar la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley, y la unificación de la jurisprudencia, es por ello que 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 dan como ciertos, sin que exista posibilidad de alterarlos, el Tribunal de Casación se limita a verificar si en la sentencia existen errores *in iure* que pudieran acarrear un quebrantamiento a la ley.

27. Autores como Claus Roxin, han establecido el objeto, la finalidad y limitación del recurso de casación, señalando que:
La casación es un recurso limitado, dado que solo permite el control iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal.[5]

28. Resulta claro que el control de la función nomofiláctica corresponde al máximo órgano de administración de justicia ordinaria, en donde se enfrenta la sentencia recurrida y la fundamentación del recurrente, para revisar si el fallo impugnado se dictó o no *secundum ius*.

29. Para autores como Fernando de la Rúa, la casación es un *"[m]edio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión.*[6] Por lo que para la doctrina la casación necesariamente debe descansar en casos de error específicos, como los estatuidos en nuestra legislación de forma taxativa en el COIP, esto es, por contravenir expresamente el texto de la ley, por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.

30. La casación es un recurso extraordinario, así lo señala la Corte Nacional de Justicia[7], manifestando que *"la casación es un medio de impugnación extraordinario, contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico jurídico, o de formalidad, igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado; es por ello, que 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".*

31. Así el que interpone este medio de impugnación tendrá que establecer con meridiana claridad las razones de derecho que suponen la necesidad de un control de legalidad del ordenamiento jurídico. Una vez concluida la audiencia de fundamentación del recurso de casación entra a debate la propuesta de contravención expresa del artículo 5.3 del COIP y 76.6 de la CRE.

a) Contravención expresa del artículo 364 de la CRE

32. Para este Tribunal de casación es preciso acotar que los fundamentos esbozados por la defensa del recurrente, conforme se puede apreciar en los párrafos relativos a fundamentación no son consecuentes con la causal de casación por

[3] Corte Constitucional del Ecuador; caso No. 0950-12-EP; sentencia No. 03315SEPCC; Registro Oficial Suplemento 462 de 19 de marzo del 2015.
[4] Corte constitucional del Ecuador, Sentencia No. 8-19-IN y acumulado/21, párr. 42.
[5] Derecho procesal Penal, Editores El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 466.
[6] Fernando De la Rúa, Teoría General del Proceso, pág. 187
[7] Corte Nacional de Justicia. Ecuador. Sentencia que pone fin al recurso de casación propuesto por Carlos Dávila Calderón, en Gaceta Judicial, Serie XVIII, número 14, año 2014, p.6077

la que se admitió el recurso y mucho menos son consistentes con la exposición de un yerro jurídico.

33. Aunque en apariencia, el examen de admisión delimitó el escenario de casación, la exposición de la defensa del recurrente deja en evidencia el desconocimiento del cargo casacional planteado, si bien menciona la disposición constitucional evade el debate de contravención expresa y se centra en detallar las razones por las que -a su criterio- se transgreden los medios probatorios de las experticias psicosomáticas y el examen médico practicados al procesado.

34. Si bien es cierto que en su relato la defensa del recurrente menciona que existe contravención expresa, no lo hace en razón de las normas jurídicas mencionadas sino de los medios probatorios que fueron practicados en la audiencia de juicio. Esto queda en evidencia cuando enumera los medios de prueba con los que estima queda comprobada la narcodependencia del procesado y, bajo este anuncio, refiere que la valoración de estos elementos debían concluir en un fallo que ratifique el estado de inocencia; no obstante, la defensa del recurrente realiza una exposición de inconformidad que carece de sustento jurídico pues su discurso no se apoya en el cuestionamiento de los criterios intelectivos del juzgador, sino en una apreciación personal de los medios de prueba.

35. Para dar una respuesta jurídica, debemos analizar el artículo 364 del CRE y verificar si los juzgadores contravinieron el texto de esta disposición constitucional. Este artículo específico aborda el tema de las adicciones como un *problema de salud pública*, debe examinarse la aplicabilidad de esta arista al caso planteado en concreto, a fin de verificar si el proceso penal se instauró como una situación de discriminación o estigmatización de una condición específica de consumo de drogas.

36. En efecto, este tema en particular fue abordado por el Tribunal de instancia y ratificado por la Sala de apelaciones (principio de inescindibilidad), en su considerando *8.2* en el análisis de la categoría dogmática de antijuridicidad sostiene que ante esta condición acreditada de consumo de drogas se debe verificar si existe una *contradicción entre el hecho típico y el ordenamiento jurídico,* y tras una cita del artículo 364 de la CRE en contraste con lo dispuesto en el artículo 5 literal f) y g) de la Ley Orgánica de Prevención Integral Fenómeno Socio Económico Drogas, concluye que *en ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulneraran sus derechos constitucionales* (refiriéndose a los usuarios y consumidores de drogas).

37. Posterior a aquello, hace una referencia del artículo 23.12 de la ley antes mencionada, señala que la tabla de cantidades establece escalas, y asegura que al procesado se lo encontró con la cantidad de 7.6 gramos de pasta base de cocaína, cantidad que a criterio de los Tribunales de instancia en el análisis de los elementos objetivos del tipo penal *desborda el límite permitido para su consumo, conforme lo determina el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en el suplemento del Registro Oficial suplemente 19 del 20 de junio de 2013 y vigente a la fecha, en el que se determina que el peso neto para el porte o tenencia de pasta base de cocaína es de 2 gramos en las personas consumidoras.*

38. De ahí que los juzgadores de instancia dejan en evidencia que la conducta del procesado sobrepasa los márgenes legales permitidos, tanto más que de los hechos declarados como probados se ha establecido a más de la tenencia que *el procesado tiene responsabilidad en la distribución de droga* por lo que se colige que la conclusión de condena no se deriva de un prejuicio social relativo al consumo de drogas, sino que existió un estudio suficiente de esta condición del procesado.

39. De lo expuesto en líneas anteriores, concluimos que para la resolución del caso se consideró lo dispuesto en el artículo 364 de la CRE en el estudio de la situación específica del procesado, por lo que no resulta atribuible el yerro jurídico alegado por la defensa del recurrente, razón por la que se declara improcedente el cargo propuesto.

b) Errónea interpretación de los artículos 18, 29, 220.1.b) y 630.3 del COIP.

40. En su exposición de argumentos, la defensa del recurrente señala que en el caso existe una errónea interpretación de los artículos 18, 29, 220.1.b) del COIP, y señala que sin el acervo probatorio se le impone una pena privativa de libertad y no se aplica el beneficio de la suspensión condicional de la pena determinada en el artículo 630.3 del Código Orgánico Integral Penal, ampliando los límites legales del artículo 13.3 ibídem.

41. De la síntesis contenida en líneas anteriores se tiene que el recurrente expone varias normas legales y los enlaza con un modo de error específico errónea interpretación, sin embargo, la argumentación que se realiza en torno al anuncio de estas disposiciones legales es única, esto es, no se realiza una explicación particular de cada norma legal invocada en la que se detalle el criterio de interpretación que se estima inadecuado en contraste con el pertinente.
42. Abordemos el estudio del caso precisando que, en general la determinación de un yerro jurídico trascendente decanta en una observación del ordenamiento jurídico que conforma el fallo impugnando, pudiendo resultar en el reconocimiento de que otras normas jurídicas fueron interpretadas o aplicadas de forma errónea, no obstante, realizar un fundamento único decanta en problemas técnico-jurídicos.
43. En primer lugar una fundamentación en tal sentido no cumple con el principio de *autonomía*, pues aunque se cite la misma causal *no se establece de forma individualizada el fundamento de cada una de las disposiciones legales.*[8] Este tipo de fundamentaciones riñen con el principio de *trascendencia* pues cada cargo planteado por sí mismo debe tener la posibilidad de modificar o revertir la situación jurídica declarada, esto implica que cada error de derecho debe ser expuesto de forma suficiente como para generar un efecto trascendente en la resolución de la causa sin depender de la verificación de otros yerros jurídicos.
44. Este mecanismo extraordinario de impugnación busca un control de legalidad de la sentencia de apelación, en el que se revisará si el fallo se sujeta al ordenamiento jurídico. Así, aunque por su naturaleza la interposición de un recurso se funda en un interés particular, la casación en específico busca la homogeneidad en la interpretación y aplicación del derecho, razón por la que este recurso es calificado de *técnico,* pues quien interponga el recurso deberá exponer la forma en la que los razonamientos del juzgador se oponen a la ley y la jurisprudencia.
45. Conforme se sostuvo en sentencia No 797-2021 dentro del Caso No. 03281-2018-00397 *las incongruencias entre la formulación inicial y las sostenidas por la defensa en forma oral no se corrigen ni se suplen entre sí*. Queda claro que la exposición de argumentos que se realicen en audiencia debe ser suficiente, a fin de justificar la interposición del recurso bajo la clara determinación de los yerros jurídicos atribuidos a la sentencia dictada por el Tribunal de apelación, por lo tanto ante la omisión de la explicación de los fundamentos que justifican la existencia de un error *in iure* por parte de la defensa del recurrente que se constriñe a la referencia abstracta sobre la carencia de medios probatorios y la suspensión condicional de la pena, este Tribunal declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado Omar Iván Benavides Montenegro por falta de fundamentos.
46. Aunque hemos dejado claro que el recurrente no expuso de modo suficiente los yerros jurídicos alegados, este Tribunal estima pertinente revisar los criterios emitidos por la Sala de apelación sobre estas disposiciones legales. Para examinar los criterios de interpretación de los artículos 18, 29. 220.1.b) y 630.3, debemos remitirnos a su contenido para posteriormente aterrizar en el estudio de lo señalado al respecto por los juzgadores de instancia.
47. El *artículo 18 del COIP* contiene la definición de infracción penal a través de la determinación de las categorías dogmáticas, así señala que *es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.*
48. El siguiente artículo del COIP al que hace referencia es el *29 relativo a la antijuridicidad* que señala: *Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido en este Código.*
49. También se cuestiona los criterios de interpretación respecto al tipo penal incoado al procesado contenido en el *artículo 220 numeral 1 literal b) del COIP* que dispone: *La persona que directa o indirectamente sin autorización y*

[8] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Causa No. 12281-2017-00232. AUTO DE INADMISIÓN.

requisitos previstos en la normativa correspondiente: 1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera: [...] b) Mediana escala de uno a tres años.

50. Y por último menciona el *numeral 3 del artículo 630 del COIP* relativo a la suspensión condicional de la pena: *Artículo 630. Suspensión condicional de la pena.- La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores, siempre que concurran los siguientes requisitos: [...] 3. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.*
51. Sobre los tres primeros artículos consideramos pertinente realizar un solo estudio en razón de que a través del artículo 18 del COIP, se procederá al estudio de lo contenido en el artículo 29 y 220.1.b) del COIP. En otro apartado se analizarán los criterios de interpretación del numeral 3 del artículo 630 del COIP.

    c) Los criterios de interpretación respecto a los artículos 18, 29 y 220. 1. b) del COIP
52. Como señalamos en el párrafo precedente estas disposiciones legales se examinarán en conjunto pues responden al análisis de la conducta para arribar a su determinación como infracción penal. Esto no es desarrollado por el tribunal de apelación pues como lo refieren en su fallo, el único punto sobre el que se discutió en esta impugnación fue relativo a la suspensión condicional de la pena, por tanto, para llegar a su estudio nos remitiremos nuevamente, en razón del principio de inescindibilidad, a la sentencia del Tribunal de instancia.
53. En su resolución, el Tribunal de Garantías Penales de la ciudad de Santo Domingo es consecuente con el esquema planteado en el artículo 18 del COIP; pues en su considerando octavo realiza un estudio detallado de la conducta incoada al ciudadano Omar Iván Benavides Montenegro a través del esquema de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, aterrizando en cada una de estas categorías para determinar tanto la materialidad de la infracción como para la responsabilidad penal del procesado.
54. En la determinación de los elementos que integran el tipo penal, el Tribunal de instancia cumple con adecuar los hechos declarados como probados a la conducta típica contenida en el artículo 220.1.b) del COIP; así se enfoca en establecer los elementos objetivos en los que particulariza el sujeto activo y el sujeto pasivo de esta conducta en específico. Luego para la verificación de la conducta determina los verbos rectores de *poseer y distribuir* a través del detalle y valoración de los medios de prueba aportados en la audiencia de juicio, señala el bien jurídico protegido y finaliza con la determinación del dolo como elemento subjetivo que integra el tipo penal.
55. En el apartado 8.2 de la sentencia el tribunal de instancia realiza un análisis de la antijuridicidad de la conducta, relacionado con el artículo 29 del COIP -al que hace alusión el recurrente- respecto del cual conforme se explicó en el párrafo relativo al estudio del artículo 364 de la CRE, el juez de instancia realizó una exposición suficiente de los motivos que lo llevaron a determinar que no existían causas de exclusión de la antijuridicidad en la conducta típica desplegada por el procesado, y establece su culpabilidad a través del estudio de su responsabilidad penal y la verificación de su imputabilidad al probar que no se ha establecido dentro del proceso causa alguna que acredite que actuó sin conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.
56. En el último apartado relativo a la pena, realiza la dosificación punitiva en atención a la cantidad de droga encontrada y en contraste con la tabla y escalas vigente a la fecha de la comisión de la infracción, de ahí que analizados los criterios esgrimidos se tiene que los juzgadores de instancia respetaron los razonamientos de interpretación establecidos por la ley y la jurisprudencia sin que se pueda llegar a evidenciar yerro alguno que merezca su corrección de oficio, mucho menos trascendente como para modificar la situación jurídica del recurrente.

    d) Casación de oficio. Errónea interpretación del artículo 630.3 del COIP. Los criterios para la interpretación de la modalidad y gravedad de la conducta.

57. El recurso de casación se rige por el principio de limitación que circunscribe el control de legalidad a la fundamentación que en audiencia realiza el recurrente, sin embargo, de encontrar violación de la ley en el fallo impugnado por alguna de las causales de error, el mismo tribunal como una excepción al principio de limitación, y a fin de consagrar el control de legalidad y la unificación de la jurisprudencia, puede recurrir a la casación de oficio bajo los parámetros determinados en el artículo 656.7 del COIP.
58. Para este Tribunal existe una errónea interpretación[9] del parámetro de *modalidad y gravedad de la conducta* contenido en el numeral 3 del artículo 630 del COIP. Se sostiene tal aserción pues, como se evidenciará en los párrafos precedentes, en el ejercicio de hermenéutica jurídica desarrollada por los juzgadores de instancia se restringe el alcance de la norma legal.
59. Como ha sido ya el Criterio de esta Alta Magistratura la errónea interpretación de una norma legal implica que la norma se encuentra debidamente aplicada al caso, sin embargo, el juzgador produce un efecto jurídico que diverge con su contenido, es decir, se aplica la disposición legal equivocando o contrariando sus preceptos.
60. En razón de lo descrito, empezamos el estudio del caso *in examine* con la determinación de la aplicabilidad de la norma legal, para aterrizar luego en los criterios escogidos por los Tribunales de instancia para negar el pedido de suspensión condicional de la pena y posteriormente estructurar el criterio de interpretación que esta Corte estima adecuada respecto del numeral 3 artículo 630 del COIP.
61. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 630 del COIP la ejecución de la pena se suspende a petición de parte y de acuerdo a lo previsto en la norma esta solicitud se realiza en la audiencia de juicio o dentro de las 24 horas. En el caso concreto, instalada la audiencia de juicio el *20 de julio de 2018*, la defensa del procesado Omar Iván Benavides Montenegro, ante la sentencia de condena solicita en la misma diligencia que se suspenda la ejecución de la pena, de esto tenemos que se cumplió con el presupuesto temporal dispuesto en la ley[10]. A efecto de verificar la aplicabilidad de este beneficio el tribunal de instancia señaló audiencia pública que se llevó a efecto el 03 de agosto del mismo año y en la cual el Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas al resolver la pretensión de suspensión condicional de la pena mantuvo que:

En el desarrollo de la audiencia el señor sentenciado acreditó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Art. 630 del COIP, de la siguiente manera: a). El delito por el que se dictó la sentencia tiene una pena máxima de cinco años, de acuerdo al literal b del numeral 1 del Art. 220 del COIP; b). Según la certificación electrónica obtenida por el sistema SATJE, con lo que se ha demostrado que el sentenciado no tiene vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa; c). Con la finalidad de justificar el tercer requisito el sentenciado presento: Certificación conferida por el señor Ing. Wilson Jacho, gerente de la cooperativa de taxis " Revolución Ciudadana" con la que acredita que el sentenciado es chofer registrado en la cooperativa en mención y presta sus servicios lícitos y personales por el tiempo de tres años. Pago del impuesto predial de un bien inmueble ubicado en la parroquia Santo Domingo a nombre de Montenegro Basante Álvaro Javier. Cartilla de registro con datos de

[9] Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal. Caso 1652-2015. Sentencia de 18 de abril de 2017. *De antiguo, la jurisprudencia de esta Sala Penal ha establecido que la errónea interpretación constituye un error de iure que parte de la acertada selección de la norma aplicable al caso, a la cual el juzgador le da un entendimiento equivocado que le hace producir efectos jurídicos que no derivan de su contenido.*
Por lo tanto, para que el reproche formulado tenga vocación de éxito debe estar sustentado en una argumentación jurídica que denote que, la norma seleccionada por el sentenciador " ha sido exagerada por él en sus alcances, o recortada en ellos, por equivocado entendimiento".

[10] Se debe acotar que para este tribunal los tiempos de solicitud de la suspensión condicional de la pena varían en atención a las particularidades de cada caso, por lo que es necesario advertir que no es el único escenario de temporalidad, en la causa in examine se cumple con el hipotético legal por lo que no merece un análisis diverso.

socio de la cooperativa de taxis, del vehículo y del colaborador, que en este caso corresponden a los del sentenciado. Licencia de conducir del sentenciado. Informe psicológico realizado por el señor perito Dr. Enrri Calderón Eras, concluye que el sentenciado no presenta cuadros psicopatológicos, fobias, traumas, complejos, o cualquier alteración psicológica, que interfiera en su normal desempeño laboral, social y familiar. Informe de entorno social realizado por la señora perito Lic. Rocio Torres Alvarado quien recolecta información del entorno en el que se ha desarrollado el sentenciado y la actividad económica que le permite solventar sus gastos, concluyendo que no existe riesgo alguno para la sociedad y la familia. *Del análisis en el presente caso se tiene que el sentenciado Benavides Montenegro Omar Iván, recibe sentencia condenatoria por poseer 7,6 gramos de pasta base de cocaína y distribuir la misma utilizando un vehículo de servicio público taxi, por lo que esta juzgadora a emitido sentencia condenatoria, según obra en líneas que anteceden. Por lo que al tenor de lo previsto en el Art. 630 numeral 3 del COIP esta juzgadora considera que la modalidad y gravedad de la conducta son indicativos de que si existe necesidad de la ejecución de la pena, por lo que niego la suspensión condicional de la pena.*

62. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 653, y al ser parte de la sentencia subió en apelación, siendo el principal punto de discusión la negativa de suspensión condicional de la pena, respecto del cual la Sala de Corte Provincial señaló:

Del caso no es motivo de discusión como alegan los recurrentes que se encuentra establecido los presupuestos uno, dos y cuatro del Art. 630 del Código Orgánico Integral Penal, esto es que la pena prevista para la infracción es inferior a los cinco años, por el tipo penal que sanciona la conducta de los recurrentes, Art. 360 de la citada normativa; también se ha acreditado no haber merecido condena anterior, ni se observa que existan procesos penales pendientes No obstante la exigencia del requisito 3 ibídem, respecto a la modalidad y gravedad de la infracción, este Tribunal en muchas ocasiones, se ha pronunciado en forma favorable cuando se cumplen estos requisitos, en los delitos de porte de drogas. El psicólogo Dr. Enrry Calderón, quien ha practicado según testifica el examen psicosomático al sentenciado, con alta dosis de subjetividad dice: " . Que el señor Benavides está inmerso en la enfermedad adictiva de las drogas desde los 17 años de edad, con un consumo de drogas diario, en horas de la madrugada, en su casa y trabajo, utilizando el cisco del cigarrillo mesclado con la cocaína lo que se conoce como pistola, su hábito de comprar es desde los 30 dólares y cada fundita es de 5 dólares, lo que le alcanza para cinco cigarrillos. Del examen realizado en el procesado determina que se trata de una persona adicta y que los 7,6 gramos son suficientes para su consumo con una dependencia en ascenso, lo que provoca un deterior progresivo de su salud". Lo cual no está dentro de su ámbito de competencia, si bien es cierto puede analizar modalidades de conducta sobre la adicción a las drogas, pero no es creíble con dicha experticia realizada, establezca el nivel de consumo, ni pueda determinar adicciones, por lo que tal examen es cicatero, soslaya aspectos técnicos trascedentes en la valoración, como el historial clínico de consumo del examinado, se sustenta más en las afirmaciones del examinado, por lo que carece de credibilidad, por lo que es irrelevante sostener tratarse de un enfermo, para evadir la responsabilidad penal, pues un consumidor no está exento, de adecuar su conducta a los verbos rectores acreditados del juicio: *De traficar o expender, pues se demostró que el procesado estaba distribuyendo la droga, lo que hace necesario la ejecución de la pena privativa de la libertad.*

63. Procedemos a extraer los dos criterios de interpretación que los Tribunales realizan para negar la suspensión de la ejecución de la pena por la modalidad y gravedad de la conducta.

64. El Tribunal de primera instancia señala que *el sentenciado Benavides Montenegro Omar Iván, recibe sentencia condenatoria por poseer 7,6 gramos de pasta base de cocaína y distribuir la misma utilizando un vehículo de servicio público taxi, por lo que esta juzgadora a emitido sentencia condenatoria, según obra en líneas que anteceden. Por lo que al tenor de lo previsto en el Art. 630 numeral 3 del COIP esta juzgadora considera que la modalidad y gravedad de la conducta son indicativos de que si existe necesidad de la ejecución de la pena, por lo que niego la suspensión condicional de la pena*

65. Bajo este razonamiento de interpretación, tendríamos que el hecho de adecuar su conducta a un tipo penal y en consecuencia obtener una

sentencia condenatoria significaría una verificación de la modalidad y gravedad de la conducta, no obstante, la sentencia de condena implica *per se* un requisito para acceder al beneficio de la suspensión de la pena.

66. Luego, el Tribunal de apelación en una crítica al peritaje psicológico, mantiene que la demostración de que el procesado es consumidor no lo exenta de cometer una infracción penal –premisa que resulta válida- y que el hecho de que distribuya droga *hace necesario la ejecución de la pena privativa de la libertad.*

67. En tal sentido, resulta necesario contextualizar el enunciado *modalidad y gravedad de la conducta* contenido en el numeral 3 del artículo 630 del COIP, como para establecer su adecuada hermenéutica jurídica. Empezaremos por advertir que el Código de la materia al referirse a la *modalidad de la conducta* en el artículo 23 del COIP señala que *La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.*

68. No obstante, cuando nuestra legislación penal establece que la modalidad de la conducta parte de la determinación de es *acción* u *omisión*, no merece mayor criterio de valoración, pues no hay una distinción que otorgue distinta estimación a estas formas de la conducta. De este modo la acción por sí sola no constituye un indicativo para negar el beneficio de suspensión y justificar la necesidad de la ejecución de la pena.

69. El término *modalidad* se usa coputalivamente con el de *gravedad*, aquello implica que la conducta será estudiada conjugando estos parámetros, lo que se traduce en que el juzgador o tribunal no se *limita a la revisión de la acción,* sino que deberá observar las circunstancias específicas y sobre todo particulares que la circunscribe, es decir, requiere un análisis objetivo y subjetivo de los indicativos que rodean el hecho.

70. En un estudio comparado tenemos que en otras legislaciones penales como la Colombiana la modalidad de la conducta implica el análisis del dolo, la culpa y la preterintención[11], mientras en Perú la modalidad del hecho punible responde a las circunstancias en las que se comete el ilícito[12], criterios que pueden ser cuantificables o descriptibles permitiendo una valoración objetiva del juzgador en la determinación de la exclusión del derecho de la suspensión de ejecución de la pena.

71. Este Tribunal de Casación estima que a fin de llegar a una definición que permita determinar parámetros de interpretación acordes a las reglas previstas en el ordenamiento penal, debe examinarse de forma suficiente las circunstancias objetivas y subjetivas específicas que rodean el hecho, esto es, *si la víctima pertenece a un grupo vulnerable, si es una acción u omisión de peligro en abstracto o de resultado*, etcétera, entonces debe existir un real juicio de valor que determine por qué este beneficio de suspensión condicional no puede ser concedido al sentenciado, lo que se requiere establecer con claridad es que la concesión de este beneficio no se supedita al arbitrio del juzgador por lo que su negativa deberá ser motivada de modo suficiente.

72. Otro de los parámetros que debe abarcar este requisito, implica la estimación de las circunstancias agravantes o atenuantes, debemos establecer que el requisito contenido en el numeral 1 del artículo 630 del COIP, establece: *Que la pena de la privación de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años*, esta expresión en específico corresponde a la pena determinada en abstracto, es decir, nos conduce a un análisis específico de los rangos punitivos dispuesto para cada tipo penal, por tanto los parámetros de dosificación por las que se arriba a la determinación de la pena en concreto,

[11] Código Penal Colombiano. LEY 599 DE 2000. Artículo 21. Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.

[12] A modo de ejemplo citamos el artículo 152 del Código Penal Peruano que señala.- *Secuestro. Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad.* Mantiene una redacción similar en varios tipos penales.

como atenuantes y agravantes, resultan también criterios analizables dentro del presupuesto de *modalidad y gravedad de la conducta* para establecer si se otorga o no el beneficio judicial de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

73. Así, revisado el caso concreto tenemos que el tribunal de instancia en el considerando relativo a la " Suspensión condicional de la pena" estableció en su análisis que se cumplieron los parámetros contenidos en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 630 del COIP a excepción de la *modalidad y gravedad de la conducta* razón por la que negaron la aplicación de este beneficio.
74. No obstante, para llegar a esta aserción únicamente pone en referencia la descripción de la conducta típica, esto es, se limita a establecer la modalidad de la conducta, sin evaluar el escenario específico en el que se desplegó la acción como para evidenciar una mayor lesión al bien jurídico protegido.
75. Si llegamos al análisis de los elementos tomados en consideración por los jueces de instancia tenemos que se relata que el señor Omar Iván Benavides Montenegro es consumidor, que se encontró en su posesión 7.6 gramos de cocaína, que estaba distribuyendo el alcaloide y que usó un taxi para ejecutar la conducta.
76. En efecto, en el párrafo-54- de la presente sentencia tenemos que la fijación fáctica declarada probada por los tribunales de instancia e incoada al procesado es la contenida en el artículo 220.1 literal b) del COIP relativa a la distribución y posesión de sustancias estupefacientes, de ahí que *distribución de droga* constituye el detalle de la acción desplegada por el procesado y por la que se le impone una privación de libertad de 3 años.
77. En esta dirección, podemos concluir que la interpretación de los jueces de instancia es sesgada pues, aunque estudian la *modalidad* omiten analizar el segundo enunciado relativo a la *gravedad*, en tal virtud, los razonamientos del juzgador limitan el alcance de la ley, provocando efectos jurídicos adversos para el procesado que inciden en la decisión de la causa al negar un beneficio sin motivos suficientes tras un ejercicio hermenéutico restringido.
78. Este Tribunal de Casación considera que los razonamientos que establecieron los Tribunales de instancia limitaron el alcance de la ley para cualificar la *modalidad y gravedad de la conducta* y negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena del procesado Omar Iván Benavides Montenegro, vale acotar que los jueces de instancia estimaron cumplidos los requisitos previstos en el artículo 630 del COIP al determinar que:

a). El delito por el que se dictó la sentencia tiene una pena máxima de cinco años, de acuerdo al literal b del numeral 1 del Art. 220 del COIP; b). Según la certificación electrónica obtenida por el sistema SATJE, con lo que se ha demostrado que el sentenciado no tiene vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa; c). Con la finalidad de justificar el tercer requisito el sentenciado presento: Certificación conferida por el señor Ing. Wilson Jacho, gerente de la cooperativa de taxis " Revolución Ciudadana" con la que acredita que el sentenciado es chofer registrado en la cooperativa en mención y presta sus servicios lícitos y personales por el tiempo de tres años. Pago del impuesto predial de un bien inmueble ubicado en la parroquia Santo Domingo a nombre de Montenegro Basante Álvaro Javier. Cartilla de registro con datos de socio de la cooperativa de taxis, del vehículo y del colaborador, que en este caso corresponden a los del sentenciado. Licencia de conducir del sentenciado. Informe psicológico realizado por el señor perito Dr. Enrri Calderón Eras, concluye que el sentenciado no presenta cuadros psicopatológicos, fobias, traumas, complejos, o cualquier alteración psicológica, que interfiera en su normal desempeño laboral, social y familiar. Informe de entorno social realizado por la señora perito Lic. Rocio Torres Alvarado quien recolecta información del entorno en el que se ha desarrollado el sentenciado y la actividad económica que le permite solventar sus gastos, concluyendo que no existe riesgo alguno para la sociedad y la familia.

79. Por tanto, al cumplirse los requisitos de ley, la interpretación limitada de la norma no puede constituir un impedimento para la concesión de este beneficio por lo que se otorga la suspensión condicional de la pena a favor del señor Omar Iván Benavides Montenegro.

IX. Decisión

90. Por lo expuesto este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito Crimen Organizado y Corrupción 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 la defensa técnica del procesado Omar Iván Benavides Montenegro conforme queda expuesto en la parte motiva del fallo.
2. De oficio de conformidad al artículo 657.6 del COIP, se corrige la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas por errónea interpretación del artículo 630.3 del COIP, relativo a la *modalidad y gravedad de la conducta,* por lo que bajo los criterios expuestos este tribunal ante el cumplimento de los requisitos contenidos en el artículo 630 del COIP concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena con las condiciones contenidas en los numerales 1, 3, 4, 5, 8 y 9 que deberán estar bajo el control del Juez de Garantías Penitenciarias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 632 ibídem. Estas son: - Residir en un domicilio determinado particular que deberá ser puesto en conocimiento el juez de garantías penitenciarias. Del mismo modo deberá ser puesto en conocimiento de forma oportuna el cambio de lugar de residencia. - No salir del país sin previa autorización de la o el juez de garantías penitenciarias. - Someterse al tratamiento médico y psicológico adecuado para tratar su situación de narcodependencia. - Presentarse cada 8 días ante el juez de garantías penitenciarias para acreditar el cumplimiento de las condiciones impuestas - No incurrir en reincidencia.
3. En lo demás se confirma en todas sus partes la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas. **Notifíquese, Cúmplase y devuélvase** el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución.

f) Dr. Byron Guillén Zambrano, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Walter Macías Fernández, JUEZ NACIONAL; Dr. Luis Rivera Velasco, JUEZ NACIONAL.

II

Juicio Nro. *17460-2020-04671*
Resolución Nro. *244-2022*
Fecha: *13 de abril de 2022, las 10h28*

TEMA: La comprobación de la culpa como elemento subjetivo dentro del delito de daños materiales.

ASUNTO

El presente caso se trata de un suceso de tránsito, en el cual participan el vehículo de placas PCO1605, marca Ford, conducido por la señora C. F. Se presume que ella infringió el deber objetivo de cuidado que le corresponde a un conductor cuando se incorpora desde una calle secundaria a una principal, como consta en la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, así como en su Reglamento, por lo que Fiscalía la acusó en calidad de autora por el delito previsto en el artículo 380 inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal, esto es, daños materiales en accidente de tránsito.

En el presente caso se aborda la verificación de la culpa como elemento subjetivo del tipo penal, para la configuración del delito.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito resuelve declarar la responsabilidad penal de la señora C. F., por considerarla autora de la infracción tipificada en el artículo 380, inciso tercero, del Código Orgánico Integral Penal, por tal razón, le impone el pago de una multa equivalente a 4 salarios básicos unificados del trabajador en general, la reducción de 9 puntos en su licencia de conducir y el pago de los daños materiales ocasionados.

El juzgador llega a determinar que por negligencia en su actuar e inobservancia a la normativa en materia de tránsito y al deber objetivo de cuidado, la señora C. F. ocasionó la infracción de tránsito. El juez agrega que la procesada no respetó la señal colocada en la vía que le ordenaba PARAR, para realizar el cruce de vía, por lo que se ha justificado y probado que el suceso de tránsito resulta de la infracción al deber objetivo de cuidado de normas establecidas en la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y su Reglamento.

El juez estima que la infracción al cuidado debido ha causado un resultado dañoso, que resulta de la conducta imprudente de la procesada, estableciéndose un nexo directo con el perjuicio concreto; de esta manera determina que C. F. ha actuado anti normativamente y típicamente, por falta al cuidado debido y, en consecuencia, de manera previsible y evitable.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

La sentenciada interpuso recurso de apelación respecto del fallo emitido en primera instancia. El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha determina que no se desvirtúa la responsabilidad de la persona procesada, toda vez que los argumentos de la recurrente fueron insuficientes para desvanecer la ratio decidendi de la sentencia impugnada,

además, que la misma se encuentre debidamente motivada, por lo tanto, la sentencia permanece incólume.

El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por la procesada y confirmar en todas sus partes la sentencia de primer nivel.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17460-2020-04671

Juez Ponente: Dr. Felipe Córdova Ochoa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.- Quito, 13 de abril de 2022, las 10h28.

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por la señora **CAROLINE FALLET**, procesada, en contra de la sentencia de segunda instancia, dictada el 14 de diciembre del 2021, por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el infrascrito Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento del presente medio de impugnación, y mediante providencia de 18 de febrero del 2022, convocó a los sujetos procesales a audiencia oral, pública y contradictoria, para la fundamentación del mentado recurso de casación. En tal virtud, por haberse resuelto en la audiencia la improcedencia del medio impugnatorio planteado por la encausada, el infrascrito Tribunal motiva la presente resolución, conforme lo dispuesto en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, los artículos 5.18 y 621 del Código Orgánico Integral (en adelante, COIP), así como en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas procesales aplicables al caso *in examine,* 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 Constitución de la República y 264.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 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.

1.2 El 20 de enero de 2022, las 15h14, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, conformó el Tribunal para el conocimiento y resolución del presente medio extraordinario de impugnación, designando a los doctores Iván Saquicela Rodas y Marco Rodríguez Ruiz, Jueces Nacionales[1], y al doctor Felipe Córdova Ochoa, quien interviene en calidad de Juez Nacional ponente, de conformidad con los artículos 141 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

1.3 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 y revisión, conforme lo disponen los artículos 184.1[2] y 76.7.

[1] Interviene en la presente causa el doctor Luis Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional (e), en virtud del encargo realizado por el doctor Iván Saquicela Rodas, en razón de que el mentado magistrado asumió la presidencia de la Corte Nacional de Justicia.

[2] **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 (...).

k) [3] de la Constitución de la República; artículos 184[4] y 186.1[5] del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.

1.4 Tanto los ciudadanos ecuatorianos como los extranjeros están sometidos a la jurisdicción penal de la República del Ecuador, cuando cometen delitos dentro del territorio del Estado ecuatoriano, en consecuencia, por haberse materializado la infracción en territorio ecuatoriano, el procesado se encuentra bajo la jurisdicción penal del Ecuador, según prescripción constante en los artículos 398 y más pertinentes del Código Orgánico Integral Penal; en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador; y, las garantías normativas antes consignadas.

Por lo expuesto, 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 **la encausada**.

SEGUNDO:

LEGISLACIÓN APLICABLE A LA CAUSA *IN EXAMINE Y VALIDEZ PROCESAL*.-

2.1 En razón de la vigencia del principio de legalidad[6], piedra angular del sistema penal garantista, y las reglas referentes al ámbito temporal de aplicación de la ley penal[7], se determina que, por cuanto el caso *in examine* inició con la vigencia del COIP, el presente medio de impugnación debe sustanciarse conforme las normas jurídicas contenidas en el referido cuerpo normativo, promulgado en el suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014, y vigente en su totalidad, desde el 10 de agosto de 2014.

2.2 El recurso de casación en estudio es tramitado conforme lo establecido en los artículos 656 y siguientes del COIP; y, 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.

TERCERO:

ANTECEDENTES.

3.1 Hechos que se pretenden imputar a la procesada.

En audiencia de juzgamiento, Fiscalía General del Estado, planteó su teoría del caso en el siguiente contexto:

> "... Señor Juez, Fiscalía tiene conocimiento de un accidente de tránsito ocurrido el 3 de diciembre de 2015 aproximadamente a las 12:22, este accidente se produce en la avenida N.N.U.U. e Iñaquito, de esta ciudad de Quito, en la intersección de estas dos avenidas, como punto de referencia el accidente se suscita en el segundo carril de la N.N.U.U, que va rumbo de occidente a oriente, en esa fecha y hora participan en ese accidente de tránsito el vehículo de placas PCO1605, marco Ford, el mismo que estaba conduciendo en esa fecha por la Señora Coroline Fallet, titular de cédula de ciudadanía1714932256, es justamente contra esta persona quien Fiscalía presentará acervo probatorio con la que justificará tanto la existencia material de la infracción así como la responsabilidad de este delito culposo, pues infringió el deber objetivo de cuidado que le corresponde a un conductor cuando

[3] **Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

[4] Art. 184.- Competencia.- Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

[5] **Art. 186.-** Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá: 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera (...).

[6] (...) 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.

[7] Código Orgánico Integral Penal: 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 (...).

se incorpora desde una calle secundaria a un principal la misma que consta en la LOTTSV así como en su reglamento respectivo, debo manifestar que el vehículo contra el cuál se genera el impacto es de marca KIA placas PAC2742, servicio público, el mismo que en esas fechas estaba conducido por el Señor José Daniel Saldaña Paredes, es así Señor Juez que Fiscalía conforme al Art. 42 numeral 1 literal a) del COIP, acusará en calidad de autora a la señora Caroline Fallet por el delito previsto en el art. 380 inc. 3 del COIP..."[8].

3.2 Antecedentes Procesales.

3.2.1 La Unidad Judicial de Tránsito, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, luego de efectuar el correspondiente ejercicio de justipreciación de los elementos probatorios aportados por las partes procesales, resolvió declarar la responsabilidad penal de la señora CAROLINE FALLET, por considerarla autora de la infracción tipificada en el artículo 380, inciso tercero[9], del Código Orgánico Integral Penal, por tal razón, le impuso el pago de una multa equivalente a 4 salarios básicos unificados del trabajador en general, la reducción de 9 puntos en su licencia de conducir, y el pago de los daños materiales ocasionados.

3.2.2 Respecto del fallo descrito en el acápite que antecede, la señora CAROLINE FALLET, procesada, 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 Pichincha, mediante sentencia emitida el 23 de noviembre del 2021, a las 17h56, resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por la procesada, y confirmó en todas sus partes la sentencia de primer nivel.

3.2.3 En ejercicio de su derecho a la defensa, que comprende la garantía de impugnar las decisiones judiciales, la encartada interpuso recurso extraordinario de casación en contra del fallo descrito en el párrafo que antecede, por tal razón, mediante providencia de 18 de febrero del 2022, las 10h34, el Tribunal de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, convocó a los sujetos procesales a audiencia para la fundamentación del recurso de casación interpuesto por la procesada, y en dicha diligencia[10], resolvió declarar la improcedencia del recurso de casación interpuesto por la procesada.

CUARTO:

ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA ORAL, RESERVADA Y DE CONTRADICTORIO, EN TORNO AL RECURSO PLANTEADO.

4.1.- Intervención de la señora Caroline Fallet, procesada y casacionista.

El doctor Andrés Salazar Arellano, defensor técnico de la impugnante, con la finalidad de sustentar el recurso de casación interpuesto por su patrocinada, manifestó en lo principal lo siguiente:

- Se ha interpuesto recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, notificada el 15 de diciembre del 2021, y conforme consta en el sistema Satje, subida el 14 de diciembre del 2021.
- Se va a fundamentar la indebida aplicación del artículo 380 del COIP; la errónea interpretación del artículo 27 del COIP; la indebida aplicación del artículo 201 del Reglamento a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y Seguridad Vial; indebida aplicación del artículo 271 ibídem, la indebida aplicación del artículo 281 Ibídem; la contravención expresa del artículo 280 del mencionado Reglamento y la contravención expresa del artículo 5.18 del COIP en relación con el artículo 76.7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, que tiene relación directa con la motivación.
- Al haberse emitido sentencia dentro de un proceso penal por un delito culposo de tránsito, concurre dentro del análisis del Tribunal una

[8] Cuaderno de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; juicio No. 17460-2020-004671, f. 342, vta.

[9] **Art. 380.-** Daños materiales.- (...) La persona que como consecuencia del accidente de tránsito cause solamente daños materiales cuyo costo de reparación exceda los seis salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general y reducción de nueve puntos en su licencia de conducir.

[10] Audiencia llevada a cabo ante el infrascrito Tribunal el 22 de febrero de 2022.

proposición jurídica compleja, que está conformada por los artículos 380 del COIP, el artículo 27, en atención a la parte subjetiva de mentado precepto, que señala que la culpa es la infracción al deber objetivo del cuidado, y en alusión a ello, el Tribunal de Apelación fundamentó la supuesta violación del deber objetivo de cuidado en los artículos 271, 201 y 281 del Reglamento de Transporte Terrestre y Seguridad Vial.

- La recurrente no está de acuerdo con el considerando cinco, numeral tercero, de la sentencia impugnada, que manifiesta lo siguiente: *"...en el examen, la recurrente sustenta su recurso en una insuficiente motivación fáctica y jurídica citando el Art. 46.7 letra l) de la CRE pero no determina con precisión en que consiste el supuesto defecto de motivación y de manera desordenada e imprecisa hace alusión a que el juez A quo no tomó en cuenta en su decisión la existencia de un semáforo citando, para ello el Art. 280 del Reglamento a la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, así como la existencia de tránsito al momento del accidente, considerando estas particularidades como hechos relevantes, que de ninguna manera inciden en la decisión tomada por el Juez A quo, toda vez que el hecho de haber irrespetado una señalética vertical de "Pare", al transitar la señora Caroline Fallet, por una vía secundaria en sentido sur-norte (calle Iñaquito), conduciendo un vehículo Ford ocasionó la colisión con el vehículo tipo automóvil marca KIA...".*
- Para fundamentar la infracción al deber objetivo de cuidado, la Sala cita específicamente los artículos 201, 281, y 271 del Reglamento.
- Como hechos probados, que no son objeto de debate en casación, la sentencia impugnada determinó que su defendida estaba circulando por la calle Iñaquito, y llego a la intersección de la calle Naciones Unidas, una calle que tiene seis vías, divididas en dos tramos de 3 vías.
- La sentencia señala que su defendida tenía la obligación de detenerse en el pare que consta en la calle Iñaquito, y que, al haber cruzado esta calle, ha vulnerado lo prescrito en los artículos 201, 271 y 281 del Reglamento a la Ley de Tránsito y Seguridad Vial, infringiendo el deber objetivo de cuidado del artículo 27 del COIP, concurriendo los elementos del artículo 280 de este Código.
- Asimismo, la resolución impugnada establece que, cuando la recurrente cruzaba la avenida Naciones Unidas existía tráfico, como consecuencia del semáforo ubicado en la avenida Amazonas y Naciones Unidas.
- Se ha incurrido en la contravención expresa del artículo 280 del Reglamento a la Ley de Tránsito Terrestre y Seguridad Vial, que dice: *"Art. 280.- Cuando el semáforo permita el desplazamiento de vehículos en una vía, pero en ese momento no haya espacio libre en la cuadra siguiente para que los vehículos avancen, queda prohibido continuar la marcha cuando al hacerlo obstruya la circulación vehicular en la intersección. Esta regla se aplicará también cuando la vía carezca de semáforos".*
- La aplicación de esta norma es pertinente, porque en la sentencia impugnada se aplican normas generales de dicho Reglamento.
- El artículo 201, 271 y 281 del Reglamento se refieren a circunstancias mediante las cuales en la vía no existe tráfico.
- Entonces, si en la sentencia se hubiera determinado la inexistencia de tráfico, eran aplicables los artículos 201, 271 y 28, sin embargo, hay un elemento fáctico que determina una excepcionalidad, por eso, la norma que debía aplicarse para la determinación del deber objetivo del cuidado, era el artículo 280.
- Si se aplicaba el artículo 280, se revertían las condiciones en las cuales el deber objetivo de cuidado tenía que haberse verificado, ya que su defendida, dentro del tráfico, comienza a avanzar despacio, pasa dos carriles, y al llegar al tercer carril, el auto Kia le golpea, porque no tomó en cuenta el tráfico, y la obligación del deber objetivo de cuidado ya le tocaba a los carros que estaban en el tráfico, según el artículo 280 del Reglamento a la Ley de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial.
- Por haberse utilizado normas generales que no se subsumen a los hechos, y no haberse aplicado el artículo 280 del Reglamento, se configura la indebida aplicación de los artículos 201, 271 y 281 del Reglamento, ya que la norma que si debía aplicarse, dada la concurrencia de tráfico, era el artículo 280.
- Con el artículo 280 se revierte quien tenía el deber objetivo del cuidado, y esto tiene incidencia absoluta en la errónea interpretación del artículo 27 del COIP.

- El artículo 27 del COIP es claro al señalar que actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, sin embargo, en ese momento, quién tenía el deber objetivo de cuidado, eran los vehículos que se encontraban en circulación dentro del tráfico de la calle Naciones Unidas, por lo tanto, no existe culpa por parte de su defendida
- La aplicación de los artículos 201, 271 y 281 no era pertinente.
- Al no existir infracción al deber objetivo de cuidado, y al haberse interpretado erróneamente el artículo 27, lo que tenía que haberse aplicado es la aceptación del Tribunal de que no existió elemento subjetivo en el tipo penal del artículo 380, y por lo tanto, ratificar el estado de inocencia determinado en el artículo 5.4 del COIP, en relación con el artículo 76.2 de la Constitución.
- El Tribunal de apelación incurrió en la indebida aplicación del artículo 380 del COIP, toda vez que no concurrieron los elementos subjetivos de este tipo penal.
- En la sentencia no se hizo un análisis respecto a la concurrencia de los elementos específicos del artículo 380, ni si quiera se hizo alusión a la existencia del elemento subjetivo culpa, ni por qué se probó la violación al deber objetivo de cuidado.
- El razonamiento del Tribunal en la aplicación del artículo 280 del Reglamento a la Ley de Tránsito, implicó la indebida aplicación del artículo 380 del COIP, pues, al no concurrir los elementos del tipo penal y al no encontrarse una violación al deber objetivo de cuidado, tenía que haberse ratificado el estado de inocencia en aplicación del artículo 5.4 del COIP, con relación al artículo 76.2 de la CRE.
- Al no subsumirse adecuadamente las normas en la fundamentación de la sentencia impugnada, se provocó la contravención expresa del artículo 5.18 del COIP, referente al principio de motivación, norma jurídica que tiene relación directa con el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República.
- La Corte Constitucional ha determinado cuáles son los parámetros de motivación dentro de la legislación ecuatoriana en la sentencia No. 1158-17-EP/21, por lo que, al no realizarse ese ejercicio de subsunción, que explique la aplicación del artículo 380, y cuál es la incidencia que tiene con no haber aplicado el Artículo 280 del Reglamento, habiéndose pedido que se haga ese análisis al Tribunal de apelación, se incurrió en un vicio de motivación, que tiene relación con la incongruencia, por no haberse resuelto todos los elementos por parte del Tribunal y haber dejado en indefensión a su defendida.
- Solicita que, una vez verificado los errores en la sentencia, se los corrija y se revoque la sentencia subida en grado.

4.2 Intervención de la doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada de Fiscalía General del Estado.-

La doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada de la Fiscal General del Estado, contradijo los argumentos esgrimidos por la impugnante, manifestando en lo principal lo siguiente:

- El recurso de casación prospera en relación a la violación legal, más no reglamentaria.
- El Reglamento lo que hace es dictar las normas con las cuales la ley puede ser ejecutada, es decir, establece procedimientos de aplicación de la ley, por esa razón, el artículo 656 no establece la violación reglamentaria, ni de decretos, ni de ordenanzas, porque todos esos, son medios que tiene la ley para poder ser aplicada.
- Lo que se ha planteado en relación al Reglamento, violenta el sentido básico de un recurso de casación.
- La recurrente no identificó la sentencia recurrida.
- La recurrente mencionó inicialmente que existe una errónea interpretación del artículo 27, y cuando desarrolló el tema, indicó que había una indebida aplicación; por ese motivo, resulta necesario indicar que las causales contenidas en el artículo 656 del COIP son excluyentes entre sí, una misma norma no puede producir dos errores de derecho.
- La recurrente manifestó que existe un error de interpretación del artículo 27 del COIP, pero jamás explicó cuál es la errónea interpretación, además, luego contradijo su tesis inicial, mencionando que no ha habido errónea interpretación, sino indebida aplicación; estos son efectos absolutamente contrarios, diferentes, imposibles de convalidar.
- Los aspectos que fueron esgrimidos por la recurrente, ya fueron conocidos por la Corte Provincial, por tal razón, en el considerando quinto de la sentencia impugnada, existe una contestación determinante por parte de los Jueces de la Corte Provincial.

- La defensa técnica de la recurrente ha hablado de hechos, no habló de temas jurídicos, es decir, no explicó cuál es el yerro del juez, o en qué consistió el equívoco del órgano de jurisdicción penal al aplicar la norma.
- Solo se habló de hechos y normas reglamentarias, cuestiones que no son parte de un recurso casacional.
- La sentencia objetada cumple cabalmente todo lo determinado en el artículo 76.7.l) de la Constitución, pues, es muy clara, está muy bien razonada, es específica y lógica en relación a la norma.
- Hay una evidente pretensión de valoración probatoria, pero además, la recurrente pide al Tribunal que se cambien los hechos, aplicando normas reglamentarias, lo cual resulta un pedido totalmente ilegal e inconstitucional.
- La argumentación esgrimida por la defensa de la procesada constituye un alegato de instancia, y carece de técnica.
- No se ha podido establecer los elementos que justifiquen la incursión de los jueces en el cúmulo de yerros planteados.
- Los únicos yerros vinculados a leyes, son la indebida aplicación del artículo 280 del COIP, la errónea e indebida aplicación del artículo 27 del COIP, la contravención expresa del artículo 5.18, y la contravención expresa del Art. 76.7.l) de la Constitución sin embargo, no hubo argumentación.
- Se habló del deber objetivo de cuidado, pero no se señaló cual es el yerro de derecho al respecto.
- La recurrente señaló que debió ratificarse su inocencia, porque se violentó el artículo 76.2 de la Constitución, pero solo analizó los hechos, no se ha explicado nada.
- No se cumplió con el principio de trascendencia.
- No se cumplió con el principio de autonomía.
- La argumentación ha sido muy repetitiva.
- Debería desecharse el recurso.

4.3 Intervención de la señora María Floresmila Sigcha Pucachiqui.-

El abogado William Geovanny Coloma Mayorga, en representación de la señora María Floresmila Sigcha Pucachiqui, acusadora particular, contradijo los argumentos esgrimidos por la casacionista, indicando en lo principal lo siguiente:

- Se ha planteado la indebida aplicación del artículo 380 del COIP.
- Se ha manifestado que la procesada no actuó con culpa, que ha habido una indebida aplicación del artículo 27 del COIP, estableciéndose la culpa como la violación al deber objetivo de cuidado, por haberse inobservado las normas y reglamento, tal como lo estableció la sentencia subida en grado.
- Se han verificado todos los elementos necesarios, para que se pueda considerar a la procesada como la persona que causó el accidente de tránsito.
- Se ha querido manifestar que existió una contravención expresa al artículo 280 del Reglamento, que no aplica al caso.
- No se debe pretender confundir, de conformidad con lo que establece el artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, se debe actuar con fe y lealtad procesal.
- La avenida de las Naciones Unidas no posee semáforo, lo que existe son señales reglamentarias, pedestales de pare y señales enmarcadas sobre la calzada.
- No se ha realizado una exposición debida.
- El recurso de casación es técnico.
- Se alegó la indebida aplicación de la ley, y que no se cometió un delito consistente en daños materiales, sin embargo, no se dijo qué tipo de delito se cometió. No se ha comentado cuál es el artículo que se debería verificar y que los Jueces deberían rectificar para esta audiencia.
- Se ha sostenido que existe un vicio de motivación. Estamos en una etapa procesal donde resulta impertinente plantear este vicio.
- Se hizo mención a la sentencia de la Corte Constitucional, y también se ha manifestado que se ha dejado en la indefensión a su defendida. De conformidad con el artículo 652.10 del COIP, existiría una posible nulidad dentro del proceso, no obstante, se ha requerido que se ratifique el estado de inocencia de la procesada, conforme lo establece el artículo 76.2 de la Constitución.
- Tránsito es una materia técnica, científica, que está relacionada con los peritos, conforme lo establece el artículo 185 de la Constitución.
- El órgano auxiliar de la Fiscalía ha determinado quien violó el deber objetivo de cuidado y quien no cedió el derecho de preferencia en la vía.
- La sentencia emitida por la Corte Provincial de Pichincha es clara, razonable, y específica respecto a los hechos que han sido materia de la interposición del recurso y en la cual se desechó el recurso de apelación.

- Solicita que se deseche el recurso de casación, por no haber sido defendido de manera técnica.

4.4 Intervención de la señora Caroline Fallet, procesada y casacionista.

El doctor Andrés Santiago Arellano, en representación de la señora Caroline Fallet, casacionista, en ejercicio de su derecho a la réplica, expresó en lo principal lo siguiente:

- Para que se haga un razonamiento en derecho, porque no es un razonamiento reglamentario, y se puedan aplicar los artículos 27 y 380 del COIP, se tenía que establecer qué norma reglamentaria que determine la violación al deber objetivo de cuidado, se debía aplicar en la causa.
- Existe la violación legal específica de los artículos 380 y 27 del COIP, como se explicó en la fundamentación.
- Pero, para que se analice la aplicación o no de dichas normas, o la interpretación de dichas normas, o cómo influyen en la decisión del Juez, tiene que hacerse alusión a la norma reglamentaria.
- No se puede decir que, si se fundamenta un recurso en atención a si se aplicó o no la norma del deber objetivo de cuidado, que fundamenta el artículo 27 y 380 del COIP, no ha existido una fundamentación adecuada, porque el recurso de casación se refiere a ley, esa es una falacia.
- Lo que se está atacando es la violación a un razonamiento, de una proposición jurídica compleja, que esta misma Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia y las diferentes Salas han determinado como se tiene que atacar, y como se tiene que fundamentar.
- El análisis jurídico que hace el Tribunal parte de normas legales y descansa en normas reglamentarias.
- Solicita que se revise los vicios en derecho que constan en la sentencia, en atención a que la influencia que tiene el no haber aplicado el artículo 280 del Reglamento o la contravención expresa del artículo. 280 del Reglamento tiene una implicación legal en atención al artículo 27 y al artículo 380 del COIP.

4.5 Intervención por parte de la ciudadana recurrente Caroline Fallet, en ejercicio de su derecho de última palabra.

La recurrente, señora Caroline Fallet, en el ejercicio de su derecho de última palabra, manifestó en lo principal que:

- Respetó el pare, había mucho tráfico ese día, se adelantó dos carros y ahí el señor del KIA le chocó en el lado izquierdo.

QUINTO:

CONSIDERACIONES RESPECTO AL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.

5.1 EL DERECHO A IMPUGNAR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA. La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero, declara que el Ecuador es *"...un Estado constitucional de derechos y justicia..."*. Este reconocimiento, lejos de configurarse en un aserto de carácter meramente enunciativo, implicó la transformación en el modelo de Estado ecuatoriano, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional, en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales.

El modelo estatal vigente en la República del Ecuador se sustenta en el imperio de los derechos fundamentales, por tal razón, la Constitución de la República impone al Estado el deber de: *"...Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales..."*, del mismo modo, en su artículo 11.9 declara que *"...El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución...",* y dispone que, la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, en materia de derechos y garantías, siempre debe realizarse de la manera que más favorezca a su efectiva vigencia[11].

El Estado Constitucional de Derechos entiende que las personas poseen cualidades innatas, que no requieren de la expedición de una ley para su efectivo ejercicio, así declara la carta magna, al establecer en su artículo 426 que *"...Los derechos*

[11] **Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
(...) 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos...". Esta norma guarda concordancia con el artículo 11.9 ibídem, que manifiesta que: *"...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades...".* En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa que: *"...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...".*

Una vez resaltada la incidencia de los derechos en el modelo estatal ecuatoriano, para efectos del estudio de la impugnación realizada por la procesada**,** se considera necesario referirnos a uno de los derechos que cobra especial importancia en el conocimiento y juzgamiento de las conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, esto es, el derecho al debido proceso, que 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 artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador; este derecho incluye, entre otras, las siguientes garantías:

> "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
>
> 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 el juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (...).
>
> 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento (...) k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. **m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos"**. (Las negrillas no pertenecen al texto).

De conformidad con el contenido del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, se desprende que la defensa constituye un derecho transversal al debido proceso; el derecho a la defensa, a su vez, se encuentra comprendido por varias garantías, entre ellas, la facultad de impugnar las resoluciones judiciales.

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 8.2.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...".*

En ese contexto, se determina la naturaleza del derecho impugnar las decisiones judiciales, en torno al Estado constitucional de derechos.

5.2 EL RECURSO DE CASACIÓN COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO A RECURRIR DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La facultad de impugnar las decisiones judiciales se encuentra consagrada en la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7.m):

> Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (...).

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..."*[12]. 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..."* [13]. En el ámbito penal, el artículo 652.1 del Código Orgánico Integral Penal, 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*".

En materia impugnatoria, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha impuesto a los Estados signatarios del Pacto de San José, la obligación de garantizar el acceso a un: *"...**recurso ordinario accesible y eficaz**..."* [14]. (Énfasis añadido).

Sobre la base del contenido de los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo referente al derecho a recurrir, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sentado los siguientes estándares:

> "...43. En ese sentido, para el derecho internacional de los derechos humanos es irrelevante la denominación o el nombre con el que se designe a este recurso, lo importante es que cumpla con determinados estándares. En primer lugar, debe proceder antes que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada y debe ser resuelto en un plazo razonable, es decir, debe ser oportuno. Asimismo, debe ser un recurso eficaz, es decir, debe dar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido, esto es, evitar la consolidación de una situación de injusticia. Además, debe ser accesible, sin requerir mayores formalidades que tornen ilusorio el derecho..."[15].

La interposición de un recurso ordinario, accesible y eficaz, que suponga un amplio ejercicio de revisión fáctica y valoración probatoria, en nuestro sistema jurídico, se verifica con la interposición del recurso ordinario de apelación.

Sin embargo, además de este medio impugnatorio, nuestra legislación concede a los justiciables la posibilidad de interponer recursos de índole extraordinaria, como el recurso de casación, que tiene por finalidad garantizar a las partes la correcta aplicación del derecho en el fallo:

> "Art.- 656.- 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"**.

En concordancia con la norma jurídica citada, el artículo 652.1 del Código Orgánico Integral Penal establece la siguiente regla: *"...1. Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código..."*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de

[12] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[13] ibídem.
[14] Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Mohamed VS Argentina, el 23 de noviembre de 2012..
[15] Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Mohamed VS Argentina, el 23 de noviembre de 2012..

casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *"... La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas..."*[16].

El principio de taxatividad 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 Código Orgánico Integral Penal, esto es, contravención expresa al texto de la ley, indebida aplicación o errónea interpretación de la ley, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non,* para determinar la violación a la ley en la sentencia impugnada.

Existe contravención expresa al texto de la ley cuando el juzgador, al momento de construir su decisión, por omisión, deja de utilizar determinada norma jurídica, siendo ésta necesaria para la resolución del caso en concreto; por su parte, existe indebida aplicación de la ley cuando el juzgador, al momento de resolver la causa, yerra en el ejercicio típico de adecuación de los hechos, a la norma jurídica, aplicando un precepto impertinente; finalmente, se verifica la errónea interpretación de la ley cuando el juzgador, al resolver el caso sometido a su conocimiento, aplica la disposición jurídica pertinente, no obstante, para la resolución de la causa, le da un sentido diferente al expresado por su tenor literal.

La Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha establecido que:

> "...Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada..."[17].

Del mismo contexto literal del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, se extrae la prohibición de solicitar la valoración de la prueba en el recurso de casación, sobre este punto de derecho, la Corte Constitucional del Ecuador ha desarrollado el siguiente argumento:

> "...al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1..."[18].

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, en relación a su naturaleza jurídica y ámbito conceptual, el profesor Claus Roxin señala que: *"...La 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..."*[19]. Por su parte, 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*

[16] Rodriguez Ch., *Orlando; Casacion y Revision Penal,* Temis, Bogota, 2008, p. 67
[17] Ecuador, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014.
[18] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 001-13-SEP-CC, de 6 de febrero de 2013, caso 1647-11-EP.
[19] Roxin, Claus; Derecho Procesal Penal, Editores El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 466.

sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...".[20]

En razón de lo anotado, se advierte que el recurso de casación tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la sentencia de segunda instancia, pero, cuando específicamente se haya violentado la ley por alguna de las causales establecidas en el régimen procesal penal -contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-, su naturaleza le conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en la sentencia del Tribunal *ad quem*.

Como corolario, cabe hacer énfasis en lo siguiente: las reglas procesales prohíben en sede de casación volver a valorar prueba o revisar los hechos; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

SEXTO:

ANÁLISIS EN TORNO A LA ARGUMENTACIÓN ESGRIMIDA POR LA RECURRENTE, SEÑORA CAROLINE FALLET, CON LA FINALIDAD DE SUSTENTAR EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO DENTRO DEL CASO *SUB JUDICE*.

6.1 El principio dispositivo[21], conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, rige todas las etapas y fases del proceso, e impone a los juzgadores el deber de enmarcar sus decisiones dentro del ámbito de los planteamientos esgrimidos por las partes procesales; es por ello que, en la causa *sub judice,* la fundamentación del recurso de casación en la audiencia de 22 de febrero de 2022, delimita el ámbito al que debe circunscribirse la presente resolución.

6.2 Premisas de carácter inaugural, en el análisis del recurso de casación *in examine.-* Previo al examen de los planteamientos esgrimidos por la impugnante, en la audiencia de fundamentación de su recurso, se considera necesario sentar la siguiente premisa: el recurso de casación es un medio impugnatorio de naturaleza extraordinaria, cuya finalidad se concreta en el control de legalidad de la sentencia de segunda instancia; por ende, la labor intelectiva de este Tribunal debe concretarse en la resolución dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 23 de noviembre del 2021, las 17h56.

El control de legalidad efectuado en sede de casación se sustenta en la obligación jurisdiccional de garantizar a los justiciables la adecuada aplicación del derecho en la resolución del asunto litigioso, 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 revisar o modificar el acontecer fáctico fijado en el fallo recurrido, o valorar el acervo probatorio aportado por las partes procesales; esta actividad le corresponde privativamente a los Jueces de instancia, por consiguiente, la incursión en cualquiera de estas potestades, en sede casacional, supone la violación al principio de independencia judicial, consagrado en el artículo 8[22] del Código Orgánico de la Función Judicial.

En este orden de ideas, se debe destacar que no todo equívoco en la aplicación del derecho constituye materia de casación, dado que, el carácter limitado de este medio impugnatorio, también se manifiesta en la necesidad de que el error de derecho alegado, se derive de un vicio *in iudicando*, es decir, un equívoco cometido por el Juzgador, en el proceso intelectivo de construcción de su decisión, que se manifiesta en la violación a la ley sustancial.

---

[20] Calamandrei, Piero; La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

[21] **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.

[22] **Art. 8.-** Principio de independencia.- Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial.
Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.
Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.

Los yerros *in iudicando* deben cometerse bajo una de las tres modalidades exclusivas y excluyentes previstas en el ordenamiento jurídico[23], y deben ser trascendentes, es decir, deben tener tal incidencia que, de no haberse verificado, la resolución de la causa hubiera sido radicalmente distinta.

Adicionalmente, cabe mencionar que, si bien no constituyen materia de casación, los vicios de procedimiento o errores *in procedendo,* pueden ser analizados por este Tribunal, cuando dichos yerros derivan en la violación a la ley sustancial.

En razón de las consideraciones expuestas, es posible colegir que el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación se manifiesta en tres dimensiones:

1.- Constituyen materia de casación solo los errores de derecho (excepcionalmente los vicios *in procedendo*)
2.- Los errores de derecho susceptibles de casación son aquellos que la doctrina los denomina *in iudicando.*
3.- El yerro *in iudicando* planteado en casación se rige por los principios de taxatividad, trascendencia y no debate de instancia.

Partiendo de estos presupuestos, al infrascrito Tribunal de casación le corresponde realizar un estudio analítico, que se circunscriba en los argumentos esgrimidos por la impugnante en la audiencia de fundamentación de su recurso, con la finalidad de establecer si, en efecto, dichos argumentos acreditan la incursión del Tribunal *ad-quem* en los yerros de derecho planteados en la audiencia.

6.3 Cargos casacionales esgrimidos en la audiencia de fundamentación del recurso de casación.- En la audiencia llevada a cabo el 22 de febrero de 2022, la señora CAROLINE FALLET, por intermedio de su abogado patrocinador, esgrimió los siguientes cargos casacionales:

- Indebida aplicación del artículo 380 del Código Orgánico Integral Penal.
- Indebida aplicación del artículo 201 del Reglamento a la Ley de Tránsito, Transporte Terrestre y Seguridad Vial
- Indebida aplicación del artículo 271 del Reglamento a la Ley de Tránsito, Transporte Terrestre y Seguridad Vial.
- Indebida aplicación del artículo 281 del Reglamento a la Ley de Tránsito, Transporte Terrestre y Seguridad Vial.
- Contravención expresa al texto del artículo 280 del Reglamento a la Ley de Tránsito, Transporte Terrestre y Seguridad Vial.
- Errónea interpretación del artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal.
- Contravención expresa al texto del artículo 5.18 del Código Orgánico Integral Penal, en relación con el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, que tiene relación directa con la motivación.

6.4 SOBRE LA INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 380 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.- El análisis de este yerro de derecho, en primer lugar, nos plantea la necesidad de establecer el alcance de la causal invocada por el recurrente, por consiguiente, se determina que existe indebida aplicación de la ley cuando los juzgadores, luego de justipreciar los elementos probatorios aportados por las partes procesales, fijan como cierto un determinado curso causal, subsumiéndolo al supuesto de hecho descrito en una norma jurídica impertinente. La impertinencia de una norma jurídica, se sustenta en la falta de identidad entre los hechos del caso concreto y el supuesto fáctico consignado en el precepto jurídico. En definitiva, existe indebida aplicación de la ley, cuando los hechos fijados como ciertos en el fallo impugnado, no se adecúan de manera armónica a los elementos típicos de un delito, o a los presupuestos fácticos de una norma jurídica.

Sobre el alcance de esta causal, Rodríguez (2008) señala lo siguiente: *"...El juez, al proferir la sentencia, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto..."*[24].

[23] **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.

[24] Rodríguez, O. (2008). Casación y Revisión Penal Evolución y Garantismo. Bogotá, Colombia: Temis; p.239.
Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.

De lo expuesto se colige que, el proceso de materialización de un yerro por indebida aplicación de la ley, supone la incursión sucesiva de los Juzgadores de instancia en las siguientes actividades jurisdiccionales:

- Valoración de los elementos probatorios.
- Determinación de los hechos.
- Inadecuado ejercicio de adecuación de los hechos a la norma jurídica.

6.4.1 ¿Cómo debe fundamentarse en sede de casación un cargo de indebida aplicación?

Si la indebida aplicación de la ley supone la falta de identidad entre la configuración típica de la norma jurídica y la secuencia fáctica fijada en el fallo impugnado, la construcción de una argumentación que sustente este yerro debe efectuarse en cuatro momentos:

1.- En primer lugar, el recurrente está obligado a identificar los hechos del caso concreto, es decir, debe extraer de la sentencia la construcción empírica de los hechos que se consideraron probados por los juzgadores de instancia.

2.- En segundo lugar, el recurrente debe analizar los elementos que configuran la estructura de la norma jurídica que propone como indebidamente aplicada. En el caso *in examine*, por tratarse de tipo penal, el recurrente debía identificar los elementos que configuran la tipicidad del delito descrito en el artículo 380 del Código Orgánico Integral Penal.

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 del tipo existe falta de correspondencia con los hechos fijados en la sentencia.

4.- Finalmente, el recurrente debe señalar la norma jurídica que resultaba pertinente.

Solo cuando el recurrente ha efectuado el ejercicio argumentativo descrito *ut supra,* habrá presentado una proposición jurídica completa, en este sentido, Rodríguez (2008) señala lo siguiente:

> "...Si se trata de una aplicación indebida, la proposición jurídica, para que sea completa y correcta, debe identificar el error, precisar cuál fue la norma del bloque de constitucionalidad, constitucional, legal o la doctrina jurisprudencial de carácter sustancial que se aplicó indebidamente, y además de su trascendencia, indicarle a la Sala de casación Penal (...) cuál norma debió aplicar el juez de instancia..."[25].

Ahora bien, con la finalidad de presentar una proposición jurídica completa, la recurrente aseguró que la indebida aplicación del artículo 380 del Código Orgánico Integral Penal, se produjo por la falta de aplicación del artículo 280 del Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; asimismo, aseveró que en la causa no correspondía aplicar los artículos 201, 271 y 281 del mentado Reglamento.

Este conjunto de aseveraciones, constituye en realidad un cargo casacional, pues, la constelación de violaciones esgrimidas por la objetante, pretenden justificar la indebida aplicación del artículo 380 del Código Orgánico Integral Penal; por tal razón, en el análisis de este cargo, debe abordarse el cúmulo de yerros individualizados en el acápite que antecede.

Para clarificar lo expuesto, podemos resumir el planteamiento de la impugnante en el siguiente enunciado:

"No debía imputarse el tipo penal de daños materiales a la procesada, por cuanto, no se verifica culpa en su conducta, la falta de culpa se sustenta en que hubo tráfico el día del incidente, por tanto, correspondía aplicar el artículo 280 del Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, y no los artículos 201, 271 y 281 del mentado Reglamento."

6.4.2 Del problema jurídico.- Del cargo casacional esgrimido por la recurrente, y del contenido de sus planteamientos, se desprende el problema jurídico que debe ocupar el análisis del Tribunal de casación. En este sentido, se determina que el problema jurídico a resolver involucra un supuesto yerro en la aplicación del tipo penal descrito en el artículo 380 del Código Orgánico Integral Penal. Este tipo penal describe la culpa como elemento subjetivo, por consiguiente, la aplicación del tipo penal está supeditada a la verificación de la culpa.

[25] Ecuador, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014.

Según asevera la recurrente, en la especie, no se ha verificado la culpa en su comportamiento, por tal razón, a efectos de establecer si era aplicable el tipo penal en la resolución de la causa, corresponde resolver el siguiente problema jurídico: ¿Existe culpa en la conducta de la señora Caroline Fallet?

Cabe mencionar que los jueces que integraron el Tribunal de apelación, al construir su decisión, consideraron que la conducta de la recurrente incurrió en culpa o imprudencia, por haber inobservado las siguientes disposiciones reglamentarias:

> Art. 201.- En las intersecciones donde no existan semáforos, intersecciones en "T" o en intersecciones controladas con señales de PARE O CEDA EL PASO, los conductores observarán las siguientes reglas:
>
> 1. Cuando el conductor llegare a una intersección, deberá ceder el derecho de vía al vehículo que se encuentre cruzando la intersección;
> 2. Cuando dos vehículos llegaren simultáneamente a una intersección, tendrá derecho de vía el que se aproxime por su derecha;
> 3. Cuando un vehículo va a girar a la izquierda, deberá ceder el paso al vehículo que llega desde la derecha, o en sentido opuesto;
> 4. Los peatones tienen derecho de vía una vez que han iniciado el cruce de la calzada por los sitios demarcados para el efecto; y,
> 5. Cuando los semáforos que regulan la circulación en una intersección se encuentren apagados, el derecho de vía se sujetará a lo indicado en el numeral 2 de este artículo.
>
> Art. 271.- Los conductores guiarán sus vehículos con la mayor precaución y prudencia posible, respetando las órdenes y señales manuales del agente de tránsito y en general toda señalización colocada en la vía pública.
>
> Art. 281.- Cuando una vía sea más amplia o tenga notoriamente mayor circulación vehicular, tendrán preferencia de paso los vehículos que transiten por la vía con estas características. Así mismo, las calles asfaltadas tendrán preferencia sobre las que no lo estén.

Ahora bien, ¿qué es la culpa?

Conforme apunta Francisco Muñoz Conde (2018), los delitos culposos o imprudentes son tipos penales abiertos, pues, *"la conducta típica no está determinada con precisión en la ley (...)*[26]*"*. Esta afirmación guarda armonía con el contenido del Código Orgánico Integral Penal, que en la Sección Segunda del Capítulo Octavo, tipifica ciertas conductas como: "DELITOS CULPOSOS DE TRÁNSITO", sin incorporar en la descripción de estas infracciones, una explicación de aquello que ha de entenderse por "culposo". Dentro de estos delitos se encuentra el ilícito imputado a la persona procesada, esto es, los daños materiales ocasionados en un accidente de tránsito.

En virtud del carácter abierto de los tipos penales culposos, le corresponde al juez establecer el alcance de la conducta imprudente, y determinar si la conducta juzgada se ajusta a este a los presupuestos de la imprudencia o culpa. En virtud de aquello, corresponde *"...buscar un punto de referencia con el [cual se pueda] comparar la conducta realizada, para ver si ha sido realizada imprudentemente. Este punto de referencia lo da el deber objetivo de cuidado"*[27], así lo entiende el Código Orgánico Integral Penal, que en su artículo 27, determina que *"actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso"*.

Dicho esto, corresponde establecer el alcance del deber objetivo de cuidado, por tal razón, se estima pertinente resaltar el criterio de Mirentxu Corcoy Bidasolo, quien manifiesta que el deber objetivo de cuidado, o norma de cuidado, es un presupuesto normativo que *"se conforma de acuerdo con el cuidado general exigible para evitar la realización de conductas que crean o incrementan riesgos de forma penalmente relevante, o la no realización de una prestación positiva estimada "ex ante" como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico"*[28].

Ahora bien, la violación del deber de cuidado, debe concretarse en la violación a un deber objetivo, es decir, un deber que pueda exigirse al individuo promedio que actúa con diligencia en sus actos, no se refiere a un deber concreto subjetivamente

[26] Muñoz Conde, F. *Teoría General del Delito*. Bogotá-Colombia: Editorial Temis. 2018. p. 68.
[27] Muñoz Conde, F. *op. cit*. p. 68.
[28] Corcoy Bidasaolo, M. El Delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado. Barcelona-España: Promociones y Publicaciones Universitarias. 1989. p. 84.

considerado, debe tenerse en cuenta la totalidad del conglomerado, y los conocimientos empíricos dominados por la sociedad en su conjunto. Así por ejemplo, la ley de la gravedad es un conocimiento empírico conocido por todos, por tal razón, si una persona deja caer un explosivo por falta de atención en sus actos, y si esos explosivos llegan a ocasionar lesiones a alguien, puede considerarse que esas lesiones son imputables a la conducta imprudente del mentado individuo, porque una persona promedio, sabe que si deja caer ciertos explosivos al piso, puede desencadenarse una detonación.

Entonces, el estudio del deber objetivo del cuidado, debe efectuarse mediante la confrontación de la conducta efectivamente realizada, y aquella conducta que, resulta objetivamente exigible a una persona promedio, que se encuentre en las mismas circunstancias que se encontraba la persona procesada.

Adicionalmente, cabe señalar que el estudio del deber objetivo de cuidado debe verificarse en un juicio normativo, pues, conforme anticipamos en líneas precedentes, en la legislación no existe una definición de la conducta culposa o del deber objetivo de cuidado, por consiguiente, para la determinación de estos elementos, el juzgador debe valorar ciertos criterios normativos, y en el caso de la infracción al deber objetivo de cuidado, los criterios normativos que deben valorarse son la previsibilidad del resultado y la adecuación social.

No obstante, la previsibilidad del resultado, considerada de manera aislada, no permite que se verifique la violación al deber objetivo de cuidado, pues, existen conductas peligrosas, que si bien implican la previsibilidad de un resultado lesivo, no son penalmente relevantes; resulta estrictamente necesario que, además de la previsibilidad del resultado, la conducta suponga la violación a las reglas de cuidado. Sobre este punto, Muñoz Conde anota lo siguiente: *"...Estas reglas de cuidado no son siempre fáciles de precisar y en necesario recurrir a criterios abstractos como "buen conductor", "conductor experimentado", hombre de inteligencia media", etc. En algunas ocasiones, las reglas de cuidado, que deben observarse vienen descritas en preceptos de normas administrativas (...) cuya inobservancia constituye generalmente una imprudencia. Otras veces hay que recurrir a las reglas de experiencia en el ejercicio de determinadas profesiones (la llamada lex artis)..."* [29].

Con la finalidad de explicar esta afirmación, consideramos pertinente plantear el siguiente ejemplo: conducir un automóvil, *per se,* constituye una actividad riesgosa, de hecho, cuando una persona conduce un vehículo, puede representarse o prever un accidente de tránsito, sin embargo, el simple hecho de que una persona haya previsto la posibilidad del accidente, no permite que haya violación al deber objetivo de cuidado, para que se verifique este presupuesto, es necesario que sumado a la previsibilidad del resultado, se verifique la violación a una regla de cuidado, como por ejemplo, las reglas descritas en el Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

Trasladando lo dicho al caso concreto, se tiene que, el relato fáctico sentado como cierto en la sentencia impugnada, establece que la señora Caroline Fallet, al conducir su automotor, irrespetó un disco pare colocado sobre la calle Iñaquito, en la intersección con la avenida Naciones Unidas, incrementando el riesgo que esta actividad supone, al poner en marcha su vehículo sin permitir que transiten quienes tienen preferencia de vía, e inobservando el contenido de los artículos 201, 271 y 281 del Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. Por consiguiente, su conducta violó el deber objetivo del cuidado, pues, produjo un resultado objetivamente previsible para el común de los individuos de la especie humana, esto es, la producción de daños materiales como consecuencia de un accidente de tránsito, y además de ocasionar un resultado previsible, su conducta violentó las reglas de cuidado descritas en el mentado Reglamento.

En cuanto al segundo criterio que configura la infracción al deber objetivo de cuidado, esto es, la falta de adecuación social de la conducta, es posible emitir la siguiente reflexión: solamente las conductas que superan el riesgo socialmente aprobado, permiten reprochar penalmente la lesión a un bien jurídico, pues, determinadas conductas, a pesar de ser riesgosas y lesivas, han sido aceptadas por la sociedad, por considerar que estas conductas

[29] Muñoz Conde, F. *op. cit.* p. 69.

contribuyen al desarrollo del conglomerado, son conductas socialmente adecuadas, aquellas que se verifican por ejemplo en el ámbito deportivo o artístico, por tal razón, no puede considerarse violación al deber objetivo de cuidado la lesión que sufre un deportista, en el desarrollo de un cotejo futbolístico.

No obstante, la conducta reprochada a la procesada no es adecuada socialmente, todo lo contrario, es desaprobada, pues, representa el incremento de un riesgo en una actividad que, *per se,* lleva implícito el peligro para los bienes jurídicamente protegidos por el Estado.

Finalmente, cabe mencionar que los delitos culposos suponen un problema de imputación del resultado, es decir, de determinación del vínculo de pertenencia entre el resultado y la conducta, pues, no existe reproche penal, si la conducta culposa no desencadena la materialización de una modificación en el mundo empírico, que represente la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; en otras palabras, sin la verificación de un resultado lesivo, la conducta imprudente es impune. Adicionalmente, vale mencionar que, las conductas culposas son relevantes, solamente cuando han sido tipificadas en una norma jurídica. En el caso *sub judice* existe un resultado lesivo, ocasionado por una conducta imprudente tipificada en una norma jurídica concreta.

En virtud de lo expuesto, se colige que el resultado de daños materiales es imputable a la comportamiento imprudente de la encausada, dado que, al ejecutar su conducta, confluyeron los criterios de previsibilidad, inobservancia de reglas de cuidado y falta de adecuación social, además, se verifico un resultado imputable a la conducta de la encausada, conducta que se adecúa a los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal descrito en el artículo 380 del Código Orgánico Integral Penal.

Sin embargo, violentando la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, la señora Caroline Fallet pretendió introducir un nuevo elemento fáctico en la fundamentación de su recurso, elemento que no ha sido fijado en la sentencia recurrida, y que se refiere a la supuesta existencia de tráfico el día del incidente, provocado por un semáforo que se encontraría en la intersección de la avenida Amazonas y Naciones Unidas. En virtud de este elemento fáctico, la casacionista pretendió que se aplique el artículo 280 del Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que dispone lo siguiente:

> **Art. 280.-** Cuando el semáforo permita el desplazamiento de vehículos en una vía, pero en ese momento no haya espacio libre en la cuadra siguiente para que los vehículos avancen, queda prohibido continuar la marcha cuando al hacerlo obstruya la circulación vehicular en la intersección. Esta regla se aplicará también cuando la vía carezca de semáforos.

En relación a esta planteamiento, vale mencionar que, si la casacionista pretendía que se aplique esta norma reglamentaria, indefectiblemente, debía demostrar que en la sentencia impugnada se estableció como hecho cierto que, como consecuencia de un semáforo, el tráfico colapsó el día del accidente, solo así, resultaría pertinente el empleo de este precepto. Sin embargo, esta obligación fue omitida por la recurrente, por tanto, el presente Tribunal no advierte la necesidad de aplicar el precepto individualizado.

Vale mencionar que la señora Caroline Fallet, por intermedio de su defensa técnica, buscó modificar el relato de los hechos fijados en la sentencia de segundo nivel; designio que se encuentra expresamente prohibido a la casacionista, en virtud de la proscripción contenida en el artículo 656, inciso segundo, del Código Orgánico Integral Penal, por tal razón, este cargo casacional debe ser declarado improcedente, por mandato legal.

Por consiguiente, dando contestación al problema jurídico planteado en líneas precedentes, se determina que la conducta de la procesada se adecuó a los presupuestos normativos que determinan la existencia de culpa, por representar una infracción al deber objetivo de cuidado; por tal motivo, se considera que el cargo casacional de indebida aplicación del artículo 380 del Código Orgánico Integral Penal deviene en improcedente, y por consiguiente, la aplicación de los artículos 201, 271 y 281 Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial resulta pertinente.

6.5 SOBRE LA ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 27 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. El análisis de este yerro de derecho nos plantea una necesidad de carácter inaugural, esto es, la determinación del alcance de la causal de casación invocada por la recurrente, por consiguiente, se advierte que,

existe errónea interpretación de la ley cuando los juzgadores, luego de justipreciar los elementos probatorios aportados por las partes procesales, fijan como cierto un determinado curso causal, subsumiéndolo al supuesto de hecho descrito en la norma jurídica pertinente, es decir, en el precepto que resulta adecuado para la resolución de la causa, sin embargo, a pesar de ser la norma jurídica correcta, los juzgadores deforman su alcance al otorgarle un sentido distinto al que realmente le corresponde.

Este yerro recae sobre la comprensión que los Jueces tienen respecto a una determinada norma jurídica, por tal razón, la casacionista debía justificar, tanto el errado alcance que los Jueces consignaron al precepto, como aquella interpretación que considera es la correcta.

El proceso de materialización de un yerro por errónea interpretación en la sentencia impugnada, supone la incursión sucesiva de los Juzgadores de instancia, en las siguientes facultades jurisdiccionales privativas e inherentes a su investidura:

- Valoración de los elementos probatorios.
- Determinación de los hechos.
- Correcta adecuación de los hechos a la norma jurídica.
- Aplicación de la norma jurídica en la sentencia.
- **Inadecuada comprensión de la norma jurídica empleada.**

6.5.1 ¿Cómo debe fundamentarse en sede de casación un cargo de errónea interpretación?

Antes de establecer el escenario argumentativo al que debía adecuar su exposición la recurrente, se considera pertinente reiterar que, la errónea interpretación de la ley supone la correcta aplicación de la norma jurídica en la sentencia, pero, paralelamente a ese adecuado ejercicio de subsunción, los Juzgadores deforman el sentido de dicho precepto, por haber maximizado, restringido o deformado uno de los elementos descritos en la norma jurídica.

Por ende, la argumentación que dote de sustento a un cargo de errónea interpretación, debe partir de una premisa básica: la norma jurídica que se plantea como soslayada, se entiende correctamente aplicada por los Jueces de segunda instancia. Por consiguiente, es posible advertir que, esta causal no implica un error de aplicación o subsunción, el yerro en esta causal es de carácter conceptual.

Entonces, un adecuado ejercicio de argumentación en el caso *in examine,* implicaba, en primer término, construir una exposición sobre la base de la premisa expuesta *ut supra,* es decir*:* la correcta aplicación del artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal.

Una vez efectuado este ejercicio argumentativo, la casacionista debía sustentar su reproche, elaborando una argumentación razonada, que dé cuenta de dos aspectos puntuales:

- El alcance equivocado que los Juzgadores otorgaron al artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal.
- El verdadero alcance del artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal.

Solo el cumplimiento de los estándares argumentativos descritos en las líneas que preceden, permitía a la casacionista justificar la incursión del Tribunal de apelación en la errónea interpretación del artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal, norma jurídica que establece lo siguiente:

> "Art. 27.- Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código".

6.5.2 Del problema jurídico

El cargo casacional previamente singularizado, plantea al infrascrito Tribunal la necesidad de resolver el siguiente problema: **¿Incurrió en un error conceptual el Tribunal de apelación, al momento de establecer el alcance de la culpa?**

Con la finalidad de solventar este cuestionamiento, se debe efectuar los siguientes razonamientos:

En primer lugar, vale mencionar que el recurrente, al momento de fundamentar este cargo casacional, elaboró una alegación contradictoria, pues, conforme enfatizamos en las líneas precedentes, la causal de errónea interpretación de la ley parte de una premisa fundamental, esto es, la correcta aplicación del precepto que se plantea como erróneamente interpretado. Este cargo casacional no reprocha la aplicación del precepto normativo, ni la subsunción de los hechos a la norma, insistimos, el yerro planteado supone un error de entendimiento.

Por consiguiente, la errónea interpretación plantea la necesidad de evidenciar el equívoco entendimiento de la culpa, por parte de los jueces que integraron el Tribunal de apelación, y conmina a la interpelante a desarrollar el verdadero concepto de este elemento de la tipicidad subjetiva.

Ahora bien, durante la intervención del defensor técnico de la recurrente, en ningún momento se puso en evidencia el error conceptual, ni se propuso

el concepto correcto de la culpa, más bien, se manifestó de manera insistente que la conducta de la impugnante no violó el deber objetivo de cuidado, dado que, al momento del accidente existía tráfico sobre la avenida Naciones Unidas, y quien habría violado el deber objetivo de cuidado habría sido la víctima.

Al manifestar que no existió culpa en su comportamiento, la recurrente se distanció del alcance de la causal invocada, que insistimos, presupone que la norma jurídica presuntamente mal interpretada, ha sido adecuadamente aplicada.

Este cargo casacional contradice la tesis propuesta en el primer cargo casacional, que pretendía justificar la indebida aplicación de un tipo penal culposo, precisamente por la falta de culpa, sin embargo, mediante este cargo se estaría aceptando que existe culpa en el comportamiento de la procesada, solamente que existe un error en el entendimiento de la culpa, lo cual, resulta evidentemente contradictorio con el cargo casacional propuesto en inicialmente.

Adicionalmente, es preciso señalar que la objetante, al sustentar este cargo de casación, en ningún momento identificó el errado alcance que los juzgadores habrían otorgado a la culpa, ni mucho menos, propuso el verdadero alcance de este elemento de la tipicidad subjetiva. Más bien, se considera que la culpa o imprudencia fue correctamente concebida en la causa, pues, se vinculó la infracción del deber objetivo de cuidado, con la inobservancia de las reglamentaciones sobre el tráfico viario, lo cual desencadenó un resultado imputable a la imprudencia de la recurrente, circunstancia probadas e inalterables en esta sede.

En conclusión, se considera improcedente este cargo casacional por contradictorio, por no contar con una fundamentación adecuada, y por estimarse que en la sentencia de apelación no existe un error conceptual sobre el alcance de la culpa.

6.6 SOBRE LA CONTRAVENCIÓN EXPRESA AL TEXTO DEL ARTÍCULO 5.18 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 76.7.L) DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, QUE TIENE RELACIÓN DIRECTA CON LA MOTIVACIÓN.

Con la finalidad de brindar sustento a este cargo, la recurrente alegó que la sentencia impugnada adolece de falta de motivación, por existir incongruencia frente a las pretensiones de las partes; por tal razón, se debe estudiar la procedencia de esta tesis de impugnación, y para tal efecto, los integrantes del infrascrito Tribunal de casación consideramos preciso desarrollar un análisis, que parta de la transcripción de las normas jurídicas supuestamente soslayadas:

> *CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: (...)18. Motivación: la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.*
>
> *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 consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*

Ahora bien, ¿Qué implica la causal de contravención expresa al texto de la ley? pues bien, la modalidad de violación a la ley invocada constituye un error de omisión, que implica la falta de aplicación de las normas jurídicas aludidas en la resolución de la causa, cuando existía la obligación de emplearlas. Respecto a esta causal, el doctor Luis Cueva Carrión, en su obra La Casación en Materia Penal, ha señalado lo siguiente:

> *"...Hay falta de aplicación de la ley cuando el juez omite la norma y, como consecuencia, la sentencia carece de ella y se convierte en instrumento defectuoso porque el juez excluye la norma y no la aplica al caso concreto. Esto puede ocurrir por desconocimiento de la norma o por considerar que no está vigente. También existe falta de aplicación cuando el juez aplica la norma solamente en una parte y desecha lo demás.*

La falta de aplicación de la ley es un yerro en la existencia de la norma...".

Efectuada esta aclaración, corresponde remitirse nuevamente al contenido de las normas jurídicas transcritas *ut supra*, normas que, en definitiva, establecen la obligación de los juzgadores de motivar sus resoluciones. Por consiguiente, el error de derecho planteado en el libelo del presente recurso, podría ser traducido de la siguiente manera: inobservancia del deber constitucional y legal de motivación en la sentencia emitida por los juzgadores de segunda instancia, esto es, falta de motivación en el fallo. Para la recurrente no existe motivación, y sustenta este planteamiento en que el fallo recurrido no resolvió todos los puntos esgrimidos en el recurso de apelación; por tal razón, el problema jurídico que debe ocupar el estudio de los suscritos Jueces Nacionales se concreta en el siguiente cuestionamiento ¿La sentencia impugnada resolvió todos los puntos planteados en el recurso de apelación?

Bien, el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República 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". La Corte Constitucional ha declarado, que de esta disposición constitucional se desprenden los elementos argumentativos, que componen la "estructura mínima" de una argumentación jurídica. Por ese motivo, el mentado órgano de administración de justicia constitucional *"...ha reiterado que la exigencia de la mencionada estructura mínimamente completa 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..."*[30].

Complementando este criterio, la referida sentencia constitucional enseña lo siguiente:

"...La misma Corte ha señalado, "[a]mbos precedentes [los citados en los dos párrafos anteriores a este] son compatibles entre sí porque la 'enunciación de los hechos del caso' es parte de la 'explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas al caso'". Y, en esta misma línea, la Corte ha sostenido que, con arreglo al artículo 76.7.l de la Constitución, una argumentación jurídica cuenta con una estructura mínimamente completa cuando "está compuesta por suficientes fundamentos fácticos (sobre los antecedentes de hecho y su prueba) y jurídicos (enuncia normas y principios jurídicos y explica la aplicación de estos a los antecedentes de hecho).

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...".

Este fallo, que constituye un verdadero hito en el ámbito de la motivación, destaca que, *"...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.".*

En el caso *in examine, la recurrente* considera que los jueces de segundo nivel incurrieron en una apariencia de motivación, por haber cometido incongruencia. Sobre este vicio, la mentada sentencia de la Corte Constitucional, enseña lo siguiente:

(3.3) Incongruencia

85. Una argumentación jurídica puede lucir suficiente, pero alguna de sus partes podría estar viciada por ser incongruente con el debate judicial y, por tanto, la suficiencia motivacional podría ser solo aparente, pues las respuestas incongruentes a los problemas jurídicos del caso no sirven para fundamentar una decisión.

86. Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), 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 (...) (Incongruencia frente al derecho)...".

[30] Sentencia No. 1158-17-EP/21, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, el 20 de octubre de 2021, dentro del caso No. 1158-17-EP.

El tipo de incongruencia que la recurrente plantea, es aquella que se comete frente a los planteamientos de las partes (incongruencia frente a las partes), pues, en la fundamentación oral de su recurso, manifestó lo siguiente:

> "La Corte Constitucional ha determinado cuáles son los parámetros de motivación dentro de la legislación ecuatoriana en la sentencia No. 1158-17-EP/21, por lo que, al no realizarse ese ejercicio de subsunción, que explique la aplicación del artículo 380, y cuál es la incidencia que tiene con no haber aplicado el Artículo 280 del Reglamento, habiéndose pedido que se haga ese análisis al Tribunal de apelación, se incurrió en un vicio de motivación, que tiene relación con la incongruencia, por no haberse resuelto todos los elementos por parte del Tribunal y haber dejado en indefensión a su defendida".

Es decir, la misma tesis de impugnación que se ha planteado en sede de casación, se propuso en el recurso de apelación, ya que, la impugnante solicitó que se considere la aplicación del artículo 280 del Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que establece la obligación de detener la marcha de un vehículo, cuando hay tráfico ocasionado por un semáforo, para ceder el derecho de vía a quienes conducen por la intersección.

Esta alegación integra la estructura del primer cargo casacional estudiado en la presente resolución, y según expone la defensa técnica de la procesada, no ha sido atendida por los jueces de segunda instancia, por ese motivo, alega una deficiencia motivacional en el fallo, por apariencia, en virtud de una supuesta incongruencia frente a las partes. Sin embargo, esta aseveración no se corresponde con la verdad procesal, pues, revisado en su integridad el fallo impugnado, se verifica que en el considerando 5.3, los Jueces de segundo nivel estudian y resuelven el planteamiento que supuestamente no habría sido analizado, conforme se aprecia a continuación:

> "...5.3 (...) En el caso en examen, la recurrente sustenta su recurso en una insuficiente motivación fáctica y jurídica, citando el Art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, pero no determina con precisión en qué consiste el supuesto defecto en la motivación, y de manera desordenada e imprecisa hace alusión a que el Juez A quo, no tomó en cuenta en su decisión la existencia de un semáforo, citando para ello, el Art. 280 del Reglamento de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, así como la existencia al momento del accidente de tránsito de tráfico, considerando estas particularidades como hechos relevantes, que de ninguna manera inciden en la decisión tomada por el Juez A quo, toda vez que el hecho de haber irrespetado una señalética vertical de "Pare", al transitar la señora Caroline Fallet, por una vía secundaria en sentido sur-norte (calle Iñaquito), conduciendo el vehículo Ford, de placas PCO 1605, ocasionó la colisión con el vehículo tipo automóvil marca KIA, de placas PAC 2742, conducido en ese entonces por el señor JOSÉ DANIEL SALDAÑA PAREDES, ocasionado daños materiales a ambos vehículos (...).El Art. 201 del Reglamento de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, señala: "En las intersecciones donde no existan semáforos, intersecciones en "T" o en intersecciones controladas con señales de PARE O CEDA EL PASO, los conductores observarán las siguientes reglas: 1. Cuando el conductor llegare a una intersección, deberá ceder el derecho de vía al vehículo que se encuentre cruzando la intersección (…)" Así también el artículo 203 ibídem, establece: "En las intersecciones reguladas con señales de PARE o CEDA EL PASO, todo conductor que se aproxime a estas señales, debe ceder el paso a los vehículos que se encuentre cruzando o acercándose por la izquierda, derecha o sentido opuesto." Siendo obligación de los conductores "guiar sus vehículos con la mayor precaución y prudencia posible, respetando las órdenes y señales manuales del agente de tránsito y en general toda señalización colocada en la vía pública.", como lo determina el Art. 271 del mencionado Reglamento, circunstancias que no las cumplió la procesada, ahora recurrente, más aún, si consideramos que quien tenía el derecho de vía o preferencia de paso, era el vehículo tipo automóvil marca KIA de placas PAC 2742 (taxi), conducido por el señor JOSÉ DANIEL SALDAÑA PAREDES, que circulaba en sentido occidente-oriente por la Av. Naciones Unidas, que

es preferencial, por así disponerlo el Art. 281 del Reglamento, que señala: "Cuando una vía sea más amplia o tenga notoriamente mayor circulación vehicular, tendrán preferencia de paso los vehículos que transiten por la vía con estas características. Así mismo, las calles asfaltadas tendrán preferencia sobre las que no lo estén". La Av. Naciones Unidas tiene tres carriles de circulación vehicular en sentido occidente-oriente y viceversa, mientras tanto, la calle Iñaquito tiene dos carriles de circulación vehicular, por lo tanto, la vía más amplia y que tiene mayor circulación vehicular es la avenida Naciones Unidas, teniendo por tanto preferencia de paso los vehículos que circulen por esa avenida, por lo que no cabe la aseveración del abogado de la recurrente de que "el agente civil de tránsito Stalin Morales Villena en su testimonio dijo que tenían preferencia de vía eran los vehículos que transitaban por la Av. Naciones Unidas, esa valoración no le correspondía realizar al agente de tránsito." apreciación errónea, como se tiene analizado en esta sentencia, toda vez que el Art. 281 del Reglamento, determina quien tiene preferencia de paso, y simplemente el agente civil de tránsito introdujo esa información en su testimonio, por constarle los hechos al ser testigo presencial y no referencial como afirma la defensa de la recurrente. **Por todo lo expuesto, no es aplicable al presente caso, el Art. 280 del Reglamento de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, señalado por la defensa técnica de la recurrente con la finalidad de evadir su responsabilidad penal**, toda vez que las normas reglamentarias antes señaladas determinan la forma cómo debía proceder un conductor/a que circulaba por una vía secundaria y que tiene ante sí, un disco "Pare", sin que se pueda argüir, el abundante tráfico que había en el lugar y a la hora de los hechos, situación que como se tiene indicado resulta irrelevante frente a los artículos antes señalados y especialmente a las pruebas presentadas por Fiscalía..." (El énfasis nos corresponde).

Entonces, al no corresponder a la verdad procesal la alegación de la impugnante, los infrascritos Jueces de casación podemos llegar a la siguiente conclusión: el argumento, supuestamente desatendido, fue analizado y resuelto en el fallo impugnado, pues, en la sentencia impugnada la pertinencia de la aplicación del artículo 280 del Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial fue estudiada, llegándose a la conclusión de que los hechos no se ajustan a este precepto, por ende, no existe incongruencia frente a las partes en la sentencia de segunda instancia, y por consiguiente, este cargo casacional deviene en improcedente.

SÉPTIMO:
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 siguientes del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad: declara improcedente el recurso de casación interpuesto por la procesada, señora **CAROLINE FALLET. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

f) Dr. Felipe Córdova Ochoa, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Marco Rodríguez Ruíz, JUEZ NACIONAL; Dr. Adrián Rojas Calle, CONJUEZ NACIONAL.

III

Juicio Nro. *17294-2020-00417*
Resolución Nro. *520-2022*
Fecha: *6 de julio del 2022, las 16h49*

TEMA: Análisis de las categorías dogmáticas del delito de usurpación.

ASUNTO

Dentro de un procedimiento de ejercicio privado de la acción penal por un delito de usurpación, la señora C. E. C. S. B querella al señor C. R. R. C por atravesar e ingresar, sin su consentimiento, a su propiedad, que a la fecha era ocupada por sus arrendatarios. El sujeto querellado habría entrado de forma brusca y agresiva a la vivienda y, una vez ahí, el señor C.R.R.C habría insultado y amenazado de muerte a los señores arrendatarios de la querellante, obligándoles a abandonar a la fuerza la vivienda con sus hijos.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

La Unidad Judicial Penal con sede en el Distrito Metropolitano de Quito describe la prueba testimonial como el medio para conocer declaraciones de la persona procesada, la víctima y testigos presenciales. Se valoró en relación con otras pruebas y se resalta que se recibieron 18 testimonios concordantes de la parte querellante, que relatan los hechos acusados.

En este sentido, la Unidad Judicial Penal con sede en el Distrito Metropolitano de Quito resuelve declarar la responsabilidad penal del procesado, por considerarlo autor de la infracción de usurpación, tipificada en el segundo inciso del artículo 200 del Código Orgánico Integral Penal, por tal razón, por considerar acreditadas las agravantes contenidas en los numerales quinto y décimo cuarto del artículo 47 *ibídem*, se le impuso la pena de tres años de privación de la libertad.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha estima que, con la prueba documental, testimonial y pericial, se ha demostrado la existencia de hechos relacionados con violencia e intimidación, todo lo cual justifica, más allá de toda duda razonable, que quien estaba en posesión del inmueble es la querellante y que el día y hora de los hechos se produjo efectivamente un acto de usurpación, mediante despojo ilegítimo. Por las razones expuestas, el tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha considera que no hay sustento en la fundamentación que se ha hecho por parte de la defensa del querellado, por lo que desecha la apelación y confirma la sentencia subida en grado, en todas sus partes.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17294-2020-00417

Juez Ponente: Dr. Felipe Córdova Ochoa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.

Quito, miércoles 6 de julio del 2022, las 16h49,

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por el señor **CÉSAR RUBÉN RUEDA CISNEROS**, procesado, en contra de la sentencia de segunda instancia, dictada el 27 de enero del 2022, por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el infrascrito Tribunal de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento del presente medio de impugnación, y mediante providencia de 13 de junio del 2022, convocó a los sujetos procesales a audiencia oral, pública y contradictoria, para la fundamentación del mentado recurso de casación. En tal virtud, por haberse resuelto en la audiencia la improcedencia del medio impugnatorio planteado por el encausado, el infrascrito Tribunal motiva la presente resolución, conforme lo dispuesto en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, los artículos 5.18 y 621 del Código Orgánico Integral (en adelante, COIP), así como en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas procesales aplicables al caso *in examine,* 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 Constitución de la República y 264.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 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.

1.2 El 07 de abril de 2022, las 16h33, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, conformó el Tribunal para el conocimiento y resolución del presente medio extraordinario de impugnación, designando a la doctora Daniella Camacho Herold, Jueza Nacional, al doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional[1], y al doctor Felipe Córdova Ochoa, quien interviene en calidad de Juez Nacional ponente, de conformidad con los artículos 141 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

1.3 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 y revisión, conforme lo disponen los artículos 184.1[2] y 76.7.k) [3] de la Constitución de la República; artículos 184[4] y 186.1[5] del Código Orgánico de la Función

[1] Interviene en la presente causa la doctora Mercedes Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional, en virtud del encargo realizado por el doctor Iván Saquicela Rodas, en razón de que el mentado magistrado asumió la presidencia de la Corte Nacional de Justicia.

[2] **Art. 184.-** Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley (...).

[3] **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: (...) 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.

[4] **Art. 184.-** Competencia.- Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

[5] **Art. 186.-** Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá: 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera (...).

Judicial; y, artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.

1.4 Tanto los ciudadanos ecuatorianos como los extranjeros están sometidos a la jurisdicción penal de la República del Ecuador, cuando cometen delitos dentro del territorio del Estado ecuatoriano, en consecuencia, por haberse materializado la infracción en territorio ecuatoriano, **el procesado** se encuentra bajo la jurisdicción penal del Ecuador, según prescripción constante en los artículos 398 y más pertinentes del Código Orgánico Integral Penal; en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador; y, las garantías normativas antes consignadas.

Por lo expuesto, 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 encausado.**

SEGUNDO:

LEGISLACIÓN APLICABLE A LA CAUSA *IN EXAMINE Y VALIDEZ PROCESAL*.-

2.1 En razón de la vigencia del principio de legalidad[6], piedra angular del sistema penal garantista, y las reglas referentes al ámbito temporal de aplicación de la ley penal[7], se determina que, por cuanto el caso *in examine* inició con la vigencia del COIP, el presente medio de impugnación debe sustanciarse conforme las normas jurídicas contenidas en el referido cuerpo normativo, promulgado en el suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014, y vigente en su totalidad, desde el 10 de agosto de 2014.

2.2 El recurso de casación en estudio es tramitado conforme lo establecido en los artículos 656 y siguientes del COIP; y, 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.

TERCERO:

ANTECEDENTES.

3.1 Hechos que se pretenden imputar al procesado.

Conforme se desprende de la sentencia de primer nivel, la señora Cecilia Eunice del Carmen Salas Bedón, en el libelo de su querella planteó la siguiente teoría del caso:

> "... 4.4.- De esta forma, y con la abundante e irrefutable prueba documental que presentaré, queda claro y demostrado que el bien inmueble ubicado en la calle Eugenio Espejo y Pasaje "El Sol" de la parroquia Nayón del Distrito Metropolitano de Quito, individualizado con número de predio No. 376164 y clave catastral No.11212-03-001 es de mi propiedad, lo adquirí en legal y debida forma, y desde hace aproximadamente 22 años he construido viviendas, he cancelado puntualmente mis impuestos y tasas municipales, así como los pagos mensuales de agua, luz y teléfono y he formado parte activa de la comunidad donde vivo, conociendo a los habitantes y vecinos del sector. 4.5.- Como último antecedente, y ejerciendo un acto propio de señor y dueño del bien inmueble, suscribí un contrato de arrendamiento con los señores Juan Francisco Alvarado Villegas y Viviana Vela Bazurto, para que ocupen una de las dos viviendas que construí en el terreno de mi propiedad y sean además los cuidadores de mi terreno en caso de mi ausencia o la de mi esposo. Mis arrendatarios tienen 2 hijos, y esto no impidió para que el señor César Rubén Rueda Cisneros, en estado etílico, de forma alevosa, violenta y a la fuerza, les despoje también de su derecho real de uso. Dicho contrato se encuentra debidamente certificado y se presentará como prueba documental. De igual manera, la forma en la que este sujeto, sin reparo alguno, valiéndose de amenazas y a la fuerza, me despoja de mi propiedad y el derecho real de uso de

[6] (...) 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.

[7] **Código Orgánico Integral Penal: 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 (...).

mis inquilinos y sus hijos se demostrará con los testimonios de las víctimas, policías y a través de un video tomado en el lugar de los hechos. 4.6.- Una vez que ha quedado claro el historial del bien inmueble, asi como mi calidad de propietaria y quienes vivíamos en el bien inmueble de manera tranquila, pacífica, libre y voluntaria, paso a detallar los actos perpetrados por el querellado que adecúan su conducta de manera perfecta al delito de usurpación: El 21 de febrero de 2020, en la mañana, aproximadamente a las 09H30, el ciudadano César Rubén Rueda Cisneros, acompañado de algunos maleantes, no menos de diez (10), cuya identidad y nacionalidad desconozco, atravesaron sin su consentimiento la propiedad del señor Julio Ricardo Lugueña Achig y ROMPIERON el candado de la puerta principal ingresando a mi propiedad, afortunadamente yo no me encontraba en mi propiedad en ese momento; sin embargo, todos estos oscuros sujetos, encabezados por el querellado, se dirigieron a la vivienda ocupada por mis arrendatarios y, sin llamarlos, entraron de forma brusca y agresiva a su vivienda. Una vez ahí el señor César Rubén Rueda Cisneros insultó y amenazó de muerte a los señores Juan Francisco Alvarado Villegas y Viviana Vela Bazurto, obligándoles, con auxilio del resto de personas que se encontraban con él, a abandonar a la fuerza la vivienda con sus hijos..."[8].

3.2 Antecedentes Procesales.

3.2.1 La Unidad Judicial Penal con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, luego de efectuar el correspondiente ejercicio de justipreciación de los elementos probatorios aportados por las partes procesales, mediante sentencia de 29 de octubre de 2021, las 12h07, resolvió declarar la responsabilidad penal del señor CÉSAR RUBEN RUEDA CISNEROS, por considerarlo autor de la infracción tipificada en el segundo inciso del artículo 200 del COIP[9], por tal razón, y por considerar acreditadas las agravantes contenidas en los numerales quinto y décimo cuarto del artículo 47 ibídem[10], le impuso la pena de tres años de privación de la libertad, y el pago de una multa equivalente a 10 salarios básicos unificados del trabajador en general,.

3.2.2 Respecto del fallo descrito en el acápite que antecede, el señor CÉSAR RUBEN RUEDA CISNEROS, procesado, 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 Pichincha, mediante sentencia emitida el 27 de enero del 2022, las 11h19, resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por el encartado, confirmando en todas sus partes la sentencia de primer nivel.

3.2.3 En ejercicio de su derecho a la defensa, que comprende la garantía de impugnar las decisiones judiciales, el procesado interpuso recurso extraordinario de casación en contra del fallo descrito en el párrafo que antecede, por tal razón, mediante providencia de 13 de junio del 2022, las 14h30, el Tribunal de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, convocó a los sujetos procesales a audiencia para la fundamentación del recurso de casación interpuesto por el procesado, declarándose en dicha diligencia[11] la improcedencia del mentado medio extraordinario de impugnación.

CUARTO:

CONSIDERACIONES RESPECTO AL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.

---

[8] Cuaderno de la Unidad Judicial Penal con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; juicio No. 17294-2020-00417, sentencia de primer novel que obra de foja 926 a 946, vta.

[9] **Art. 200.-** Usurpación.- La persona que despoje ilegítimamente a otra de la posesión, tenencia o dominio de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.
Si el despojo ilegítimo se produce con intimidación o violencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

[10] **Art. 47.-** Circunstancias agravantes de la infracción.- Son circunstancias agravantes de la infracción penal: (...) 5. Cometer la infracción con participación de dos o más personas (...).14. Afectar a varias víctimas por causa de la infracción.
Si el despojo ilegítimo se produce con intimidación o violencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

[11] Audiencia llevada a cabo ante el infrascrito Tribunal el jueves 16 de junio de 2022.

4.1 EL DERECHO A IMPUGNAR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA. La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero, declara que el Ecuador es *"...un Estado constitucional de derechos y justicia..."*. Este reconocimiento, lejos de configurarse en un aserto de carácter meramente enunciativo, implicó la transformación en el modelo de Estado ecuatoriano, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional, en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales.

El modelo estatal vigente en la República del Ecuador se sustenta en el imperio de los derechos fundamentales, por tal razón, la Constitución de la República impone al Estado el deber de: *"...Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales..."*, del mismo modo, en su artículo 11.9 declara que *"...El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución..."*, y dispone que, la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, en materia de derechos y garantías, siempre debe realizarse de la manera que más favorezca a su efectiva vigencia[12].

El Estado Constitucional de Derechos entiende que las personas poseen cualidades innatas, que no requieren de la expedición de una ley para su efectivo ejercicio, así declara la carta magna, al establecer en su artículo 426 que *"...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos..."*. Esta norma guarda concordancia con el artículo 11.9 ibídem, que manifiesta que: *"...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades..."*. En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa que: *"...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana..."*.

Una vez resaltada la incidencia de los derechos en el modelo estatal ecuatoriano, para efectos del estudio de la impugnación realizada por la procesada**,** se considera necesario referirnos a uno de los derechos que cobra especial importancia en el conocimiento y juzgamiento de las conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, esto es, el derecho al debido proceso, que 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 artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador; este derecho incluye, entre otras, las siguientes garantías:

> "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
> 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 el juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (...).
> 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

[12] **Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
(...) 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

para el efecto (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. **m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos"**. (Las negrillas no pertenecen al texto).

De conformidad con el contenido del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, se desprende que la defensa constituye un derecho transversal al debido proceso; el derecho a la defensa, a su vez, se encuentra comprendido por varias garantías, entre ellas, la facultad de impugnar las resoluciones judiciales.

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 8.2.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..."*.

En ese contexto, se determina la naturaleza del derecho impugnar las decisiones judiciales, en torno al Estado constitucional de derechos.

4.2 EL RECURSO DE CASACIÓN COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO A RECURRIR DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La facultad de impugnar las decisiones judiciales se encuentra consagrada en la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7.m):

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (...).

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..."*[13]. 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..."*[14]. En el ámbito penal, el artículo 652.1 del Código Orgánico Integral Penal, 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*".

En materia impugnatoria, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha impuesto a los Estados signatarios del Pacto de San José, la obligación de garantizar el acceso a un: *"...**recurso ordinario accesible y eficaz**..."*[15]. (Énfasis añadido).

Sobre la base del contenido de los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo referente al derecho a recurrir, la

[13] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[14] *Ibídem.*
[15] Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Mohamed VS Argentina, el 23 de noviembre de 2012.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sentado los siguientes estándares:

> "...43. En ese sentido, para el derecho internacional de los derechos humanos es irrelevante la denominación o el nombre con el que se designe a este recurso, lo importante es que cumpla con determinados estándares. En primer lugar, debe proceder antes que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada y debe ser resuelto en un plazo razonable, es decir, debe ser oportuno. Asimismo, debe ser un recurso eficaz, es decir, debe dar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido, esto es, evitar la consolidación de una situación de injusticia. Además, debe ser accesible, sin requerir mayores formalidades que tornen ilusorio el derecho..."[16].

La interposición de un recurso ordinario, accesible y eficaz, que suponga un amplio ejercicio de revisión fáctica y valoración probatoria, en nuestro sistema jurídico, se verifica con la interposición del recurso ordinario de apelación.

Sin embargo, además de este medio impugnatorio, nuestra legislación concede a los justiciables la posibilidad de interponer recursos de índole extraordinaria, como el recurso de casación, que tiene por finalidad garantizar a las partes la correcta aplicación del derecho en el fallo:

> "Art.- 656.- 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"**.

En concordancia con la norma jurídica citada, el artículo 652.1 del Código Orgánico Integral Penal establece la siguiente regla: *"...1. Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código..."*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *"... La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas..."*[17].

El principio de taxatividad 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 Código Orgánico Integral Penal, esto es, contravención expresa al texto de la ley, indebida aplicación o errónea interpretación de la ley, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non,* para determinar la violación a la ley en la sentencia impugnada.

Existe contravención expresa al texto de la ley cuando el juzgador, al momento de construir su decisión, por omisión, deja de utilizar determinada norma jurídica, siendo ésta necesaria para la resolución del caso en concreto; por su parte, existe indebida aplicación de la ley cuando el juzgador, al momento de resolver la causa, yerra en el ejercicio típico de adecuación de los hechos, a la norma jurídica, aplicando un precepto impertinente; finalmente, se verifica la errónea interpretación de la ley cuando el juzgador, al resolver el caso sometido a su conocimiento, aplica la disposición jurídica pertinente, no obstante, para la resolución de la causa, le da un sentido diferente al expresado por su tenor literal.

La Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha establecido que:

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

[16] Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Mohamed VS Argentina, el 23 de noviembre de 2012.

[17] Rodriguez Ch., Orlando; Casacion y Revision Penal, Temis, Bogota, 2008, p. 67

que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada..."[18].

Del mismo contexto literal del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, se extrae la prohibición de solicitar la valoración de la prueba en el recurso de casación, sobre este punto de derecho, la Corte Constitucional del Ecuador ha desarrollado el siguiente argumento:

"...al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1..."[19].

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, en relación a su naturaleza jurídica y ámbito conceptual, el profesor Claus Roxin señala que: *"...La 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..."*[20]. Por su parte, 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..."*.[21]

En razón de lo anotado, se advierte que el recurso de casación tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la sentencia de segunda instancia, pero, cuando específicamente se haya violentado la ley por alguna de las causales establecidas en el régimen procesal penal -contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-, su naturaleza le conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en la sentencia del Tribunal *ad quem*.

Como corolario, cabe hacer énfasis en lo siguiente: las reglas procesales prohíben en sede de casación volver a valorar prueba o revisar los hechos; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

QUINTO:

ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL SEÑOR CÉSAR RUBEN RUEDA CISNEROS, PROCESADO.

5.1.- Fundamentación del recurso de casación.

El abogado Miguel Angel Angulo Gaona, defensor técnico del impugnante, con la finalidad de sustentar el recurso de casación interpuesto por su patrocinado, manifestó en lo principal lo siguiente:

- Impugna la resolución emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 27 de enero de 2022, que se resolvió negar el recurso de apelación planteado por el recurrente, y confirmar la sentencia subida en grado, esto es, aquella que declaró su culpabilidad, respecto del segundo inciso del artículo 200 del COIP, en calidad de autor.
- Los hechos probados en la resolución son cuatro.
- El primer hecho determina que la querellante adquirió un bien inmueble ubicado en la calle Eugenio Espejo y Pasaje Sol, en la parroquia Nayón, Distrito Metropolitano de Quito, No. 376164; y que la querellante responde a los nombres de Cecilia Eunice Salas Bedón.
- El segundo hecho establece que el 21 de febrero de 2020, el señor César Rubén Rueda Cisneros,

[18] Ecuador, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014.
[19] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 001-13-SEP-CC, de 6 de febrero de 2013, caso 1647-11-EP.
[20] Roxin, Claus; Derecho Procesal Penal, Editores El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 466.
[21] Calamandrei, Piero; La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

a las 09h30, habría irrumpido en ese bien inmueble, pero ese bien inmueble estaba habitado específicamente por el señor Juan Francisco Alvarado Villegas y su familia.

- Como tercer hecho, se manifiesta que el señor Juan Francisco Alvarado Villegas era quien ocupaba ese bien inmueble.
- Como cuarto hecho, se establece que el señor Rueda, supuestamente, habría roto un candado para entrar a este bien.
- Se interponen dos cargos casacionales, el primero es la indebida aplicación del artículo 200, inciso segundo, del COIP, siendo aplicable el artículo 5.3 del COIP, esto es, la duda a favor de la persona procesada, con un convencimiento de culpabilidad más allá de toda duda razonable.
- El yerro jurídico se encuentra en el numeral 6.3.1 de la resolución.
- El tipo penal está compuesto por una parte objetiva y por una parte subjetiva y, dentro de la tipicidad objetiva están varios elementos, tanto de carácter descriptivo como normativo.
- En el tipo objetivo hay un verbo rector; en el caso de la usurpación, el verbo rectores el despojar ilegítimamente de un bien inmueble a otra persona.
- En lo referente a los elementos normativos que componen el tipo penal de usurpación, vale decir que ese bien inmueble debe hallarse en una esfera jurídica respecto del sujeto pasivo, y esa esfera la marcan precisamente los elementos normativos que componen el tipo penal, que son: la posesión, la tenencia, el dominio de un bien inmueble, o ejercer un derecho real.
- Cuando sucedieron los hechos, la persona que ocupaba el inmueble era el señor Alvarado Villegas, y el vínculo no era de posesión, sino de tenencia.
- Si hay una persona que ocupa el bien inmueble en su calidad de tenedor, se saca de la esfera de valoración el ámbito de la posesión.
- ¿Quién era el tenedor en el momento en que sucedieron los hechos, no antes ni después? Específicamente, el señor Alvarado Villegas, por lo tanto, al sacar de la esfera de valoración el tema de la posesión, entra a analizar precisamente el aspecto jurídico, elemento normativo de tenencia, dominio o uso real.
- No se puede despojar en forma ilegítima de un bien inmueble a una persona que no cumple con las características normativas del tipo penal, en el presente caso, la querellante es la señora Salas Bedón, no el señor Alvarado Villegas, por lo tanto, no se cumple el verbo rector de despojar ilegítimamente a una persona, porque Alvarado Villegas es el que cumplía con el elemento normativo del tipo, en el cual se vincula el bien inmueble con la tenencia de este ciudadano.
- Respecto del segundo inciso: violencia o intimidación, el COIP y el diccionario de la Real Academia de la Lengua determina que la violencia es el uso intencional de la fuerza física, o el poder real de amenaza contra una misma persona, o contra un tercero.
- De los hechos probados se desprende que el señor Rueda ingresó vulnerando un candado, pero esto no puede determinarse como violencia, porque la violencia es ejercida a una persona. Lo que marca el COIP de forma directa y clara es la diferencia entre fuerza en las cosas y violencia en las personas.
- La fuerza fue aplicada al candado, pero la fuerza en las cosas no es un elemento constitutivo del tipo penal en el delito de usurpación.
- Respecto a la intimidación, que está conceptualizada a través de un tipo penal por el COIP, y determina que la intimidación es amenazar a otra con causarle un daño que constituya delito, vale decir que, de los hechos probados, se desprende que el señor Rueda ingresó a este bien inmueble y le dijo al señor Alvarado Villegas que salga del bien inmueble, porque estaba ocupando un bien gratis, y que si no lo hacía, la fuerza pública concurriría y lo llevaría detenido.
- En este caso, no se puede determinar y configurar este elemento normativo del tipo penal de intimidación, porque la intimidación consiste precisamente en amenazar a alguien con causarle daño y que este daño se constituya como delito, lo que hizo el señor Rueda es advertir respecto de la comparecencia de la fuerza pública y que aquella opere y ejerza sus actividades dentro de sus facultades, lo cual no es un delito.
- No se puede configurar el tipo objetivo respecto del despojo ilegítimo de un bien inmueble, en torno al aspecto normativo que emana la usurpación como tenedor, porque la persona que estaba en ese bien inmueble no era la señora Carmen Salas, por lo tanto, la trascendencia de este cargo casacional ese manifiesta por haber aplicado un tipo penal, cuya parte objetiva no se configura.

- ¿Por qué era correcta la aplicación del artículo 5.3 del COIP? porque este determina que un juez debe establecer un criterio de culpabilidad, más allá de toda duda razonable, sin embargo, para llegar a la categoría dogmática de culpabilidad, se debe dejar sentada la categoría de tipicidad y antijuridicidad.
- Por lo expuesto, solicita que se case la sentencia en relación a este primer cargo casacional.
- El segundo cargo casacional se refiere a la contravención expresa del artículo 76.7.l) de la Constitución, referente a la garantía de motivación. El yerro jurídico está en el acápite 6.3.1. Esta sentencia tiene apenas tres hojas, y como antecedente, y la parte motivacional está a partir del citado numeral, es decir, la parte motivacional de la sentencia tiene una carilla y media.
- La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial en cuanto a la motivación, de hecho, los miembros del Tribunal que ocupan esta Sala se han apegado a este criterio, en cuanto a las sentencias que están correctamente motivadas o cuando carecen de motivación, es así, que una sentencia está correctamente motivada cuando se tiene una premisa fáctica respecto de la valoración y acervo probatorio y, le aplico a esa premisa fáctica una premisa jurídica.
- La Corte Constitucional y los propios jueces de la Corte Nacional han determinado que las resoluciones pueden tener deficiencias en su ámbito motivacional, así: deficiencias aparentes, insuficientes o inexistentes. La deficiencia que se quiere alegar dentro de esta resolución es por inexistencia de motivación.
- El doctor Alí Lozada Prado en la sentencia 1158-17-F, en el párrafo 67, determina lo siguiente: *"(...) una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva resolución carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica. No basta específicamente con transcribir el contenido de una resolución para que ésta esté correctamente motivada (...)"*. Viendo la sentencia impugnada, ni siquiera transcriben lo que dicen cada uno de los testigos, lo que se limita a hacer es enumerar cada uno de los nombres de los testigos y peritos, no desarrolla en ninguna parte de la sentencia cuál es la información que introdujo o valoró en su momento para determinar un presupuesto fáctico.
- Para llegar a una conclusión, el Juez debe partir de un presupuesto fáctico, que se configura a través de un hecho probado, y para llegar a un hecho probado se debió realizar una valoración de la prueba.
- No se pide que se revalorice prueba, lo que se pide es que se analice la resolución; no se puede llegar a la consideración de un hecho que no se haya analizado ni conste dentro de la sentencia.
- ¿En qué parte de la resolución está la información vertida por cada uno de los testigos, en el cual se determine como hecho probado, por ejemplo, el acto posesorio que realizó la querellada?, no existe.
- ¿En dónde está la información de cada uno de los testigos que determine cuáles fueron los actos específicos derivados del dominio que haya realizado la querellada?, tampoco existe.
- ¿En dónde está cuáles fueron los hechos derivados de violencia o intimidación?, tampoco existen.
- Lo único que hace la resolución es transcribir el nombre de cada uno de los peritos, pero no se determina un hecho o presupuesto fáctico que haya sido valorado o que haya sido establecido o configurado a través de un análisis por parte de la Corte Provincial.
- Se mezcló los supuestos actos de violencia o intimidación ejercidos al señor Alvarado el día de los hechos, y se tomó en consideración como sujeto pasivo del delito a la señora Salas Bedón, sin embargo, no hay explicación fáctica ni normativa en la que la Corte Provincial explique cuál es el presupuesto fáctico en relación a ejercer actos de violencia o intimidación respecto a la querellante.
- Tampoco existe una explicación fáctica y jurídica de los actos de posesión que haya realizado el señor César Rueda, es decir, ocupar y quedarse en el sitio, actos de posesión como cambiar la cerradura o candados del bien inmueble, eso debía motivar y explicar la resolución de la Corte Provincial.
- Solicita que se case la sentencia en cuanto al primer cargo casacional por indebida aplicación con la correcta aplicación del artículo 5.3; y caso contrario se declare una nulidad constitucional, por motivación inexistente, o si se identifican errores en la sentencia que deban corregirse, solicita que se aplique la casación de oficio.

5.2 Contradicción efectuada por la querellante. El abogado Felipe Rodríguez Moreno, abogado patrocinador de la querellante, señora Cecilia Eunice del Carmen Salas Bedón, contradijo los argumentos esgrimidos por el impugnante, manifestando en lo principal lo siguiente:

- Este es el caso de usurpación de manual, es decir, cuando se estudia un manual de delitos en particular, este es el caso perfecto, por ello, se demostrará que los fundamentos del recurso de casación son argumentos rebuscados, que además no cumplen con los requisitos para interponer un recurso.
- En primer lugar, no se identificó correctamente la sentencia de segunda instancia, indicando una fecha incorrecta.
- La sentencia de segunda instancia debe ser analizada desde su razón de ser, para ello, es importante revisar el punto 6.3 en el que la Corte de Apelación explica cuáles son los puntos por los cuales recurrió en apelación el condenado por usurpación.
- En la sentencia impugnada consta lo siguiente: *"(...) en el caso que nos ocupa el recurrente cuestiona la sentencia por considerar que no se ha valorado correctamente la prueba, para acto seguido, decir que la prueba actuada no demuestra la existencia de la infracción, ni la responsabilidad del detenido, sin realizar precisión alguna de los elementos probatorios que dice cuestionar...".* Es decir, en esta apelación nunca se atacó un elemento probatorio, que obligue a la Sala de apelación a analizar uno en específico, lo que obligó al tribunal de apelación, en el punto 6.3.1, a hacer suya la resolución de primera instancia, en virtud del principio de inescindibilidad.
- Es absurdo seguir pretendiendo que las sentencias de segunda instancia tengan que ser copia y pega de todo el fallo de primer nivel; por tal razón, se citó cuáles fueron los testimonios que analizaron como Sala de apelación, y qué información extrajeron de ahí.
- La sentencia impugnada dice lo siguiente: usted recurrente dice que no es suficiente la prueba, por lo que, analizando todos los testimonios se concluyó está probada la propiedad de Eunice Salas, que había dos casas en esa propiedad, en la una vivía el cuidador, y en la otra ella, quedó probado el despojo, quedó probada la identidad del usurpador, se hicieron peritajes de los videos en los cuales se encontraba en estado etílico el usurpador, quedó probado que la policía llegó hablando en tono déspota y en estado etílico; quedó probada la violencia; quedó probada la ilegitimidad, por haber escalamiento de muros y rotura de candados, y que la propietaria del bien inmueble es repelida cuando trata de entrar a su casa, lastimándole el pie. Hay varias acciones.
- Dice la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que con catorce testimonios y tres peritajes, se probaría que se despojó ilegítimamente a otra persona del dominio de un bien inmueble, porque además estaba probado que tenía el dominio y no solo la posesión.
- ¿Se necesita que la sentencia de apelación copie el texto, o se necesita que analice si la valoración probatoria que hace la sentencia de primera instancia contiene toda esa motivación? La Sala de apelación dice que después de leer todos estos testimonios llega a la conclusión de que se ha motivado de manera aceptable, conforme la estructura mínima de argumentación, que señala la Corte Constitucional.
- ¿Qué hizo la sentencia de apelación?, encontrar que se demostró el cometimiento de usurpación, conforme al artículo 200, inciso segundo, es decir, sí se citaron las normas; además, se explicó la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho, es decir, la Corte de apelación verificó que después de todos los antecedentes de hecho, y de los hechos y conductas probadas, esto se subsume en el delito de usurpación.
- El criterio rector para examinar un cargo de vulneración a la garantía de motivación, establece que una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por dos elementos: una fundamentación normativa, la cual la tiene, y una motivación fáctica suficiente.
- La contraparte pide una nulidad porque conocen que el 13 de agosto prescribe la acción, por lo tanto, solicita que este primer cargo sea rechazado, la forma de hacerlo es revisar la sentencia y verificar si es que los jueces han analizado la sentencia de primer nivel y han llegado a una conclusión fáctica y jurídica.
- En cuanto a la indebida aplicación del artículo 200 del COIP, se indica que la norma aplicable habría sido la duda a favor del procesado, con lo que se estaría llevando al tribunal a valorar prueba.

- El artículo 200 está correctamente aplicado, pues, el despojo está probado en razón de que el día 27 de febrero del 2021, el señor Rubén Rueda Cisneros, rompiendo candados con un grupo de malhechores, entró en estado etílico a una propiedad que no le pertenece.
- Es importante mencionar incluso que el señor Rubén Rueda ya inició varias acciones, posesorias, persiguió la nulidad de la escritura de compra-venta de mi defendida, y perdió todas; cuando perdió, decidió que la forma correcta era escalar y entrar.
- Sobre el señor Alejandro Villegas, porque se entendió por parte de la defensa del querellado que existiría una ilegitimidad de personaría activa y que aquel debería ser sujeto activo, debe explicarse que la propietaria del bien es Eunice Salas, es por eso que no hay que referirse de quien despoja ilegítimamente a otra de la tenencia, sino del que despoja a otra del dominio de un bien inmueble, porque está demostrado que ella vivía en la otra casa.
- Consta que el cuidador Alejandro Villegas, además, tenía un contrato de arrendamiento, porque él vivía en una de las casas; consta que se hizo una inspección judicial donde la Juez Ana Lucía Cevallos estuvo presente y verificó lo que había sucedido, y un cotejamiento de rasgos fisionómicos del video en el cual está borracho el señor César Rueda.
- Pide se rechace también el segundo cargo casacional y que se confirme la sentencia impugnada por intentar que se valore la prueba.

5.3 Réplica del casacionista.

Con la finalidad de ejercer su derecho a la réplica, el señor César Rubén Rueda Cisneros, procesado, representado por el abogado Miguel Ángel Angulo Gaona, manifestó en lo principal lo siguiente:

- Las alegaciones de la parte querellante hablan de despojar a una persona, en un ámbito ilegítimo, y se centran en el elemento normativo de dominio.
- El artículo 549 del Código Civil conceptualiza el dominio como el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella y respetando el derecho ajeno.
- El artículo 747 del Código Civil dice que el dominio puede ser limitado, es decir, el dominio que tiene una persona respecto de un bien inmueble puede estar limitado por el ejercicio de un derecho, esto es, el uso, usufructo o habitación.
- El artículo 747.2 dice que el derecho de dominio es limitado por el ejercicio de este derecho
- ¿Quién ejercía el derecho de uso y habitación el día en que sucedieron los hechos? El señor Francisco Alvarado, eso es claro y consta dentro de la sentencia, por eso, no se puede despojar en forma ilegítima a alguien de algo que no tiene, porque estamos centrándonos en el dominio.
- Es por ello que se alegó la indebida aplicación del tipo penal, respecto de la usurpación.
- Obviamente se está alegando y desvirtuando el tema de la violencia y de la intimidación porque ese es el segundo inciso, pero este segundo inciso tiene como base haber realizado el verbo rector de posesión y despojo ilegítimo que consta en el primer inciso.
- Este argumento es bastante claro respecto a la indebida aplicación.
- En cuanto a la motivación, no se puede decir en una resolución, si se enuncian los nombres de testigos, que esté correctamente motivada, porque dentro de dicha resolución el juez debe explicar por qué considera que lo dicho por una persona llega a ser un hecho probado y lo toma como presupuesto fáctico para después aplicar una normativa.
- En esta sentencia, lo que se está haciendo es nombrar al testigo sin explicar su valor probatorio, o cómo se llega a la consideración de la existencia de un presupuesto fáctico de algo que ni siquiera consta en dicha resolución; no se está diciendo que la resolución debe ser un copia y pega de la audiencia de juzgamiento, sino que dentro de la resolución de la Corte Provincial debe explicarse por qué se llega a la consideración de un hecho probado, respecto de la prueba que se toma como valorada.
- Es clara la falta de motivación en la sentencia. Reitero sus pedidos iniciales.

5.4 Réplica de la querellante.

El abogado Felipe Rodríguez Moreno, abogado patrocinador de la querellante, señora Cecilia Eunice del Carmen Salas Bedón, contradijo los argumentos esgrimidos por el impugnante, manifestando en lo principal lo siguiente:

- Quien ejercía el uso del bien inmueble, conforme consta en la sentencia, era Eunice Salas, quien habitaba una de las casas, y el señor Villegas, que era su cuidador, habitaba la otra casa, es más.

- Conforme consta en la sentencia, Eunice Salas salió de su casa a un seminario, luego le llamó su trabajador a decir que metieron personas a la propiedad, por lo que, tuvo que regresar a su casa; eso es despojar.
- No es lo mismo tener un terreno baldío, en el cual se descubre que alguien lleva viviendo ahí seis años, a estar en tu casa, salir de tu casa, y cuando regresas, encontrar a tu cuidador con su familia afuera, y no poder ingresar, eso es un despojo ilegítimo, porque no se puede ejercer un derecho conforme a la norma.
- La sentencia dice la verdad ya que todos los testigos coinciden en los mismos hechos, no hay contradicción en fechas, no hay contradicción en horas o en quien era la propietaria del bien inmueble.
- En virtud del principio de inescindibilidad, la apelación en el caso lo que hizo es analizar la sentencia del inferior, sin repetir lo mismo, valoró los argumentos de la apelación y sobre ellos se pronunció.

SEXTO:
ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA TESIS DE IMPUGNACIÓN ESGRIMIDA POR EL SEÑOR CÉSAR RUBÉN RUEDA CISNEROS, PROCESADO Y CASACIONISTA.

6.1 El principio dispositivo[22], conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, rige todas las etapas y fases del proceso, e impone a los juzgadores el deber de enmarcar sus decisiones dentro del ámbito de los planteamientos esgrimidos por las partes procesales; es por ello que, en la causa *sub judice,* la fundamentación del recurso de casación esgrimida por el procesado en la audiencia de 16 de junio de 2022, delimita el ámbito al que debe circunscribirse la presente resolución. Sin embargo, antes de realizar el análisis de los argumentos presentados por el recurrente, consideramos pertinente sentar ciertas premisas, con la finalidad de resaltar la naturaleza del presente medio de impugnación.

6.2 Criterios que rigen la sustanciación del recurso de casación.- Previo al examen de los planteamientos esgrimidos por el casacionista, se considera necesario sentar la siguiente premisa: el recurso de casación es un medio impugnatorio de naturaleza extraordinaria, cuya finalidad se concreta en el control de legalidad de la sentencia de segunda instancia; por ende, la labor intelectiva de este Tribunal debe concretarse en la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 27 de enero de 2022, las 11h19, misma que fuera notificada a los sujetos procesales el 31 de enero de 2022.

Ahora bien, el control de legalidad efectuado en sede de casación se sustenta en la obligación jurisdiccional de garantizar a los justiciables la adecuada aplicación del derecho en la resolución del asunto litigioso, 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 revisar o modificar el acontecer fáctico fijado en el fallo recurrido, o valorar el acervo probatorio aportado por las partes procesales; esta actividad le corresponde privativamente a los Jueces de instancia, por consiguiente, la incursión en cualquiera de estas potestades, en sede casacional, supone la violación al principio de independencia judicial, consagrado en el artículo 8[23] del Código Orgánico de la Función Judicial.

En este orden de ideas, se debe destacar que no todo equívoco en la aplicación del derecho constituye materia de casación, dado que, el carácter limitado de este medio impugnatorio, también se concreta en la necesidad de que el error de derecho alegado, se derive de un vicio *in iudicando*, es decir, un equívoco cometido por el Juzgador, en el proceso intelectivo de construcción de su decisión, que se manifieste en la violación a la ley sustancial. Los

[22] **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.

[23] **Art. 8.-** Principio de independencia.- Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial.
Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.
Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.

yerros *in iudicando* deben cometerse bajo una de las tres modalidades exclusivas y excluyentes previstas en el ordenamiento jurídico[24], y deben ser trascendentes, es decir, deben tener tal incidencia, que de no haberse verificado, la resolución de la causa hubiera sido radicalmente distinta.

Adicionalmente, cabe mencionar que, si bien no constituyen materia de casación, los vicios de procedimiento o errores *in procedendo,* pueden ser analizados por este Tribunal, cuando dichos yerros deriven en la violación a la ley sustancial.

En razón de las consideraciones expuestas, es posible colegir que el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación se manifiesta en tres dimensiones:

1.- Constituyen materia de casación solo los errores de derecho.
2.- Los errores de derecho susceptibles de casación son aquellos que la doctrina los denomina *in iudicando* (excepcionalmente los vicios *in procedendo*).
3.- El yerro *in iudicando* planteado en casación se rige por los principios de taxatividad, trascendencia y no debate de instancia.

Partiendo de estos presupuestos, al infrascrito Tribunal de casación le corresponde realizar un estudio analítico, que se circunscriba en los argumentos esgrimidos por el impugnante en la audiencia de fundamentación de su recurso, con la finalidad de solventar el siguiente cuestionamiento: ¿acreditan los argumentos esgrimidos por el recurrente la incursión del Tribunal *ad-quem* en un yerro de derecho que se ajuste a las causales taxativas descritas en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal?.

Para abordar esta interrogante, este Tribunal estima necesario hacer énfasis en una de las funciones clásicas del recurso de casación, esto es, la función de unificación de la jurisprudencia. En este sentido, corresponde señalar que, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, el recurso de casación, además de desarrollar una función nomofiláctica y dikelógica, tiene por finalidad unificar la jurisprudencia. Al respecto, Victor Yaipén Zapata, destaca que *"...dentro de los contornos actuales de configuración del Estado constitucional de Derecho, autores como Taruffo, Guzmán Fluja y López Barja de Quiroga, entre otros, afirman que la finalidad esencial del recurso de casación es la uniformización de la jurisprudencia, con la finalidad de salvaguardar dos valores-principios esenciales: la igualdad jurídica y la seguridad jurídica"* [25].

En este orden de ideas, cabe mencionar que la Corte Nacional de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia indicativa, ha declarado que el recurso de casación posee una naturaleza técnica, por tal razón, la argumentación esgrimida por el recurrente en torno la procedencia de su recurso, debe ajustarse a las siguientes exigencias: especificidad, taxatividad y debida fundamentación[26].

En virtud de lo expuesto, corresponde a los suscritos jueces nacionales confrontar las exigencias singularizadas en el acápite que antecede, con los argumentos esgrimidos por el casacionista, con la finalidad de establecer si su disertación acredita la incursión del Tribunal de apelación en un vicio de derecho, que determine la corrección de la sentencia impugnada.

- <u>Exigencia de especificidad.</u>

Para dar cumplimiento a esta exigencia, el recurrente debía identificar en su exposición la norma o normas jurídicas que considera soslayadas en el fallo de segundo nivel; pues, como se manifestó en líneas previas, el recurso de casación tiene la exclusiva finalidad de efectuar el control de legalidad del mentado fallo.

En el caso *in examine,* vale mencionar que el casacionista, por intermedio de su abogado patrocinador, aseveró que la sentencia impugnada violó el artículo 200 del Código Orgánico Integral Penal, y el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República.

- <u>Exigencia de taxatividad</u>.

---

[24] **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.

[25] Yaipén Zapata, V. (2014). *Recurso de Casación Penal.* Lima, Perú: Ideas Solución Editorial. P. 231.

[26] Véase por ejemplo las sentencias emitidas por la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, dentro de los casos No. 17721-2016-0265, No 09283-2016-00214; o 17721-2016-0296.

Luego de individualizar las normas jurídicas que considera violentada, el recurrente tenía la obligación de adecuar dicha transgresión a una de las causales específicamente descritas en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, esto es, contravención expresa al texto de la ley, indebida aplicación de la ley, o errónea interpretación de la ley, pues, la naturaleza excepcional y extraordinaria del presente medio de impugnación, determina que solamente la enmienda de los errores que se hayan materializado bajo estas modalidades constituyen materia de casación.

En el recurso *in examine,* el recurrente aseveró que la sentencia impugnada violentó el artículo 200 del Código Orgánico Integral Penal, bajo la causal de indebida aplicación de la ley, y el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, bajo la modalidad de contravención expresa al texto de la ley.

El cumplimiento de los requisitos de especificidad y taxatividad, permite al recurrente proponer cargos casacionales concretos, por tal razón, dada la observancia de estos requisitos, se desprenden los siguientes cargos casacionales:

- Indebida aplicación del artículo 200 del COIP.
- Contravención expresa al texto del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República.
- <u>Exigencia de Debida Fundamentación.</u>

El carácter técnico y formal del presente medio de impugnación, coloca al recurrente en la obligación de ajustar su exposición al cumplimiento de ciertos estándares, que a la postre, le permiten acreditar la efectiva incursión del Tribunal de apelación en un yerro *in iudicando*.

En este orden de ideas, se debe precisar que, una vez identificados los cargos casacionales, el recurrente debe construir una argumentación independiente, que acredite la incursión del Tribunal Ad-quem en cada uno de los yerros de derecho propuestos. Adicionalmente, la fundamentación de los cargos de casación debe respetar el principio de exclusión de las causales, pues, éstas constituyen modalidades de violación a la ley con contenido y alcance propio, por tanto, no pueden confluir en la violación de una misma norma jurídica. Adicionalmente, al casacionista le corresponde identificar el razonamiento del Tribunal Ad-quem, y explicar cómo se adecúa este razonamiento a los presupuestos que configuran la causal de casación; esta fundamentación no debe suponer un reproche de instancia, que involucre la revisión de los hechos o la valoración del acervo probatorio. Finalmente, la fundamentación del cargo de casación debe explicar la trascendencia del yerro planteado, es decir, debe explicar la incidencia de la violación a la ley sobre la parte dispositiva de la sentencia. En conclusión, la fundamentación de un recurso de casación debe observar las siguientes exigencias:

1. Autonomía de los cargos de casación.
2. Exclusión de las causales respecto a una misma norma jurídica.
3. Elaboración de una argumentación que explique la incursión de los jueces en la causal de casación
4. No debate de instancia.
5. Transcendencia del cargo de casación.

Dicho esto, debemos manifestar que, de la disertación esgrimida por el recurrente en la audiencia de 16 de junio de 2022, se extraen dos cargos de casación, por tal razón, corresponde estudiar si estos cargos fueron ajustados al deber de debida fundamentación. Por consiguiente, a los infrascritos juzgadores del Tribunal de casación les corresponde resolver los siguientes problemas jurídicos:

- ¿La sentencia impugnada aplicó indebidamente el artículo 200 del Código Orgánico Integral Penal?
- ¿La sentencia impugnada contravino expresamente el texto del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador?

A continuación, damos solución a los problemas jurídicos que ha planteado el señor César Rubén Rueda Cisneros, en la fundamentación del recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia de segundo nivel:

6.3 Sobre la Indebida aplicación del artículo 200 del Código Orgánico Integral Penal.

El análisis de este yerro de derecho, en primer lugar, nos plantea la necesidad de establecer el alcance de la causal invocada por el recurrente, por consiguiente, se determina que existe indebida aplicación de la ley cuando los juzgadores, luego de justipreciar los elementos probatorios aportados por las partes procesales, fijan como cierto un determinado curso causal, subsumiéndolo al supuesto de hecho descrito en una norma jurídica impertinente. La impertinencia de una norma jurídica se sustenta en la falta de identidad entre los hechos del caso concreto y los elementos que configuran el supuesto fáctico consignado en el precepto jurídico. En definitiva, existe indebida aplicación de la ley, cuando los hechos fijados como ciertos en el fallo impugnado, no se adecúan de manera armónica a los elementos típicos de un delito, o a los presupuestos fácticos de una norma jurídica.

Sobre el alcance de esta causal, Rodríguez (2008) señala lo siguiente: *"...El juez, al proferir la sentencia, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto..."* [27].

De lo expuesto se colige que, el proceso de materialización de un yerro por indebida aplicación de la ley, supone la incursión sucesiva de los Juzgadores de instancia en las siguientes actividades jurisdiccionales:

- Valoración de los elementos probatorios.
- Determinación de los hechos.
- Inadecuado ejercicio de adecuación de los hechos a la norma jurídica.

Ahora bien, ¿Cómo debe fundamentarse en sede de casación un cargo de indebida aplicación?

Si la indebida aplicación de la ley supone la falta de identidad entre la configuración típica de la norma jurídica y la secuencia fáctica fijada en el fallo impugnado, la construcción de una argumentación que sustente este yerro debe efectuarse en cuatro momentos:

1.- En primer lugar, el recurrente está obligado a identificar los hechos del caso concreto, es decir, debe extraer de la sentencia la construcción empírica de los hechos que se consideraron probados por los juzgadores de instancia.
2.- En segundo lugar, el recurrente debe analizar los elementos que configuran la estructura de la norma jurídica que propone como indebidamente aplicada.
3.- Una vez descritos los hechos, y destacados los elementos del tipo penal o de la norma jurídica que se considera indebidamente aplicada, el casacionista debe identificar en qué elemento del tipo o la norma existe falta de correspondencia con los hechos fijados en la sentencia.
4.- Finalmente, el recurrente debe señalar la norma jurídica que resultaba pertinente.

Solo cuando el recurrente ha efectuado el ejercicio argumentativo descrito *supra,* habrá presentado una proposición jurídica completa, en este sentido, Rodríguez (2008) señala lo siguiente:

> "...Si se trata de una aplicación indebida, la proposición jurídica, para que sea completa y correcta, debe identificar el error, precisar cuál fue la norma del bloque de constitucionalidad, constitucional, legal o la doctrina jurisprudencial de carácter sustancial que se aplicó indebidamente, y además de su trascendencia, indicarle a la Sala de casación Penal (...) cuál norma debió aplicar el juez de instancia..."[28].

Ahora bien, con la finalidad de realizar una proposición jurídica completa, el recurrente propuso la indebida aplicación del artículo 200 del Código Orgánico Integral Penal, proponiendo como norma pertinente el artículo 5.3 del ibídem:

Norma jurídica impertinentemente aplicada según la tesis del casacionista	Norma jurídica que debía aplicarse según la tesis del casacionista:
Art. 200.- Usurpación.- La persona que despoje ilegítimamente a otra de la posesión, tenencia o dominio de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. Si el despojo ilegítimo se produce con intimidación o violencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años	**Art. 5.- Principios procesales.-** (...) 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.

[27] Rodríguez, O. (2008). *Casación y Revisión Penal Evolución y Garantismo.* Bogotá, Colombia: Temis; p.239.
Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.
[28] Ecuador, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014.

De lo expuesto, se desprende que en lo referente a la estructura formal de este cargo casacional, el recurrente ha observado los estándares que rigen la interposición de un reproche de casación, pues, ha identificado el precepto que considera impertinentemente aplicado, ha elaborado una argumentación, que a su criterio, explicaría la impertinencia de la norma, y ha propuesto la norma jurídica que estima debía aplicarse en el fallo impugnado.

No obstante, vale manifestar que, la sola interposición del cargo casacional no es suficiente para acreditar la incursión de los Juzgadores en el yerro de derecho alegado, deviene en imperioso que la argumentación esgrimida por el recurrente acredite con claridad la falta de identidad entre los hechos fijados en el fallo impugnado, y la estructura típica del artículo 200 del Código Orgánico Integral Penal, es decir, el cargo casacional debe ser sustentado a la luz del principio de debida fundamentación.

Ahora bien, previo al análisis de la fundamentación esgrimida por el procesado, en torno a este cargo casacional, resulta necesario hacer hincapié en la inmutabilidad de los hechos fijados en la sentencia de segunda instancia, por tal razón, consideramos oportuno iniciar este análisis planteando la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los hechos penalmente relevantes?

Antes de solventar este cuestionamiento, deviene en imperioso destacar la importancia de los hechos en material procesal; para tal efecto, se considera menester referir el criterio del jurista italiano Michelle Taruffo, quien enseñaba que el proceso judicial tiene por finalidad determinar la veracidad de los hechos sometidos a examen del Juzgador; para el mentado jurista, la conclusión de un proceso judicial siempre estará supeditada al establecimiento de la verdad, en cuanto al acontecimiento de los hechos motivo de la controversia. Esta reflexión se desprende del siguiente criterio: *"...la solución de la controversia sobre los hechos se alcanza cuando el Tribunal establece la verdad sobre los hechos motivo de la disputa..."*[29].

En idéntico sentido, la jurista española Laura Miraut enseña que *"...[l]a decisión jurídica es siempre una respuesta oficial a propósito de hechos. Se dirime en ella la concurrencia o la falta de concurrencia de los hechos, y en el primer caso se valora el sentido y las circunstancias en que éstos han concurrido. Pero en todo caso, es en relación con los hechos, con su existencia o inexistencia, que se produce la sentencia..."*[30].

En el ámbito penal, el Juez, que debe ser independiente e imparcial, obtiene los hechos del debate desarrollado entre las partes, dentro de un proceso regido por los principios acusatorio, contradictorio, adversarial y de igualdad de armas. Pero, en esta materia, los hechos deben adecuarse a ciertas exigencias, que tienen relación con el principio de mínima intervención penal, materialidad, lesividad y culpabilidad.

En este orden de ideas, con la finalidad de dar solución al cuestionamiento previamente formulado, hemos de manifestar que son penalmente relevantes solamente aquellas conductas humanas, que exteriorizadas en el mundo empírico, ocasionan la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido. Así lo entiende el Código Orgánico Integral Penal, que determina lo siguiente:

> Art. 22.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.
>
> No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.

Esta norma acoge expresamente el sistema del Derecho Penal del hecho, distanciándose de la tesis del derecho penal de autor, y de su contenido es posible extraer los elementos que otorgan relevancia penal a un conflicto social, esto es: acción humana, resultado que lesiona un bien jurídico, nexo de causalidad, y en delitos de resultado separado, relación de imputación. Solamente los hechos que reúnan estas características merecen el reproche punitivo del Estado. Adicionalmente, dada la vigencia del principio de legalidad, materialidad, culpabilidad, y lesividad, cabe señalar que la acción humana además debe ser típica, y el resultado debe ser antijurídico.

[29] TARUFFO, Michelle; Teoría de la Prueba; Ara Editores; Perú; 2012; p.13.
[30] MIRAUT MARTÍN, Laura. La Sentencia Judicial Entre la Recreación y la Sustitución de los Hechos. Artículo académico publicado por la Universidad de las Palmas de Gran Canaria (España).

Estos elementos configuran aquello que en doctrina se conoce como injusto penal. Este concepto está integrado por las categorías dogmáticas de la acción, la tipicidad y la antijuridicidad. El injusto penal es un juicio que el juzgador desarrolla en relación al hecho, y todas aquellas circunstancias que lo rodean; agotado este juicio, el Juez debe estudiar las circunstancias psíquicas de la persona procesada, que determinarían su responsabilidad sobre el hecho, o su falta de responsabilidad (inimputabilidad), mediante un segundo estudio denominado juicio de reproche.

En conclusión, la labor de los Jueces en un proceso penal se manifiesta en una doble dimensión:

1. Obligación de estudiar los factores exógenos y endógenos (dolo o culpa), que rodean al hecho. (Análisis del injusto penal).
2. Obligación de estudiar el ámbito psíquico del procesado, con la finalidad de establecer su responsabilidad sobre los hechos sometidos a juzgamiento. (Juicio de reproche).

Con la finalidad de explicar el alcance de estas obligaciones jurisdiccionales, el tratadista español Francisco Muñoz Conde refiere lo siguiente: *"...En estas dos grandes categorías (...), se han ido distribuyendo luego los diversos componentes o elementos del delito. En la primera se incluyen la conducta, sea por acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, sus objetos y sujetos y la relación causal y psicológica con el resultado. En la segunda se encuentran las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su acción u omisión y la exigibilidad de un comportamiento distinto..."*[31]. A continuación presentamos el siguiente cuadro, a efectos de clarificar los postulados esgrimidos en las líneas que anteceden:

OBLIGACIONES DEL JUEZ DENTRO DEL PROCESO PENAL		
Estudio del Injusto Penal	Conducta	Acción u omisión ejecutada por un individuo de la especie humana
	Típica	Acción u omisión descrita en el catálogo de delitos del Código Penal
	Antijurídica	Acción u omisión que lesione sin justa causa un bien jurídico
Juicio de Reproche	Responsabilidad (imputabilidad) del procesado	Conocimiento de la antijuridicidad de la acción u omisión

Para determinar la confluencia de estos presupuestos, o su falta de ocurrencia, el Juzgador debe justipreciar los elementos probatorios que las partes hayan aportado dentro del proceso, por ese motivo, el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 453, establece que *"La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada"*. Por ese motivo, volviendo a los postulados de Taruffo, es posible apuntar que *"...La prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos..."*[32].

De lo expuesto, se colige que la construcción de los hechos solamente puede basarse en la valoración de la prueba, de ahí que, dada la inmutabilidad de los hechos en sede de casación, los Jueces que conocen estos medios de impugnación, también están prohibidos de valorar la prueba, pues, solo si se pudiera valorar prueba en esta sede, los hechos fijados en las respectivas instancias, también podrían alterarse.

[31] MUÑOZ CONDE, Francisco; Derecho Penal Parte General; Tirant lo Blanch; España; 2004; p. 201.
[32] TARUFFO, Michelle; op. cit. p. 59.

Una vez realizada esta digresión, se puede señalar que, solo cuando los Jueces han valorado el acervo probatorio, pueden construir el relato o enunciado fáctico del caso concreto, Pero, ¿Qué debemos entender por enunciado fáctico?

El enunciado fáctico es el relato que elabora el juzgador, luego de justipreciar los elementos de prueba, calificándolos jurídicamente, es decir, adecuándolos a la estructura típica de una norma jurídica, y está constituido por los siguientes elementos:

> "a) Ante todo, puede hablarse de construcción selectiva para hacer referencia al hecho de que cualquiera que formule un enunciado fáctico debe realizar una serie de elecciones mediante las que se excluye todo lo que no interesa incluir en el enunciado (...), y expresa únicamente aquello que se considera relevante (...). En el contexto del proceso entran en juego dos criterios de relevancia que operan como estándares de elección de la descripción del hecho que se enuncia: **la relevancia jurídica** y la relevancia lógica del hecho. La relevancia jurídica deriva de la calificación del hecho según la norma que se aplique a los efectos de la decisión (...). La relevancia lógica caracteriza aquellos hechos que no son jurídicamente calificados por norma alguna, pero que, sin embargo, pueden entrar en el proceso en la medida en que a través de su conocimiento se pueden extraer conclusiones útiles para demostrar la verdad o falsedad de un hecho jurídicamente calificado (...).
>
> b) Se puede hablar, además, de construcción semántica del enunciado fáctico. Precisamente, el hecho de que sea un enunciado, es decir, una entidad lingüística dotada de un significado comprensible, implica que su formulación se realice usando correctamente un determinado lenguaje y sus reglas (gramaticales, sintácticas, lógicas (...).
>
> c) Se debe tener en consideración, además, la construcción cultural (...). La construcción específicamente cultural tiene que ver con el hecho de que los presupuestos éticos, políticos, consuetudinarios o religiosos a menudo juegan una función importantísima para determinar las modalidades con que un hecho se describe, imponiendo la selección inclusiva de los diferentes aspectos de ese hecho en función de sus significados culturales (...).
>
> d) Finalmente, es necesario tener en consideración la construcción social (...), se trata de aquellos hechos cuya existencia y determinación no está en función de una referencia empírica o material directamente perceptible, sino más bien en función de contextos sociales que "crean" y definen determinados hechos. (...)"[33]. (El énfasis nos corresponde).

De lo expuesto tenemos que, la verdad procesal, es decir, la verdad sobre los hechos que han sido puestos a conocimiento de los Juzgadores, debe realizarse mediante un enunciado fáctico; este enunciado solamente puede ser construido en razón de las pruebas que han sido aportadas por las partes procesales. En el caso *sub judice,* la valoración de los elementos probatorios llevó al Tribunal de apelación a construir el siguiente enunciado fáctico, en el considerando 6.3.1 de su fallo:

> "...De la revisión de la prueba actuada, se tiene que con la prueba documental adjunta, se ha demostrado que la querellante Cecilia Eunice del Carmen Salas Bedón adquirió dicho inmueble mediante escritura pública legalmente celebrada ante Notario Público e inscrita en el Registro de la Propiedad, inmueble respecto al cual ha ejercido actos posesorios, derivados del dominio que le asiste, como construir y mantener arrendatarios, lo cual ha sido corroborado con los testimonios rendidos por Lidia Patricia Ramirez Sold, Stocker Christoph Franzikus, Ximena Dolores Padilla Vallejo, Edison Saúl Suárez Venegas, Sbte. Johana Maricela Almeida Morales, Juan Francisco Alvarado Villegas, Fernando Liuvilar Quillupangui Collaguazo, Graciela Durán Castro, José Luis Santin Tipanluisa, Maritza Hatsue Hirose Salas, José Eduardo Tamayo, Rojas, Ligia Dolores Herreria Arizala, Mark Andrew Lechler Argudo. Además, han testificado los peritos Diego Torres Reyes,

[33] TARUFFO, Michelle; op. cit. ps. 51-59.

Roberto Moreno Dillon, Gonzalo Vicente Avilés Alvear y Nelson Ramón Ronquillo Vargas, quienes han proporcionado información suficiente respecto al inmueble y hechos relacionados con la violencia e intimidación, todo lo cual **demuestra de manera incontrovertible, más allá de toda duda razonable, que quien estaba en posesión del inmueble es la querellante, y que el día y hora de los hechos se produjo efectivamente un acto de usurpación, mediante despojo ilegítimo realizado por el señor César Rubén Rueda Cisneros, quien en efecto ejecutó actos violentos y de intimidación**, como refiere el señor Juan Francisco Alvarado Villegas, quien habita en el inmueble, señalando que había salido a su trabajo, recibe la llamada de su hijo, quien estaba solo en la casa, le dice que se ha metido gente, trasladándose inmediatamente al lugar, narrando que han ingresado por la parte de atrás, dañando el candado de la propiedad colindante, para luego escalar el muro; que cuando llegó al lugar se le acercó un señor y le preguntó quién es, agregando: "usted viviendo gratis, en este momento se me va porque ya viene la policía para que lo lleve preso", lo cual está corroborado con la pericia realizada por el señor Roberto Moreno Dillon, quien afirma que realizó la fijación y materialización secuencial de fotogramas del video signado como whatsapp video20200902, logró fijar visualmente 236 fotogramas, realizó la transcripción del video, estableciendo desde la perspectiva inteligible del audio a dos personas, la primera que se le designa persona 1, que se establece en la trascripción que señala que la policía le va a llevar preso porque usted viviendo en una propiedad que no (...)", luego dice que hay un mensaje ininteligible auditivamente, dada la ubicación del dispositivo, pero continúa, "la policía se lo va lleva o se retiran o la policía se lo va a llevar de aquí; y la segunda persona le responde "bueno" (según el audio periciado). Por su parte, la oficial Johana Maricela Almeida Morales dice que por disposición del ECU911 llegó al lugar y observó lo que ocurría, señalando que el señor Cesar Rueda había ingresado arbitrariamente al domicilio, había forzado las seguridades del terreno aledaño e ingresado por la parte de atrás del domicilio; que el señor Juan Alvarado ha tenido que salir inmediatamente con su esposa y sus hijos, porque le ha dicho que lo llevaría preso; que al tomar contacto con el señor César Rueda, éste le indicó que también es dueño de la propiedad, que "de una manera déspota nos indicó que era su terreno y posiblemente con aliento a licor, dijo que no iba a salir. En fin, la prueba actuada determina la existencia del delito, en el que se configuran los elementos objetivos y subjetivos del mismo, cuyo verbo rector es "despojar" de manera ilegítima, así como los actos violentos que se ejecutaron para tal propósito..."[34].

Se ha hecho énfasis en la construcción del enunciado fáctico, y su importancia como límite para el ejercicio del poder punitivo del Estado, pues, solamente cuando el acontecer causal descrito en este enunciado, se adecúa a los presupuestos que determinan la relevancia penal de un suceso, el Estado está legitimado para activar sus mecanismos punitivos.

Uno de los presupuestos que limitan el poder punitivo es el principio de legalidad, que bajo el axioma *nullum crime nullum pena sine lege,* impone al Juzgador la necesidad de verificar si los hechos sometidos a su juzgamiento, están previamente descritos en la normativa jurídica.

En el presente caso, los Jueces de segundo nivel han considerado que, en efecto, los hechos que se desprenden de la justipreciación de los elementos de prueba, se adecúan a la descripción típica de un delito, esto es, el delito de usurpación, representado en el artículo 200 del COIP.

[34] Sentencia de 27 de enero del 2022, las 11h19, dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la causa No. 17294-2020-00417.

Justamente en esta labor intelectiva, esto es, en el ejercicio de adecuación de los hechos a la estructura típica del delito de usurpación, se ubica el error aducido por el impugnante, señor César Rubén Rueda Cisneros, dado que, conforme se colige de sus alegatos, los hechos no se habrían ajustado a los siguientes elementos objetivos del tipo penal:

- Sujeto pasivo.
- Elementos normativos (intimidación o Violencia).

En razón de la supuesta falta de adecuación de los hechos, a los elementos descritos en el acápite que antecede, el impugnante adujo que en la sentencia de segundo nivel existe la indebida aplicación del artículo 200 del COIP.

Con la finalidad de verificar si la tesis de impugnación esgrimida por la defensa técnica del señor César Rubén Rueda Cisneros, procesado y recurrente, acredita la incursión de los Jueces de segunda instancia en el error de derecho alegado, esto es, la indebida aplicación del artículo 200 del COIP, a continuación efectuamos las siguientes reflexiones:

En primer término, se considera preciso referir el contenido de la norma jurídica que supuestamente fue aplicada indebidamente en el fallo objetado, por tal razón, a continuación transcribimos este precepto:

> Art. 200.- Usurpación.- La persona que despoje ilegítimamente a otra de la posesión, tenencia o dominio de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.
>
> Si el despojo ilegítimo se produce con intimidación o violencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Este delito describe un hecho penalmente relevante, que como advertimos previamente, está constituido por una acción humana que provoca un resultado lesivo sobre un bien jurídico, por tal razón, si un Juzgador llega a considerar probado este supuesto fáctico, debe aplicar la consecuencia jurídica descrita en el tipo penal, esto es, la condena.

Ahora bien, para considerar probada la existencia del delito, en primer término, se debe conocer su estructura típica, pues, no es posible declarar probada una infracción, si en el enunciado fáctico no se realiza una correcta calificación jurídica, por ese motivo, consideramos menester referir cuáles son los elementos que configuran la tipicidad de este ilícito:

Con la finalidad de abordar esta categoría dogmática, estimamos menester referir el concepto delito, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, esto es: conducta típica, antijurídica y culpable. Esta concepción está integrada por categorías o elementos claramente definidos, y responde a una construcción dogmática, que a lo largo de los años ha sido elaborada por la doctrina jurídico penal, dentro de la denominada teoría del delito, que la podemos entender como el *"... instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso..."*[35].

Las categorías dogmáticas que integran el concepto de delito han sido mayoritariamente aceptadas por la doctrina jurídico penal, existiendo consenso en que sólo aquellas conductas que cumplan estas características deberán ser consideradas delito, así lo expone el tratadista alemán Claus Roxin, cuando manifiesta que: *"...en la moderna dogmática del Derecho penal existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable..."* [36]. (El subrayado me corresponde). Además, vale mencionar que incluso el Código Orgánico Integral Penal acogió este concepto en su artículo18.

Entonces, por cuanto el delito constituye un acto típico, antijurídico y culpable, el Juzgador está en la obligación de efectuar un análisis escalonado del caso sometido a su juzgamiento, con la finalidad de analizar cada uno de los estadios que suponen las categorías dogmáticas de la infracción. Por tal razón, en primer lugar, los jueces deben determinar la existencia de una conducta, en su modalidad

[35] Bacigalupo, Enrique; Lineamientos de la Teoría del Delito; editorial Hammurabi; Buenos Aires-Argentina; 2014; p.25.
[36] Roxin, Claus; Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, Estructura de la Teoría del Delito; Civitas; Madrid-España; 1997; p. 193.

de acción u omisión; luego, corresponde al juzgador verificar si dicha conducta es típica, es decir, si se encuentra descrita en la ley.

La tipicidad responde a la vigencia del principio de legalidad[37], que conforme anticipamos *supra*, impide a los Juzgadores establecer la existencia de un delito, si los hechos sometidos a su conocimiento, y acreditados según la prueba aportada por las partes, no se ajustan a la descripción típica de la infracción que se pretende imputar al procesado; si a pesar de ello, se el Juez considera que los hechos se subsumen al tipo penal, habrá incurrido en indebida aplicación de la ley, por tal razón, resulta preciso estudiar la estructura de la norma jurídica que describe el delito de usurpación.

Para tal efecto, en primer lugar, debemos anotar que la tipicidad posee elementos objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos pueden ser necesarios o accidentales; dentro de los elementos objetivos necesarios del tipo se encuentra el sujeto activo, el sujeto pasivo, el verbo rector y el objeto (material y jurídico).

Ahora bien, para entender el alcance del tipo penal usurpación, deviene en imperioso advertir que de conformidad con la doctrina, el sujeto activo puede ser calificado o no calificado. Al respecto, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, explica lo siguiente:

> (...) El sujeto activo puede ser simple o calificado, dando lugar el primero a *los delicta comunia* y el segundo a los *delicta propia* (...) La calificación del sujeto activo puede ser necesaria o legal, en el siguiente sentido: hay un sujeto activo necesariamente calificado cuando de la naturaleza misma de la conducta prohibida surge la calificación (así por ejemplo, no puede ser un hombre sujeto activo del autoaborto). En lugar hay una calificación meramente legal cuando lo que da ese requerimiento es una calidad eventual de la que surge un mayor o menor contenido injusto del hecho: así la calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge en el homicidio calificado, no deviene de la esencia de la conducta de homicidio. La calificación del sujeto activo puede también ser natural o jurídica. Es natural cuando depende de conceptos que no requieren valoración jurídica para ser comprendidos a nivel de valoración paralela en la esfera del lego (padre, madre, mujer) y es jurídica cuando requieren esta valoración (funcionario público, tutor) (...)[38].

Precisado este punto, podemos colegir que en el delito de usurpación, el sujeto activo no es calificado, pues, este tipo penal establece que cualquier individuo de la especie humana puede incurrir en este ilícito.

En relación al verbo rector, se puede indicar que el tipo penal de usurpación describe la siguiente conducta: despojar ilegítimamente; es decir, arrebatar o quitar algo que no me pertenece a alguien.

En relación al objeto, que es material y jurídico, corresponde manifestar que el objeto o bien jurídico protegido por este tipo penal es el derecho a la propiedad, pues, en el COIP, este ilícito se encuentra tipificado dentro de los delitos que protegen el derecho a la propiedad, sin embargo, para ser más precisos, podemos mencionar que, de conformidad con la estructura objetiva de este delito, el bien jurídico protegido por este ilícito no es solo la propiedad, sino la posesión o tenencia de un bien inmueble. Mientras que, el objeto material está representado por la lesión al dominio, posesión o tenencia, usufrutuo que sufre el bien raíz del sujeto pasivo.

De lo expuesto tenemos que, el delito de usurpación puede ser cometido por cualquier individuo de la especie humana, que lesione los siguientes derechos reales: Propiedad, Posesión, Tenencia, Usufructo, Uso, Habitación, Servidumbre, Antícresis. Ahora bien, como estos elementos poseen un concepto otorgado por el Derecho Civil, deviene en imperioso acudir a esta fuente para entender el alcance de este tipo penal:

---

[37] Roxin, Claus; Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, Estructura de la Teoría del Delito; Civitas; Madrid-España; 1997; p. 193.

[38] Zaffaroni; Eugenio Raúl; Tratado de Derecho Penal Parte General, Tomo III, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, p. 282.

DERECHO REAL	CÓDIGO CIVIL
Dominio	**Art. 599.-** El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social.
Posesión	**Art. 715.**- Posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre.
Tenencia	**Art. 729.-** Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenecen.
Usufructo	**Art. 778.-** El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible.
Uso y Habitación	**Art. 825.**- El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa. Si se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación.
Servidumbre	**Art. 859.-** Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño.
Anticresis	**Art. 2337.-** Anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa

En virtud de lo expuesto, es posible señalar que el sujeto pasivo de esta infracción, es aquel individuo que ejerce el dominio, posesión, tenencia, usufructo, uso, habitación, servidumbre o antícresis, sobre el bien inmueble despojado ilegítimamente (elemento normativo).

Respecto al tipo subjetivo, se debe indicar que el delito de usurpación es eminentemente doloso. El concepto de dolo trae implícito dos exigencias: el conocimiento y la voluntad del sujeto activo; pues, para que a una persona pueda atribuírsele un resultado lesivo a título de dolo, debe conocer los elementos objetivos del tipo penal, además, debe consentir en el la materialización del resultado, es decir, debe aspirar que el mismo se verifique por medio de su acción.

Elementos Típicos del Delito de Usurpación			
Elementos Objetivos	*Sujeto activo*	Cualquier persona	
	Sujeto Pasivo	Propietario, Poseedor o Tenedor de un inmueble	
	Verbos Rectores	Despojar ilegítimamente	
	Objeto	Bien Jurídico	Derecho a la propiedad, a la posesión o a la tenencia de un bien raíz
		Objeto material	Derecho la propiedad, a la posesión o a la tenencia de un bien raíz lesionada
	Elementos Normativos	Intimidación, Violencia	

Elementos Subjetivos	*Dolo: elemento que posee un carácter cognoscitivo y volitivo, y supone que la persona procesada conocía todos los elementos objetivos del tipo al ejecutar su acción, y quería obtener el resultado lesivo.*

De lo expuesto se colige que, en una sentencia condenatoria, al momento de estudiarse la existencia de la infracción, el Juez debe construir un enunciado fáctico que se adecúe a cada uno de los elementos típicos del delito, solo así, se podrá declarar conforme a derecho su existencia.

Como ya indicamos en su momento, el enunciado fáctico tiene como primer elemento la construcción selectiva, elemento que supone un proceso de discriminación, en virtud del cual, el Juez selecciona los hechos que resultan relevantes para el caso concreto; dentro de este análisis, se debe tomar en cuenta la relevancia jurídica, que podrá ser justificada, solamente en la medida en que los hechos se adecúen a la estructura de la norma jurídica.

En conclusión, la determinación de la existencia del delito, ineludiblemente, coloca al Juzgador en la necesidad de efectuar un ejercicio de adecuación típica, en virtud del cual, subsuma los hechos a la elementos típicos del delito. Quebrantar esta obligación, y aplicar una norma jurídica que no guarde identidad fáctica con los hechos probados, supone incurrir en la causal argüida por el procesado, pues, no se puede aplicar una norma, si los hechos no se adecuan a dicho precepto.

Ahora bien, una vez que hemos estudiado en su integridad el fallo impugnado, podemos llegar razonadamente a la siguiente conclusión: la sentencia dictada el 27 de enero del 2022, las 11h19, por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la causa No. 17294-2020-00417, aplicó adecuadamente el tipo penal de usurpación, pues, los hechos probados se subsumen a la estructura típica de este delito. A continuación, referimos los razonamientos que nos permiten rechazar la tesis del impugnante.

En primer lugar, vale mencionar que para el procesado, la querellante no podía figurar como sujeto pasivo de esta infracción, puesto que, al haber arrendado el inmueble a otra persona, ella no se encontraba ocupándolo, por lo que, no podía ser despojada del mismo, manifiesta el recurrente que solamente el arrendatario, es decir, el señor Juan Francisco Alvarado Villegas podía ser calificado como sujeto pasivo de este delito, pues, en definitiva, es él quien ocupaba el inmueble.

Este argumento deforma el alcance del delito de usurpación, pues, no existe elemento típico en esta infracción que condicione la calidad de sujeto pasivo al concepto de "ocupación"; de hecho, como ya hemos referido en líneas previas, el sujeto pasivo puede tener varias calidades, esto es, propietario, poseedor, tenedor, usufructuario, usuario, incluso, titular de un derecho real de habitación, servidumbre o anticresis; por ende, limitar la calidad de sujeto activo al concepto de ocupación, supone restringir el alcance del tipo penal.

¿Se puede ser propietario sin ocupar el bien? Si
¿Se puede ser poseedor sin ocupar el bien? Si

Pero, no por el hecho de no ocupar o habitar el inmueble el propietario o poseedor pierde su calidad de sujeto pasivo del delito de usurpación. Pensemos en el ejemplo hipotético de un terreno sin construcción: el poseedor o propietario no ocupa o habita materialmente el inmueble, sin embargo, puede ser sujeto pasivo de este delito, si una tercera persona lo despoja de su propiedad o posesión. Estos conceptos están caracterizados, en su orden, en la facultad de gozar y disponer del bien inmueble (propiedad o dominio), o en el ánimo de señor y dueño (posesión), mas no, en la ocupación.

Este criterio es compartido por el tratadista Edgardo Donna, quien, en su obra sobre la parte especial del Derecho Penal, sostiene lo siguiente:

> "...Al estar protegida la posesión del inmueble, no se requiere que la víctima viva en la casa, bastando que, como parte del dominio tenga la posesión sin haberla perdido desde el momento que la adquirió; el acto de desposesión por un tercero, tipifica el delito de usurpación (...).
>
> Puede ser sujeto pasivo del delito de usurpación no sólo quien de un modo actual y efectivo ejerza la posesión o tenencia de un inmueble, sino también quien lo tiene desocupado, puesto que la ley penal tutela el poder que cualquier integrante de la comunidad quiera y esté en condiciones de tener su propiedad.
>
> En igual sentido: No pierde y mantiene su condición de poseedor, el propietario de un inmueble desocupado, pues la posesión continúa y se conserva con su sola voluntad

> inequívocamente expuesta en tal sentido, por lo que es pasible del delito de usurpación[39] (...).

En conclusión, no hace falta que el propietario o poseedor ocupe el bien inmueble para ser sujeto pasivo de esta infracción, pues, estos conceptos no exigen la "ocupación del bien raíz" para su configuración. Un propietario, como una expresión de un acto de señor y dueño, puede dar en arriendo el inmueble, pero no por eso pierde su calidad de sujeto pasivo, todo lo contrario, la ley le reconoce dicha calidad si un tercero pretende despojarlo de su propiedad. Cabe destacar que, en el caso *in examine,* ha quedado comprobada la calidad de propietaria de la señora Cecilia Eunice del Carmen Salas Bedón, respecto del inmueble ubicado en la calle Eugenio Espejo y Pasaje El Sol, de la parroquia Nayón del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, signado con el No. 376164, por tanto, los hechos del caso concreto justifican la calidad de sujeto pasivo de la querellante, por ser quien ejerce el dominio del bien raíz despojado por el procesado; por consiguiente, este argumento carece de asidero jurídico.

Adicionalmente, el recurrente ha propuesto que los elementos fácticos que se han fijado en la sentencia de segundo nivel, no se ajustan a los elementos normativos: violencia o intimidación.

Al respecto, vale mencionar en primer término que, estos elementos normativos están ligados mediante el conector disyuntivo "o", este conector no es copulativo, por consiguiente, no se precisa que la acción juzgada se adecue a ambos elementos, basta que uno de ellos esté acreditado.

Sobre el alcance de estos elementos normativos, consideramos pertinente acudir nuevamente a los postulados de Donna, quien refiere lo siguiente:

> Violencia (...).
>
> Es el despliegue de una energía física, humana o de otra índole, **que puede tener por objeto las personas o las cosas**. Se llega a admitir, aun, el uso de medios hipnóticos o narcóticos que puedan tener por efecto la expulsión de la persona del inmueble, o el impedimento para que entre en él, o, simplemente, la reducción de la persona a la inacción dentro de aquél (...).
>
> Amenazas
>
> Queda aquí cubierta la faz moral de la violencia. También llamada intimidación, es éste el medio de compulsión puramente moral, cuyo instrumento no es el despliegue de una energía física sobre o contra la persona, sino una exigencia ilegítima, hecha a otro (...) (El énfasis nos corresponde)[40].

El Código Orgánico Integral Penal, al incorporar en la tipicidad objetiva del delito de usurpación los elementos violencia o intimidación, en efecto, incorporó dos elementos normativos, *ergo*, para entender el alcance de estos elementos se requiere acudir a otro cuerpo normativo u otra ciencia.

Con este antecedente, cabe reflexionar si: ¿El precepto que tipifica el delito de robo, resulta pertinente para explicar el concepto de violencia?

De ningún modo, el delito de robo restringe la violencia a un ámbito específico, esto es, a las personas, sin embargo, no define al elemento normativo violencia, simplemente lo vincula a otro elemento normativo (persona), por lo tanto, en el análisis del delito de robo, el Juez también debe acudir a otra ciencia para abordar el concepto de violencia, y concluir si los hechos que han sido puestos a su conocimiento, constituyen hechos de violencia, que han sido ejercidos en contra de una persona.

Dicho esto, cabe señalar que la violencia puede dirigirse también a las cosas, pues, este concepto pertenece a la categoría del *ser,* y en efecto, la naturaleza empírica de este elemento, evidencia que el despliegue de la fuerza física que supone el ejercicio de la violencia, puede afectar tanto a las cosas como a las personas.

Este criterio es también sustentado por Donna, conforme se aprecia en la cita que antecede, pues, de manera categórica, este autor sostiene que la violencia puede verificarse tanto en las personas como en las cosas.

En razón de lo expuesto, se determina que el argumento esgrimido por la defensa técnica del recurrente, carece de asidero.

Asimismo, el casacionista incurre en un equívoco al momento de fundamentar la supuesta falta de acreditación de la intimidación, pues, a su parecer,

[39] Donna; Edgardo; Derecho Penal Parte Especial, Tomo IIB, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina, p. 739-740.
[40] Donna; Edgardo; op. Cit. p. 735-736.

este elemento normativo debe ser explicado a la luz del contenido del tipo penal descrito en el artículo 154, es decir, el delito denominado "intimidación".

Al respecto, vale indicar que este tipo penal tampoco explica el ámbito empírico de la intimidación, simplemente limita esta conducta, a un tipo concreto de intimidación, que se refiere a la amenaza con causar un daño que constituya delito. Pero no por esto debemos entender que, el concepto de intimidación, está ligado al cometimiento de un delito, por ende, esta alegación deviene en estéril.

Finalmente, cabe mencionar que, del análisis de la sentencia impugnada, especialmente, del considerando 6.3.1, se desprende que los hechos fijados en el fallo se adecúan a los elementos normativos violencia o intimidación, pues, el sujeto activo de esta infracción ejerció un despliegue de fuerza física en contra del candado de la propiedad usurpada, por tanto, se cumple con el elemento normativo violencia, que se encuentra ligado disyuntivamente al elemento normativo intimidación, que también se verificó con la coacción moral que el usurpador ejerció en contra del señor Juan Francisco Alvarado Villegas, quien fue amenazado por el sujeto activo, quien había ingerido licor, le había expresado que no permitirá que "viva de a gratis en el inmueble", y le amenazó indicándole que ya acudía la fuerza pública al lugar, para desalojarle del bien inmueble.

En razón de los antecedentes expuestos, se concluye que el cargo de indebida aplicación del artículo 200 del COIP deviene en improcedente.

6.4 Sobre la contravención expresa al texto del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República.-

Con la finalidad de sustentar la violación al artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, el casacionista, por intermedio de su defensor técnico, construyó su exposición sobre la base de una idea central, esto es, la inexistencia de motivación.

Para el impugnante, la sentencia objetada carece de motivación porque ha sido desarrollada en apenas tres hojas, y su parte argumentativa, contenida en el considerando 6.3.1, apenas posee una carilla y media, además, asevera que no se ha incorporado a la sentencia el contenido de los testimonios rendidos por los testigos.

Para estudiar este planteamiento, debemos iniciar efectuando un análisis respecto al alcance de la motivación, en este sentido, se puede mencionar que este instituto jurídico debe ser apreciado 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, así lo exige el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, que establece lo siguiente: *"...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 idéntico sentido, el Código Orgánico Integral Penal desarrolla el contenido de esta garantía, señalando lo siguiente:

> 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: (...) 18. Motivación: la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.
>
> Art. 621.- Sentencia.- Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, <u>el tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación</u>
>
> 7 literal l) de la CRE ocurre ante dos posibles escenarios, con iguales efectos: 1. La <u>integral</u> a la víctia o la desestimación de estos aspectos.

El cumplimiento de esta garantía no supone la mera enunciación de preceptos jurídicos y elementos fácticos, se requiere que la decisión judicial se construya sobre la base de una argumentación mínimamente estructurada, sobre la base de un criterio de suficiencia, en lo referente al acontecer fáctico sometido a conocimiento del juzgador, y en lo referente a las normas jurídicas aplicables a dicha circunstancia fáctica, así lo exige el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial:

> (...) Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de

acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:
(...) 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).

En este mismo sentido, 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...*"[41] (Énfasis añadido).

Con la finalidad de establecer una regla vinculante, que permita determinar la efectiva motivación de una resolución judicial, la Corte Constitucional ha emitido el siguiente criterio:

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 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[42].

En materia de motivación, es importante acudir a la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional, especialmente a la sentencia No. 1158-17-EP/21, dictada el 20 de octubre de 2021. En este fallo, la Corte Constitucional estudió el contenido del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, y estableció el siguiente criterio *"...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".*

La Corte Constitucional ha declarado que, de la mentada disposición constitucional, se desprenden los elementos argumentativos que componen la "estructura mínima" de una argumentación jurídica. Por ese motivo, el mencionado órgano de administración de justicia constitucional *"...ha reiterado que la (...) estructura mínimamente completa 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..."*[43].

Complementando este criterio, la referida sentencia constitucional enseña lo siguiente:

"...La misma Corte ha señalado, "[a]mbos precedentes [los citados en los dos párrafos anteriores a este] son compatibles entre sí porque la 'enunciación de los hechos del caso es parte de la 'explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas al caso'". Y, en esta misma línea, la Corte ha sostenido que, con arreglo al artículo 76.7.l de la Constitución, una argumentación jurídica cuenta con una estructura mínimamente completa cuando "está compuesta por suficientes fundamentos fácticos (sobre los antecedentes de hecho y su prueba) y jurídicos (enuncia normas y principios jurídicos y explica la aplicación de estos a los antecedentes de hecho).

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***

[41] Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.
[42] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1320-13-EP/20, de 21 de junio del 2012, Jueza Ponente: Dra. Karla Andrade Quevedo.
[43] Sentencia No. 1158-17-EP/21, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, el 20 de octubre de 2021, dentro del caso No. 1158-17-EP.

***fáctica suficiente**...".*

Este fallo, que constituye un verdadero hito en el ámbito de la motivación, destaca que, *"...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.".*

Ahora bien, ¿Qué implica la causal de contravención expresa al texto de la ley? Conforme anticipamos en líneas precedentes, la modalidad de violación a la ley invocada por el recurrente, constituye un error de omisión, que implica la falta de aplicación de las normas jurídicas aludidas en la resolución de la causa, cuando existía la obligación de emplearlas.

Efectuada esta aclaración, corresponde remitirse nuevamente al contenido de la norma jurídica transcrita *ut supra*, norma que, en definitiva, establece la obligación de los juzgadores de motivar sus resoluciones. Por consiguiente, el error de derecho planteado por el recurrente, podría ser traducido de la siguiente manera: inobservancia del deber constitucional de motivación de la sentencia emitida por los juzgadores de segunda instancia, esto es, falta de motivación en el fallo.

Para el recurrente, el fallo de segundo nivel incurrió en inexistencia de motivación, y sustenta este planteamiento en que la resolución impugnada posee apenas tres hojas, y no ha incorporado el contenido de los testimonios rendidos por los testigos. Por tal razón, corresponde solventar la siguiente interrogante ¿La sentencia objetada por el procesado adolece de inexistencia motivación?

Bien, el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República 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...".*

La Corte Constitucional ha declarado, que de esta disposición constitucional se desprenden los elementos argumentativos, que componen la "estructura mínima" de una argumentación jurídica, por ende, no existirá motivación cuando se hayan violado estos elementos argumentativos mínimos.

En el caso *in examine,* el recurrente alegó que la violación a la garantía de motivación se habría materializado en el considerando 6.3.1 de la sentencia recurrida, alegando que, en este análisis no se cumple con la estructura argumentativa mínima que exige la garantía de motivación. No obstante, esta tesis de impugnación es contradictoria con el cargo casacional planteado de manera primigenia (indebida aplicación de la ley), pues, en virtud de este reproche, se planteó la aplicación impertinente de una norma jurídica, es decir, se aseveró que en la sentencia se aplicó la ley, sin embargo, bajo este nuevo cargo, se alegó inexistencia de motivación, es decir, inexistencia de fundamentos jurídicos en la sentencia.

Como se ha indicado, la inexistencia de motivación supone un quebrantamiento al criterio rector que ha desarrollado por la Corte Constitucional en materia de motivación, esto es, la fundamentación jurídica suficiente y a la fundamentación fáctica suficiente, lo cual no ocurre en la causa *in examine,* pues, el fallo existen fundamentos jurídicos y fácticos esgrimidos con suficiencia, pues, se ha aplicado una norma jurídica, explicándose con solvencia la adecuación de los hechos a la estructura típica del delito de usurpación. Alegar que no existe motivación, implica alegar que no existe fundamentación fáctica, y fundamentación jurídica, lo cual no corresponde a la verdad procesal, pues, insistimos, la sentencia de segundo nivel cumple con suficiencia el criterio rector que rige la garantía constitucional de motivación.

El recurrente considera que la falta de motivación, además, se consolidó por no transcribir el contenido de la prueba testimonial. Este criterio deviene en impertinente, pues, el Tribunal de apelación coincide con la tesis fáctica que fue determinada por el Tribunal de primer nivel, por ende, dada la vigencia del principio de inescindibilidad, el contenido de los elementos de prueba que sustentan el enunciado fáctico, es parte integrante de la sentencia de apelación. Con la finalidad de explicar este enunciado, efectuamos los siguientes razonamientos

De la revisión íntegra de la sentencia de segundo nivel, es posible advertir que, luego del análisis de los planteamientos formulados por el procesado en la fundamentación de su recurso de apelación, y luego de efectuar un análisis de los hechos a la luz del ordenamiento jurídico, en el considerando séptimo, el Tribunal ad-quem rechazó el recurso de apelación interpuesto por el encartado, y confirmó en todas sus partes el fallo de primer nivel.

Ahora bien, al confirmar el contenido del fallo de primera instancia, los jueces que integraron el Tribunal Ad-quem aceptaron el análisis y conclusiones desarrolladas por los integrantes del Tribunal a-quo; esto implica que, la descripción fáctica consignada en la sentencia de primer nivel, se ad-

hiere a la sentencia de segunda instancia; en otras palabras, los hechos que se han declarado probados en primera instancia, son los mismos hechos que en segunda instancia se han considerado probados. Al considerarse probados hechos hechos, se acepta el ejercicio de valoración probatorio desarrollado por el Tribunal a-quo.

Esta tesis guarda armonía con uno de los principios que rigen la casación, esto es, el principio de inescindibilidad. Sobre el alcance de este principio, Luis Moreno Rivera (2013) anota lo siguiente:

> "En materia de casación penal se atacan dos decisiones judiciales, la de primera y la de segunda instancia, ya que es presupuesto de procedencia de la casación que se haya apelado la sentencia de primera instancia, al no existir casación *per saltum* y por considerar que las decisiones proferidas en el proceso conforman una unidad conceptual y temática, siempre y cuando no se contradigan entre sí"[44].

En idénticos términos, Heliodoro Fierro Méndez (2018), destaca lo siguiente:

> "Principio de unidad inescindible de sentencias y de unidad temática inescindible.
>
> El objeto de ataque en casación es la sentencia dictada por el Tribunal de alzada, a la que se integra la de primera instancia en lo que no hubiere sido objeto de modificación por el fallo del Tribunal, y que el parámetro de comparación para establecer su ilegalidad no puede ser aquella sino la ley que se dice conculcada.
>
> La unidad inescindible entre la sentencia de primera instancia y la de segunda se entiende en la medida en que ambas constituyen una unidad de decisión salvo los casos en los cuales la de segunda instancia es pronunciada en sentido diverso a la de primera, caso en el cual prevalece la de segunda y no puede hablarse de indivisibilidad, porque en tal caso lo son"[45].

Entonces, bajo los postulados del principio de inescindibilidad, debe entenderse que, siempre y cuando no exista reforma de la sentencia de primer nivel por parte del Tribunal de alzada, el fallo dictado por el Tribunal A-quo constituye parte integrante de la resolución de segundo nivel. En el fallo de primer nivel se ha destacado el contenido de los elementos de prueba que sustentan los hechos del caso concreto, por ende, no existe razón para que se vuelvan a transcribir todos aquellos elementos de prueba.

Sobre la vigencia de este principio en sede de casación, existe numerosa jurisprudencia indicativa de la Corte Nacional de Justicia, donde se ha determinado que los presupuestos normativos, jurisprudenciales, y los principios rectores que informan el recurso de casación, son los siguientes: *"... **inescindibilidad**, autonomía, taxatividad, trascendencia, prioridad, no contradicción, limitación, no debate de instancia, presunción de acierto y legalidad, debida fundamentación y demostración; y, no agravación..."*[46] (énfasis añadido).

En virtud de lo expuesto, es posible insistir en lo siguiente: la descripción de los hechos que se han considerado probados en la sentencia de primera instancia, y el contenido de los elementos de prueba que justifican estos hechos, constituyen parte integrante de la sentencia de segunda instancia, por cuanto, no existe contradicción entre estos fallos.

Finalmente, resulta imperioso manifestar que un fallo no solo puede adolecer de inexistencia de motivación, puede darse el caso que, a pesar de que los Juzgadores elaboraron una fundamentación fáctica y jurídica, ésta deviene en insuficiente o aparente. Sin embargo, cabe hacer dos acotaciones sobre este punto: 1. Si se alega la inexistencia de motivación, no puede alegarse simultáneamente la insuficiencia o apariencia de motivación, ello resulta contrario a la lógica. 2. Si se alega insuficiencia o apariencia de motivación, el impugnante, inexorablemente, debe identificar el vicio de apariencia o insuficiencia que adolece la sentencia.

En conclusión, la sentencia de segundo nivel posee un análisis íntegro de los planteamientos esgrimidos por la recurrente, pues, llegó a determinar que los hechos fijados en la sentencia de

[44] Moreno Rivera, Luis (2013). La Casación Penal; Bogotá-Colombia: Ediciones Nueva Jurídica; pp. 100.
[45] Fierro Méndez, Heliodoro (202018). La Casación y Revisión Penal; Bogotá-Colombia; Leyer; pp. 48.
[46] Véase por ejemplo en la decisiones dictadas por la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, dentro de los siguientes casos: Juicio No. 22281-2016-00251, Juicio No. 09284-2016-00508, Juicio No. 09266-2016-00724.

primer nivel, fueron correctamente construidos. Estos hechos describen la ejecución de un delito de usurpación, circunstancia que puede apreciarse en el considerando 6.3.1 del fallo emitido por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el. 27 de enero del 2022; es decir, esta sentencia no adolece de inexistencia de motivación.

SÉPTIMO:

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 siguientes del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad: declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado, señor **CÉSAR RUBÉN RUEDA CISNEROS. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

f) Dr. Felipe Córdova Ochoa, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL; Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, JUEZA NACIONAL.

IV

Juicio Nro. *18571-2019-00897*
Resolución Nro. *584-2022*
Fecha: *22 de julio de 2022, las 16h00*

TEMA: Valoración de medios probatorios en el delito de violencia psicológica.

ASUNTO

Fiscalía acusa al procesado de ser autor directo del delito tipificado en el artículo 157 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, esto es, del delito de violencia psicológica. En el presente caso se discute la valoración de los medios probatorios que sirven para la acreditación de los hechos constitutivos de la infracción.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El 11 de febrero de 2020, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ambato declaró la culpabilidad del procesado, por el delito de violencia psicológica, tipificado y sancionado en el artículo 157 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor directo, considerando que la responsabilidad se ha justificado con el testimonio rendido por la víctima y demás testigos que relatan la agresión, los maltratos, los insultos y las actuaciones violentas y agresivas, así como con el peritaje de entorno social y el peritaje psicológico que detalla el tiempo y tipo de relación entre la víctima y el procesado.

El tribunal hace énfasis en los diferentes acontecimientos ocurridos en distintas fechas y lugares, así como el análisis de tres números telefónicos registrados a nombre del procesado, del que se advierten 91 llamadas en distintas fechas, exclusivamente hacia la víctima.

Por lo tanto, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ambato le impuso al procesado la pena privativa de libertad de 30 días, la multa de un salario básico y la interdicción del sentenciado mientras dure la pena privativa de libertad.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua rechaza el recurso de apelación y confirma la sentencia condenatoria dictada en primera instancia, toda vez que ratifica los hechos que declaró probados el tribunal de juicio, considerando medios de prueba como: el peritaje de entorno social y el peritaje psicológico, que detallan el tiempo y tipo de relación entre la víctima y el procesado, así como diferentes acontecimientos que habrían ocurrido en distintas fechas.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 18571-2019-00897

Juez Ponente: Dr. Walter Macías Fernández

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO. Quito, viernes 22 de julio del 2022, las 16h00. **VISTOS.** El 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 integrado por el abogado Walter Samno Macías Fernández, Juez Nacional; doctora Daniella Camacho Herold, Jueza Nacional; y, doctora Hipatia Ortiz Vargas, Conjueza Nacional que intervino en la audiencia de fundamentación del recurso en reemplazo del doctor Felipe Córdova Ochoa, Juez Nacional.

Es Ponente el señor Juez Nacional Walter Samno Macías Fernández, quien expresa la posición de la Sala.

I.- ANTECEDENTE:

1.1.- Mediante sentencia dictada el 11 de febrero de 2020, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ambato, provincia de Tungurahua, declaró la culpabilidad del procesado J.S.D.S.[1], del delito de violencia psicológica tipificado y sancionado en el artículo 157 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor directo conforme lo previsto en el artículo 42.1.a del Código Orgánico Integral Penal. Se impuso la pena privativa de libertad de 30 días, multa de un salario básico e interdicción del sentenciado mientras dure la pena privativa de libertad.

No se consideró oportuno disponer medidas de reparación integral.

El procesado interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el 14 de febrero de 2020.

1.2.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, mediante sentencia de 29 de junio de 2020 rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia condenatoria dictada en primera instancia.

1.3.- Por escrito presentado el 06 de julio de 2020, el procesado interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de Apelación.

1.4.- Por auto dictado el 08 de julio de 2020, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua concedió el recurso y ordenó remitir el proceso a la Corte Nacional de Justicia.

1.5.- El proceso fue recibido en la Corte Nacional de Justicia el 21 de julio de 2020.

1.6.- Mediante sorteo efectuado el 12 de agosto de 2020 se designó el Tribunal de esta Sala competente para conocer el recurso de casación, quedando integrado por el doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo, Juez Nacional encargado en calidad de Ponente; doctor Iván Xavier León Rodriguez, ex Juez Nacional encargado; y, doctora Daniella Camacho Herold, Jueza Nacional.

1.7.- En virtud del proceso de renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia, se practicó resorteo del proceso el 21 de junio de 2021, designándose nuevo ponente y Juez Nacional que debería integrar el Tribunal de casación.

1.8.- La audiencia de fundamentación oral del recurso se desarrolló el 18 de mayo de 2022. Escuchada la fundamentación y concluido el debate, el Tribunal acordó la suspensión para deliberación y emitió pronunciamiento oral por el cual se rechaza el recurso de casación interpuesto por el procesado. Reducimos a escrito la decisión de forma motivada.

II.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

Esta Sala es competente para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado, en aplicación de lo previsto en los artículos 76 numeral 7 literal k, 167, 168 numeral 3, 172, 178 numeral 1,184 numeral 1 de la Constitución de la República; 7, 141, 183 numeral 3, 184, 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 398, 400, 402, 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal.

III.- VALIDEZ PROCESAL:

De la revisión del proceso, consta que se ha sustanciado conforme las normas de procedimiento previstas, no se aprecia indefensión o vulneración de las garantías constitucionales del derecho al debido proceso (artículo 75 y 76 CRE). Se examinó de forma oral que no existe motivo para declarar la nulidad procesal; por lo tanto, el proceso es válido y así se lo declara.

IV.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES:

El recurso de casación fue fundamentado por el procesado, a través del doctor Mauricio Ruiz Soria. La Fiscalía General del Estado a través de su delegado la doctora Paulina Garces Cevallos; y, el abogado Paul Guerrero Godoy, Defensor público,

[1] Considerando que se trata de una sentencia dictada por el máximo órgano de justicia ordinaria (Art. 178.1 CRE), la cual está sujeta a publicidad para los órganos judiciales, en aplicación directa de las normas constitucionales que garantiza los derechos a la integridad psíquica (Art. 66.3.a CRE), derecho a la intimidad persona (Art. 66.20 CRE) y el principio de privacidad y confidencialidad (Art. 5.20 COIP), en la presente decisión se empleará únicamente las iniciales del procesado, a fin de que no sea posible identificar a la víctima.

en representación de la víctima, ejercieron la contradicción del recurso.
Para garantizar la privacidad del proceso, en esta sentencia, se ha omitido los nombres del procesado y la víctima.
4.1.- El procesado recurrente, en lo esencial, sostuvo:
Este caso el Tribunal de instancia debió tener el pleno convencimiento de la culpabilidad sobre la persona que está siendo procesada, para ello me permito referirme y sustentar de la siguiente manera.
El presente proceso inicia por una denuncia interpuesta por la víctima en contra del procesado, cabe recalcar que la investigación, así como el auto de llamamiento a juicio ha sido en base a lo que tipifica el Art. 171 inciso primero del COIP, más no por la sentencia a la cual ha sido condenado mi defendido.
De este modo, estoy considerando que la sentencia vulnera expresamente el Art. 5 numeral 18 del COIP, una norma jurídica que determina que los Jueces fundamentaron sus decisiones sobre los argumentos y razones relevantes expuestas por los sujetos procesales.
La sentencia emitida por el Tribunal de instancia específicamente en el numeral 8. 1.3, respecto a la responsabilidad del procesado nos indica que el Tribunal considera que la responsabilidad se ha justificado, en el testimonio rendido por la víctima, que se conocieron, tuvieron una amistad y luego se enamoraron y se casaron; todo el tiempo era raro, celoso, no le dejaba vestirse normal un día iba a coger un taxi sintió un golpe en la cabeza, tenía como hinchado en la parte izquierda del ojo.
Continuando con el análisis que hace y recoge el mismo Tribunal en su sentencia y líneas posteriores indican que le cogió el cabello y lo llevó a la habitación de su mamá y le golpeó la cabeza, le dio cachetadas, le hizo un lado y empezó a darle patadas.
Respecto a los testimonios rendidos en este caso indican su parte pertinente igual que fueron testigos de la agresión los maltratos los insultos y los episodios muy fuertes. Otro testigo indica que esa relación era muy violenta agresiva y posesiva no tenía ni un poquito de consideración y le torcía las manos. A lo que concluye en líneas siguientes el Tribunal dice que con estos testimonios se justifica que en efecto las agresiones tanto verbales como físicas han sido constantes.
De igual manera indica el Tribunal que los testimonios presentados por la defensa de mi defendido lo único que confirman es que en dicha relación, en efecto, no había el más mínimo de respeto mutuo. El testimonio del procesado también así lo corrobora, demuestra los celos que las dos personas tenían la una a la otra lo que sí se puede observar es que de parte de la víctima intentó aparentar un grado de afectación aún mayor ante la psicóloga.
En líneas posteriores del mismo modo indica que lo que se observa es que trató de agravar o hacer parecer un daño psicológico, es decir, al final tampoco tenía un pleno conocimiento de la participación o la responsabilidad del conocimiento del delito.
Por lo tanto, no se pudo haber enmarcado en lo que determina el Art. 157 del COIP, en la cual, corroborando con las conclusiones de los peritos, el Tribunal de instancia lo que determinó fue una pena privativa de 30 días y una multa de un salario básico del trabajador.
Las conclusiones que determinaron los peritos lo que se pudo haber enmarcado en lo que determina el Art. 159 del COIP, que es una contravención.
Se evidencia que la misma sentencia emitida por el Tribunal de instancia, así como la ratificación de la Sala Provincial es claro que no existió el cometimiento del delito tanto es así que como ya lo había indicado ellos, el Tribunal no tiene pleno convencimiento, por lo que indica claramente que se observa que trató de agravar o hacer aparecer un daño psicológico.
La petición concreta es que se case la sentencia de la que me encuentro recurriendo y se dicte la que corresponde, es decir que se acepte mi recurso de casación y consecuentemente se revoque la sentencia emitida tanto en primera instancia como la ratificación de la Corte Provincial.
4.2.- Contradicción de la Fiscalía General del Estado. Por intermedio de la doctora Paulina Garcés Cevallos, en síntesis, se dijo:
No se ha cumplido el principio de taxatividad, jamás escuché cuál es la forma de violación de la ley.
El Art. 656 del COIP, establece claramente que la violación de la ley se puede producir solo por tres elementos, estos son: contravención expresa de la ley, indebida aplicación o errónea interpretación de la norma. Quien recurra a la casación debe regirse a esta norma para poder establecer y poder decirle al Tribunal cual es el yerro y como este yerro se puede producir, en este caso, no existe esta argumentación.
El señor abogado indica que el Tribunal de Garantías Penales bajo el principio de legalidad debió tener un convencimiento de la responsabilidad.

Cuando existe un doble conforme de condena, es claro que lo que existe por parte de los Juzgadores es el convencimiento de los hechos que está debidamente demostrado y luego sobre la responsabilidad del señor hoy recurrente.
La norma procesal y la propia norma constitucional en su Art. 82 que habla de los principios de seguridad jurídica exigen que se aplique el principio de autonomía cuando se presenta un recurso y, esto significa que dentro de los parámetros de taxatividad, yo debo encuadrar el recurso excepcional y debo exponerlo en el proceso.
Todos estos pedidos que nos indicó cómo se inició el proceso, nos habló de los temas probatorios, habló de los testimonios, incluso hace una argumentación yo creo que personal y que la ha hecho a lo largo de su exposición, además también de todas sus argumentaciones de que la víctima dice ha tratado de agravar un daño psicológico que no tenía, pero ese tema tiene que ser demostrado. Es un hecho que sí fue dicho o presentado debió demostrarlo.
El examen psicológico determina que la víctima tiene un grado de afectación por la violencia psicológica, desde el noviazgo existe esta creación de este vínculo, este círculo de violencia que se va extendiendo a través del tiempo.
El tema de la precisión de la prueba el tema de la valoración de la prueba ya no es un tema tratado en esta sesión, existe un solo caso que la ley permite el trato de la prueba y es cuando el juzgador sin tener pruebas crea elementos probatorios, es decir si el que dice que hay un muerto y no se hizo una autopsia y el Juez dice que sí está hecha la autopsia allí puede revisar los juzgadores, eso es una relación indirecta pero este es un caso que la Corte Suprema lo llamó el absurdo judicial que es crear situaciones que no existen.
No se demuestra el yerro del Juzgador, lo que sí se ha evidenciado es que se quiere una nueva revisión probatoria, una nueva valoración, que se cambien los hechos porque ahora ya no es un delito sino una contravención.
Hay un error de conceptualización sobre el alcance que tiene el recurso de casación porque el principio de transcendencia indica que los yerros que se cometen para generar un perjuicio para el sujeto pasivo de esta relación jurídico procesal.
Estimó que no existe ningún argumento jurídico sobre el cual pueda desarrollar una discusión, por lo que solicito se deseche el mismo por indebida fundamentación.

4.3.- Contradicción de la víctima, quien en lo principal argumenta:

La sentencia que debía haber sido nombrado y de la cual se interpone los recursos de casación es la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, no la sentencia del Tribunal de Garantías Penales como ha referido el casacionista.
No ha indicado la norma jurídica o la causal por la cual interpone el recurso de casación. Se ha referido a hechos y pruebas en su alegato lo cual está vedado según lo establece el Art. 656 inciso segundo del COIP.
Al no haber sido fundamentado el recurso en legal y debida forma solicito que sea desechado por improcedente.

V.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

La observancia del trámite propio de cada procedimiento y la competencia del juzgador con garantías del debido proceso (Art. 76.3). En el ámbito de la administración de justicia, el trámite propio consiste en la regulación prevista en la ley sobre la estructura del proceso; y, la competencia es la adscripción de la facultad de un órgano para conocer y resolver un asunto.
La Corte Constitucional ha señalado que esta norma constitucional determina que las "facultades jurisdiccionales estén reconocidas previamente en la ley, y *en obediencia al trámite procesal correspondiente*." (Destacado nos pertenece)[2]; protege "una **dimensión objetiva**, atinente a la conservación de la estructura del proceso.", precisando que se encuentran previstas en "normas adjetivas, en cuanto son aquellas las que regulan la forma en que las autoridades participan de la 2 Sentencia No. 2504-16EP/21, de 5 de mayo de 2021.
jurisdicción, y el trámite de los distintos procesos que dichas autoridades conocen"[3], así como que permite "hacer previsible para las partes procesales la aplicación de la norma adjetiva"[4].

[2] Sentencia No. 250416EP/21, de 5 de mayo de 2021.
[3] Sentencia No. 270616EP/21, de 29 de septiembre de 2021.
[4] Sentencia No. 16819EP/21, de 16 de junio de 2021.

En esa perspectiva, existen normas procesales tanto para adscribir la facultad de un órgano para decidir y para regir la sustanciación de un asunto; y, ello se orienta a garantizar la regularidad y conservar la estructura del proceso judicial. El régimen de impugnación va delimitando el ámbito de debate procesal, así como la facultad del juez superior.

Otra garantía del debido proceso es el derecho a recurrir el fallo (Art. 76.7.m CRE). Esta norma constitucional reconoce la posibilidad de impugnar una decisión; no obstante, esto no significa que sea posible impugnar cualquier decisión o que el recurso pueda plantear como motivo de decisión cualquier aspecto, ya que este derecho es de libre configuración del legislador.[5]

La libertad del legislador para configurar los recursos, implica que corresponde a la ley regular las obligaciones del recurrente, la naturaleza y requisitos del recurso, así como los límites del juez. La jurisprudencia constitucional ha señalado:

> [...], siempre que responda a la necesidad de garantizar los derechos constitucionales y no se afecte su núcleo esencial, el ejercicio del derecho a impugnar es susceptible de ser delimitado. Una de las restricciones al derecho a recurrir viene dada por la naturaleza de los diferentes procesos, como también por *la propia naturaleza del medio de impugnación que se pretende ejercitar*."[6] (Cursiva nos corresponde).

La libertad de configuración implica que el legislador tiene facultad para regular las decisiones susceptibles de impugnación, el trámite aplicable, la naturaleza y límites del medio de impugnación; y, en una vertiente negativa delimita el ámbito de decisión del órgano jurisdiccional.

La Constitución de la República prevé que, entre las funciones de esta Corte en los casos de fuero común, a través de sus salas le corresponde conocer y resolver, entre otros, los recursos de casación (Art. 184.1). Esta cuestión resulta trascendental para comprender el ámbito de actuación de esta Sala y debe entenderse en relación con la garantía de trámite propio de cada procedimiento y la naturaleza del derecho a recurrir (Art. 76 numerales 3 y 7 literales km CRE).

Al conocer el recurso de casación, la sala no puede conocer o resolver sobre cualquier cuestión, ni puede ejercer jurisdicción originaria para juzgar directamente los hechos, tampoco controlar o corregir cualquier aspecto del proceso.

La naturaleza del recurso de casación está claramente delimitada por el legislador cuando señala: "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*." (Énfasis fuera del texto, Art. 10 COFJ); es decir, se trata de un medio de impugnación extraordinario y su objeto queda delimitado al control de legalidad. La ley precisa la naturaleza y objeto del recurso de casación como parte del principio de unidad jurisdiccional y gradualidad.

El Código Orgánico Integral Penal establece: " 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*". (Cursiva nos corresponde, Art. 656).

Debemos precisar que no cualquier decisión puede ser objeto del recurso de casación, pues se limita a la sentencia. Aunque el proceso penal tiene previsto dos instancias, el recurso no se extiende al control de todas las *sentencias* dictadas en el proceso, sino únicamente la dictada por la Sala de apelación; es decir, aquella que resuelve el asunto de forma definitiva en instancia.

El objeto del recurso de casación es la violación de la ley; es decir, permite corregir los errores de derecho que ha incurrido el juez que ha dictado la sentencia impugnada o la infracción de derecho ocurrida en el último fallo ordinario. En ese sentido, el recurso de casación no es un mecanismo de control de la integridad del proceso.

La Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha señalado que la función de la Corte Nacional de Justicia comprende el "control del producto

[5] Sentencias de la Corte Constitucional No. 00310SCNCC, de 25 de febrero de 2010; No. 04515SEPCC, de 25 de febrero de 2015; No. 180213EP/19, de 20 de agosto de 2019, entre otras. También nos hemos pronunciado en ese sentido en el proceso No. 01283201801637, sentencia de 7 de febrero del 2022.

[6] Sentencia No. 174114EP/20, de 27 de mayo de 2020.

de la actividad jurisdiccional"[7]; el medio de impugnación procede cuando "se haya efectuado una transgresión a la normativa jurídica"[8], de manera que " no [constituye] una instancia adicional en la cual se pueda realizar un nuevo examen de los elementos fácticos del caso concreto"[9]. También se ha dicho que a través de este recurso " solo es posible el análisis de cuestiones de estricto derecho"[10], así como que "se somete a varias limitaciones que lo configuran como un remedio procesal de carácter extraordinario"[11].

La justicia constitucional es uniforme en determinar que el recurso de casación es extraordinario y se limita a las cuestiones de derecho. Cuando se dice que se trata de un recurso extraordinario, implica que no es posible discutir cualquier cuestión; de manera que, al fundamentar su pretensión, el recurrente debe considerar la naturaleza del recurso y los límites.

Se determinan tres formas de error. La contravención expresa que conlleva la falta de aplicación de la norma que corresponde al caso, constituyéndose en una exclusión de la misma a los hechos fácticos; la indebida aplicación, que ocurre cuando la decisión impugnada aplica una norma que no se encuentra prevista para el supuesto que juzga, es decir, se hace una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla la disposición normativa; y, la errónea interpretación, que comprende el otorgar a una norma jurídica un alcance que no corresponde, consiste en la equivocación del juzgador al determinar el significado o alcance del texto de la norma.

Desde otra perspectiva, la Constitución de la República, dentro de los principios que rigen la administración de justicia, determina que la sustanciación de los procesos se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo (168.8 CRE). La ley determina que " [l]as juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso [...]" (Art. 19 COFJ).

El principio dispositivo impone una carga al recurrente, en relación a expresar argumentos o determinar las cuestiones que debe resolver el juez; y, en aplicación de la garantía de trámite propio de cada procedimiento, deben aplicarse las normas procesales que regulan la forma que debe sustanciarse cada asunto.

El Código Orgánico Integral Penal, dentro de las normas de trámite del recurso de casación, determina que "el recurso se sustanciará y resolverá en audiencia [...]. El recurrente deberá *fundamentar su pretensión* [...]" (Énfasis añadido, Art. 657.3). La fundamentación del recurso de casación debe efectuarse en audiencia; y, los argumentos expresados por el recurrente delimitan el ámbito de decisión de la Sala de esta Alta Corte.

Al tratarse de un medio de impugnación extraordinario, para que sea posible resolver el fondo de la pretensión, el recurrente debe exponer, al menos, lo siguiente: (**i**) Señalar una norma sustantiva que, a su criterio, fue sido violada por el fallo impugnado; (**ii**) Especificar la modalidad en que ha ocurrido la violación, debiendo considerar que estas modalidades de violación son autónomas; (**iii**) Expresar argumentos o razones que identifique porque ha ocurrido la violación. Si lo expresado en audiencia, no identifica dichas cuestiones, el recurso debe ser desestimado por insuficiencia de fundamentación.

Teniendo presente estas reflexiones consideramos oportuno exponer. El recurrente no determinó normas que considere infringidas; mucho menos, especificó la modalidad en la que considera que ocurrió el error.

Tampoco es posible identificar en que consistiría el error de derecho en lo expresado oralmente; identificamos que expone una alegación sobre cuestiones generales, sin llegar a plantear una cuestión concreta: se refirió a la legalidad, el " Tribunal de instancia debió tener convencimiento sobre la culpabilidad" , el "proceso inicia por una denuncia", la "investigación, así como el auto de llamamiento a juicio, ha sido en base a los que tipifica el Art. 171 inciso primero del COIP", señala el artículo 5.18 del COIP; y, dice efectuar un *análisis* sobre lo referido por el Tribunal de juicio.

Al final se limita a señalar que "las conclusiones que determinaron los peritos lo que se pudo haber

[7] Sentencia No. 00113SEPCC, de 6 de febrero de 2013.
[8] Sentencia No. 15615SEPCC, de 6 de mayo de 2015.
[9] Sentencia No. 19618SEPCC, de 6 de junio de 2018.
[10] Sentencia No. 217018EP/20, de 29 de julio de 2020.
[11] Sentencia No. 52716EP/ 21, de 14 de abril de 2021.

marcado es algo que determina el artículo 159 del mismo cuerpo legal"; y, dio lectura a ciertas partes de la norma. Concluyó expresando que "se evidencia que la misma sentencia emitida por el Tribunal de instancia, así como la ratificación de la Sala Provincial, es claro que no existió cometimiento del delito, tanto es así que como ya lo había indicado ellos, el mismo Tribunal no tiene pleno convencimiento".

Resulta indudable que no se plantea un error de derecho, sino alegación sobre cuestiones generales, cuyos términos lo único que revelan es la inconformidad con el fallo dictado por la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua.

La falta de precisión de la norma violada y la modalidad de en qué habría ocurrido la infracción de derecho, resulta un comportamiento contrario al principio de taxatividad, el cual exige el encuadre del reproche desde la naturaleza de cada una de las modalidades.

Cuando se sostiene que el error radica en haber incurrido en contravención expresa, la fundamentación debe ceñirse a argumentar porque una norma no ha sido aplicada. En este caso, en una parte del discurso se hizo alusión a la contravención expresa, pero se limitó a indicar el contenido de la norma.

Además, debemos precisar:

(i) Hemos referido en otras ocasiones que el recurso de casación debe plantear un debate directo con la sentencia de apelación, más no con decisiones de otra naturaleza adoptada en el proceso judicial; de manera que, resulta totalmente incorrecto exponer un alegato y sostener que todas las decisiones son erróneas[12].

El recurso de casación está orientado a corregir los errores de derecho que fueron objeto de resolución en la sentencia de apelación. No es posible plantear ciertas cuestiones exclusivamente mediante recurso de casación o limitarse a reiterar los planteamientos expresados como fundamento de la apelación; lo primero equivaldría a una innovación del debate respecto de algo no planteado, ni resuelto por la sentencia de apelación y lo segundo porque implicaría, en realidad, se resuelva una segunda apelación, ignorando que el objeto del recurso de casación es la acreditación del error del derecho.

Aunque la jurisprudencia de esta Sala ha indicado que las sentencias son inescindibles, no resulta posible que el fundamento del recurrente plantee cuestiones indistintamente del fallo de primera instancia o de segunda instancia, basado en el criterio de que el segundo confirma el sentido del fallo del primero y por ello son uno solo.

Es más, de acuerdo a las normas procesales, las reglas de procedimiento determinan unos requisitos concretos para la sentencia escrita de primera instancia (Art. 622); tales requisitos no son exigibles, ni aplicables al fallo de apelación, el cual debe centrarse de manera principal en los argumentos del recurrente (Art. 654.4 COIP) y resolverlos (Art. 654.5 COIP).

De ahí que, aunque es exigible a los fallos de apelación un examen amplio al tratarse de un recurso ordinario, no por ello la sentencia de primera instancia y de apelación son lo mismo para los efectos del recurso de casación.

(ii) La invocación del artículo 5.18 del COIP o del estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable no permite controvertir los hechos probados, ni prescindir de ellos para la pretensión de casación.

Como parte de su alegación –debido a que esto no puede considerarse un cargo– el recurrente menciona el artículo 5.18 del COIP y parece cuestionar que el Tribunal de instancia ha declarado probada la "responsabilidad" únicamente con el testimonio de la víctima.

Debemos precisar que esta cuestión parte de un auténtico irrespeto de los hechos declarados probados en el fallo impugnado. No se trata de un error de derecho que la Sala pueda corregir mediante el análisis de una infracción del derecho positivo, sino que se orienta a cuestionar la valoración de la prueba o prescindir de esa declaración, asumiendo que el testimonio de la víctima sería insuficiente para acreditar un hecho.

La ley procesal determina que son medios de prueba los documentos, testimonios y pericias (Art. 498 COIP), los cuales están regulados de acuerdo a distintas normas (Arts. 499 y ss.). En las disposiciones generales de la prueba, el legislador ha previsto el principio de libertad probatoria según el

[12] Proceso No. 01283-2019-00792, sentencia de 13 de abril de 2022

cual "todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por *cualquier medio* que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas." (Énfasis añadido, Art. 454.4 COIP), así como el principio de pertinencia que "las pruebas deberán referirse, *directa o indirectamente* a los *hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción* y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada." (Destacado nos corresponde, Art. 454.5 COIP).

Para determinar que se considera probado, el Tribunal de juicio debe efectuar un análisis " en relación a las pruebas practicadas" (Art. 622.2 COIP), sin que la o el juez esté obligado a exigir una prueba específica o cantidad de pruebas para la acreditación de los hechos. La suficiencia probatoria deriva de la calidad, más no de la cantidad de la prueba.

En el presente caso, el recurrente parece cuestionar que el Tribunal de juicio se haya sustentado únicamente en el testimonio de la víctima; pero incurre en una contradicción. Más adelante identifica otros 5 testimonios que también habrían sido valorados para determinar los hechos que se consideran acreditados en el proceso: agresiones verbales, actitud posesiva, llevarle del cabello, golpearle en la cabeza, darle patadas, le torcía las manos.

Como Sala de casación no podemos controlar la corrección de la valoración de los medios de prueba, pero hacemos notar que la decisión de la Sala de apelación confirma los hechos que declaró probados el Tribunal de juicio considerando diferentes medios de prueba: peritaje de entorno social y el peritaje psicológico que detalla el tiempo y tipo de relación entre la víctima y el procesado, así como diferentes acontecimientos que habrían ocurrido en distintas fechas (3.2); el testimonio de la víctima que indica los acontecimiento, conductas y actuaciones del procesado en diferentes lugares y tiempo; el testimonio del perito Mario Zúñiga que examinó 3 números telefónicos registrados a nombre del procesado del que se advierten 91 llamadas en distintas fechas exclusivamente del procesado hacia la víctima.

En todo caso, el planteamiento de que únicamente el testimonio de la víctima es insuficiente para considerar probada la responsabilidad, no solo riñe con la naturaleza del recurso de casación, en la perspectiva de que esta Sala no está autorizada a modificar los hechos que se han declarado probados por la decisión impugnada, sino que olvida una cuestión básica en materia probatoria, pues no existe un régimen de prueba tasada. Además, que la sentencia permite apreciar que se valoró 3 testimonios adicionales.

Se trata entonces de una inconformidad del recurrente con los hechos declarados probados. La ley prescribe que en el recurso de casación " no son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba" (Art. 656 inciso segundo COIP). Para fundamentar la pretensión de casar la sentencia impugnada, el recurrente debe respetar los hechos declarados probados; de manera que sus argumentos no pueden basarse en la modificación de los hechos o examen de las pruebas.

La jurisprudencia constitucional ha dicho que los jueces de esta Sala "carecen de atribuciones para hacer una nueva valoración o apreciación de los medios de prueba incorporados al proceso, ya que la valoración de las pruebas es potestad exclusiva de las autoridades jurisdiccionales de instancia."[13], así como ha declarado que los jueces "actuaron conforme a una norma clara, previa y pública que les impedía entrar a valorar nuevamente la prueba, respetando la naturaleza extraordinaria del recurso."[14].

En la misma perspectiva, en decisiones precedentes hemos declarado que el recurso exige que se guarde el más absoluto respeto de los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de juridicidad, de tal manera que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado[15]. Hay que recordar que nuestro régimen de casación no comprende la posibilidad de examinar los errores de hecho, de manera que el límite fijado por el legislador resulta infranqueable para el ámbito de la decisión que deba adoptar la Sala.

[13] Sentencia No. 60911EP, de 28 de agosto de 2019.
[14] Sentencia No. 107316EP/ 21, 12 de mayo de 2021.
[15] Proceso No. 1727020141797, sentencia de 14 de junio de 2021; proceso No. 15281201600841, sentencia de 23 de noviembre de 2021, entre otros.

En todo caso, sobre la parte final el recurrente acepta que existen hechos probados, solo que difiere de la calificación de delito de violencia psicológica y sostiene que se tratarían de una contravención de violencia.

Al respecto cabe indicar, que ello debió plantearse como cuestión de procedimiento en la audiencia preparatoria de juicio, pues de ser como se sostiene, el asunto no pudo haberse juzgado conforme las reglas del procedimiento ordinario. No obstante, tales afirmaciones son únicamente una muestra del desorden de las alegaciones.

Por lo tanto, la afirmación de que la responsabilidad de la infracción no está probada, pretende desatender la modificación de los hechos probados.

Lo señalado sería suficiente para declarar improcedente el recurso de casación, considerando que incluso la jurisprudencia constitucional ha precisado que es viable declarar improcedente cuando el recurrente "no proporción[a] elementos para casar la decisión del tribunal de apelación"[16], así como que "[...] las acciones, recursos o peticiones que se propongan ante los órganos jurisdiccionales deben ajustarse necesariamente a los requisitos, condicionamientos y características propias de cada herramienta procedimental; caso contrario los operadores de justicia no *podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o petición*."[17] (Cursiva nos pertenece)

Sin perjuicio de lo señalado, abordaremos si los hechos declarados probados pueden considerarse delito de violencia psicológica; y, permiten sancionar la conducta del recurrente.

5.1.- Tipicidad de los hechos declarados probados.

Debemos iniciar precisando que la redacción actual del artículo 157 del Código Orgánico Integral Penal fue adoptada mediante reforma promulgada en el suplemento del Registro Oficial No. 175, de 5 de febrero de 2018[18]; y, los hechos materia del proceso ocurrieron entre 2016 y 2018. Aunque esta reforma modificó la tipificación del delito de violencia psicológica, la modificación del legislador no estaba orientada a una despenalización de la conducta.

El Código Orgánico Integral Penal, en su redacción vigente al tiempo al tiempo de los hechos, prescribía:

> **Art. 157.- Violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar.** La persona que, como manifestación de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cause perjuicio en la salud mental por actos de perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento o control de creencias, decisiones o acciones, será sancionada de la siguiente manera:
> 1. Si se provoca daño leve que afecte cualquiera de las dimensiones del funcionamiento integral de la persona, en los ámbitos cognoscitivos, afectivos, somáticos, de comportamiento y de relaciones, sin que causen impedimento en el desempeño de sus actividades cotidianas, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días.[19] [...]

[16] Sentencia No. 107316EP/ 21, de 12 de mayo de 2021.

[17] Sentencia No. 234517EP/ 21, de 21 de abril de 2021.

[18] Mediante la Disposición Reformatoria Sexta de la Ley s/n, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 175, de 05 de febrero de 2018, el artículo 157 del COIP pasó a tener la siguiente redacción: "Violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar.Comete delito de violencia psicológica la persona que realice contra la mujer o miembros del núcleo familiar amenazas, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, hostigamiento, persecución, control de las creencias, decisiones o acciones, insultos o cualquier otra conducta que cause afectación psicológica y será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.
Si con ocasión de la violencia psicológica se produce en la víctima, enfermedad o trastorno mental, la sanción será pena privativa de libertad de uno a tres años.
Si la infracción recae en persona de uno de los grupos de atención prioritaria, en situación de doble vulnerabilidad o con enfermedades catastróficas o de alta complejidad, la sanción será la máxima pena, aumentada en un tercio."

[19] Mediante Ley s/n publicada en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 526, de 30 de agosto 2021, se adoptó la siguiente redacción del artículo 157 del COIP: "Comete delito de violencia psicológica la persona que busca degradar o controlar acciones, comportamientos, pensamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, manipulación, chantaje, hostigamiento, humillación, o aislamiento, o cualquier otra conducta que cause afectación psicológica, contra la mujer o miembros del núcleo familiar, y será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.
Si la infracción recae en personas de uno de los grupos de atención prioritaria, en situación de doble vulnerabilidad o con enfermedades catastróficas o de alta complejidad o, si con ocasión de la violencia psicológica se produce en la víctima, enfermedad o trastorno mental, la sanción será pena privativa de libertad de uno a tres años."

Resulta necesario determinar el significado de violencia y la naturaleza de que esta violencia se califique como psicológica.

Etimológicamente, el término violencia proviene de expresión *vis* que significa "fuerza" y *olentus* que se traduce como abundancia; lo cual implica, que a la expresión puede atribuirse las actuaciones o conductas que involucran mucha fuerza. Lingüísticamente, la RAE centra el concepto de violencia en la acción o el comportamiento como un modo de proceder.

Así, la *violencia* puede ser entendida como el uso de la fuerza para imponer la voluntad de una persona frente a otra o para conseguir una finalidad; involucra el comportamiento brusco o la actitud abusiva que produce daño.

En tal perspectiva, violencia puede emplearse en múltiples escenarios, como por ejemplo armada, social o intrafamiliar; y, alcanzar diversas dimensiones como la física o moral.

En el derecho, la violencia representa un resultado prohibido. Osorio, por ejemplo, dice que comprende la acción de y efecto de violentar, esto es, de "aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia". En ese sentido, no entendemos la palabra violencia como una expresión vacía sino como la materialización de conductas prohibidas.

El término psicológica, por su parte, está relacionado con el estudio de la vida psíquica o de la mente humana. No corresponde profundizar en el ámbito de lo que implica la psicológica, sino que a los efectos de la norma penal debemos señalar que la violencia debe materializarse en la salud psíquica o en la mente humana de la mujer o un miembro del núcleo familiar.

Ahora bien, centrándonos en el delito de violencia psicológica, debemos precisar que la técnica del legislador no es la mejor para la comprensión del delito; sin embargo, ello no impide identificar sus elementos.

La norma penal inicia por identificar el sujeto activo como cualquier persona. Ello tiene su razón de ser, en que la víctima puede ser una mujer sin necesidad de acreditar nexo intrafamiliar o una persona miembro del núcleo familiar, sólo en este segundo caso el sujeto activo será calificado.

Respecto de la conducta que debe considerarse constitutiva del delito. El legislador identifica varios comportamientos o conductas que satisfacen la tipicidad: actos de perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento o control de creencias, decisiones o acciones. Desde la óptica del legislador, el delito puede ejecutarse a través de cualquiera de estas formas de comportamiento.

La siguiente cuestión es el resultado de la conducta tipificada; causar perjuicio en la salud mental de la mujer o miembro del núcleo familiar. Esta previsión del legislador, exige que para considerar acreditado el delito de violencia psicológica, es necesario un resultado.

En cuanto al resultado, en la redacción vigente al tiempo de los hechos, el legislador determinó escalas o grados de afectación en la salud mental de la víctima, para los efectos de la aplicación de la pena. Aquí debemos precisar que, en la opción escogida por el legislador, el delito de violencia es uno solo; y, los grados de afectación determinaban una diferenciación en la punibilidad de la conducta del sujeto activo o procesado.

En lo que interesa al presente caso, el numeral 1 comprende la afectación leve en la salud mental de la víctima de la violencia. Tal afectación puede comprender los ámbitos cognoscitivos, afectivos, somáticos, de comportamiento y de relaciones sin causar impedimento de las actividades cotidianas.

El resultado típico puede derivar de una sola conducta o de varias conductas ejecutadas por el sujeto activo sobre la víctima, no siendo indispensable que se ejecuten todas ellas para satisfacer la tipicidad establecida por el legislador. Así, por ejemplo, reiteradas conductas podrían generar afectación leve; o este resultado puede devenir de humillaciones, amenazas y chantajes ejecutados de forma simultánea o incluso alternadamente en diferente tiempo.

Debemos clarificar que la ejecución del delito de violencia psicológica no puede ser entendida como los demás delitos, pues éste puede comprender la ejecución de conductas simultáneas, pero no se limita a ellas; y, también puede derivar de conductas habituales ejercidas o ejecutadas durante un periodo de tiempo. El denominado círculo de violencia es fundamental para señalar que el análisis judicial no puede limitarse a considerar conductas o actos aislados, sino que debe considerar el conjunto de comportamientos.

Los actos de perturbación comprenden la destrucción o anulación del orden regular de las cosas. Desde la comprensión del delito de violencia psicológica implica las conductas que están orientadas alterar el estado psicológico de la víctima. Se trata de conductas que provocan un menoscabo o alteración psíquica en la víctima.

Como resultado de esta violencia, por lo general se produce en la víctima una consecuencia traumática de un acontecimiento que ha sido vivenciado como un ataque que desborda un nivel de tolerancia de la persona, que se instaura a nivel inconsciente por su grado de intensidad y la incapacidad del sujeto de responder a él, por la desorganización de sus mecanismos defensivos. Las secuelas de este delito producen en la victima trastornos de características patológicas que se mantienen por un tiempo indeterminado, que pueden o no ser remisibles.

La amenaza resulta más conocida en el ámbito penal como manifestación del delito de intimidación, entendida como los actos o palabras que hacen entender que se producirá algún mal; no obstante, desde la perspectiva de la violencia psicológica puede consistir en conductas más sutiles.

Por manipulación entendemos la ejecución de conductas orientadas a lograr el control del comportamiento de la víctima, esto es, conociendo la personalidad de la víctima, se despliega un comportamiento orientado a logar cierto tipo de acciones por su parte.

El chantaje se materializa en conductas que exponen una presión o advertencia sobre la víctima; esencialmente, esta manifestación de violencia está orientada con hacer pública cierta información o situación de la víctima.

La manipulación y el chantaje también pueden ser emocionales, pues el agresor eventualmente genera situaciones o profiere expresiones con la finalidad de dominar y anular a otro a través de manejarle emocionalmente; por lo general evocando sentimientos de culpa, haciéndole sentir a la víctima que se equivoca, que es egoísta, que no le cuida, que es mala persona o que está loca.

La humillación consiste en la ejecución de actos ofensivos o denigrantes sobre la víctima, están dirigidos a posicionar a la víctima como alguien inferior.

Cuando se sufre aislamiento como forma de violencia psicológica, se ejecuta conductas orientadas a lograr que quede fuera de su círculo social, laboral o familiar; evitar el contacto con otras personas que pertenecían al ámbito o circulo de la víctima.

Debemos iniciar dejando constancia que se ha acreditado el ámbito familiar penal entre la víctima y el procesado (Art. 155 COIP). Inicialmente, el procesado y la víctima fueron pareja sentimental y posteriormente contrajeron matrimonio; por lo tanto, en principio existieron vínculos afectivos y la calidad de cónyuge.

Los hechos declarados probados satisfacen esta tipicidad; y, fueron ejecutados por el procesado. En el presente caso, la sentencia determina que, entre el año 2016 y 2018, se produjeron varios eventos por parte del procesado que permiten calificarlos como constitutivos de violencia psicológica contra la víctima.

Los hechos son diversos y variados, comprendiendo un periodo desde la etapa de enamorados hasta el matrimonio. La sentencia detalla, sobre la base del testimonio de la víctima, que cuando eran enamorados "le quemó la pierna derecha con un cigarrillo" , el procesado utilizaba el acoso para obtener beneficio económico, aunque las cantidades no eran elevadas; cuando dio a luz (nacimiento de la hija) "venía los fines de semana", se dedicaba a "gritarle", le molestaba a la hija para que llore.

En cierta ocasión "en la habitación, me cogió del cabello", le daba "cachetadas" y "patadas"; también se hace constar insultos, expresiones como " prostituta" , en cierta ocasión le dijo "[...] que era una puta, una prostituta, que no quería estar con ella porque no era nadie [...]"; en otra oportunidad le dijo "[...] puta regalada, que ha venido con un mozo [...]". La violencia era física y verbal, porque la relación de pareja siempre fue conflictiva, ella no trabajaba por los acosos, debido a la actitud del procesado la víctima no salía de la casa.

Cierto día cuando la víctima salió "con sus primas" le cogió del cabello, aceleró y le decía " vamos a morir juntos" y que "me iba a votar en una quebrada", le "quitaron una navaja".

El Tribunal de juicio declara estos hechos como probados sobre la base de prueba testimonio y pericial y determina que durante la convivencia y luego de la separación en la comunicación del procesado con la víctima había constantes gritos, agresiones verbales a través de malas palabras.

Debemos tener presente que las conductas vejatorias o humillantes, consisten en crear en las víctimas sentimientos de temor, de miedo y angustia, de inferioridad, susceptibles de anular la dignidad de la víctima como persona, de envilecer y quebrantar la resistencia moral e incluso física de la víctima. La hostilidad verbal en forma de insulto, la desacreditación constante supone actos de violencia psicológica.

El lenguaje puede ser instrumentalizado para ejercer violencia, pues existen expresiones verbales que reproducen o fomentan la discriminación de las mujeres asignándoles una imagen de inferioridad y subordinación.

La palabra "puta" es una clara expresión de esa instrumentalización para la violencia, pues en el contexto de la pareja no es un insulto que se limita a un significado lingüístico, está asociado a la discriminación, maltrato y estigmas que se les imputan a las mujeres; generalmente representa la ausencia de valor como persona. El uso de la expresión " puta" se utiliza para representar a la mujer que en cierto contexto tienen sexo con quien desean y cuando lo desean, a quienes la sociedad desprecia.

Es claro que nuestra sociedad ha conferido una carga negativa y desvalorativa a la palabra "puta". En este sentido, al ser el lenguaje productor de realidades esta palabra ha sido utilizada tradicionalmente como un insulto y constituye una práctica violenta.

Si tenemos presente el contexto en el que se empleaba la expresión por parte del procesado, es evidente que se daba este sentido al término con la finalidad de descalificar a la víctima y posicionarse en un escenario de superioridad.

La reiterada y constante expresión en contra de la víctima puede producir una alteración psicológica, herir de manera duradera o definitiva el sentimiento de propia estima que debe poseer todo ser humano.

Se ha probado que en el marco de una demanda de alimentos interpuesta por la víctima se presentaron discusiones en las que el procesado habría dicho " [...] que no va a pasar un centavo y que si un día pasa alimentos él, le matará [...]" ; en otra ocasión le habría mencionado " [...] que se va quedar con mi hija y me voy a morir, decía que se va a suicidar [...]" ; en otra oportunidad a bordo de un vehículo le habría dicho " [...] que se van a morir juntos y que le iba a botar en una quebrada [...]" .

Es claro que estas expresiones contienen amenazas que se proferían de forma habitual y en diferentes escenarios con la finalidad de intimidar a la mujer creando en la víctima sentimientos de temor, miedo y angustia; incluso culpa, pretendiéndole hacer creer que era su conducta la errada al presentar el proceso de alimentos. Indudablemente la amenaza de dar muerte puede provocar intimidación y afectación del ánimo del sujeto pasivo. De manera que, este tipo de conductas satisfacen la tipicidad del delito de violencia psicológica.

Pero, los actos de violencia no se limitaban al ámbito de las expresiones, sino que también se ejecutaban conductas físicas, algunas sutiles y otras que constituyen agresión. Los empujones considerados de forma aislada pueden parecer actos sin entidad ni trascendencia, pero en el contexto de estos hechos, constituyen otra forma de violencia; quemar con un cigarrillo o dar cachetadas y golpes.

El recurrente a través de su alegación –aunque no lo afirme, lo sugiere– pretende esas conductas consideradas de forma conjunta se consideren como " sucesos habituales" durante una relación o ruptura de pareja; y, si nos limitamos a considerar cada una de las conductas de forma aislada o autónoma no satisfacen la tipicidad de la violencia psicológica. Sin embargo, ello es improcedente porque las conductas enjuiciadas deben ser analizadas en su contexto y finalidad.

Existen actos que aisladamente pueden no tener relevancia delictual, pero lo adquieren cuando se producen de manera sistemática y con la finalidad de establecer una relación de superioridad, provocando desvaloración, sufrimiento y afectación en la autoestima de la víctima.

Con anterioridad esta Sala ha declarado que la afectación psicológica, aunque comprenda actos aislados e individualmente irrelevantes para el delito, deben ser comprendidos en su totalidad durante un periodo de tiempo o una modalidad de comportamiento como parte del círculo de violencia que sufre la víctima y que degenera en un daño. Así, las expresiones, ni las conductas pueden ser individualmente consideradas. Incluso, la habitualidad o simultaneidad de esas conductas pueden producir un resultado tal que anulan el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la dignidad de la víctima[20].

Respecto del resultado, esto es, del daño psicológico se ha probado que la víctima "[...] presenta afectación en sus funciones psíquicas como alteración en su estado de ánimo, la disminución en la atención, pérdida de esperanza para su futuro, sentimientos de inferioridad, alteración del apetito, alteración en el sueño, sentimientos de inseguridad y deseos de estar sola [...] aspectos propios de una persona con presunta violencia psicológica [...] que esta persona no presenta trastorno depresivo [...]";

[20] Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2021, Proceso Nro. 15281201600841.

y, la Sala de apelación sobre la base de la consideración de la pericia declara probado el daño leve.
Si bien la afectación de la víctima no ha trascendido al plano de provocar impedimento en sus actividades, ello no excluye la tipicidad de la conducta pues es posible que aún sin afectación en las actividades cotidianas de la víctima el delito castiga esencialmente la alteración y puesta en peligro de la salud mental.
Para la comprensión de la violencia psicológica también se debe tener presente que la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres establece:

> b) Violencia psicológica. Cualquier acción, omisión o patrón de conducta dirigido a causar daño emocional, disminuir la autoestima, afectar la honra, provocar descrédito, menospreciar la dignidad personal, perturbar, degradar la identidad cultural, expresiones de identidad juvenil o controlar la conducta, el comportamiento, las creencias o las decisiones de una mujer, mediante la humillación, intimidación, encierros, aislamiento, tratamientos forzados o cualquier otro acto que afecte su estabilidad psicológica y emocional.
> La violencia psicológica incluye la manipulación emocional, el control mediante mecanismos de vigilancia, el acoso u hostigamiento, toda conducta abusiva y especialmente los comportamientos, palabras, actos, gestos, escritos o mensajes electrónicos dirigidos a perseguir, intimidar, chantajear y vigilar a la mujer, independientemente de su edad o condición y que pueda afectar su estabilidad emocional, dignidad, prestigio, integridad física o psíquica; o, que puedan tener repercusiones negativas respecto de su empleo, en la continuación de estudios escolares o universitarios, en promoción, reconocimiento en el lugar de trabajo o fuera de él. Incluye también las amenazas, el anuncio verbal o con actos, que deriven en un daño físico, psicológico, sexual, laboral o patrimonial, con el fin de intimidar al sujeto de protección de esta Ley[21].

Esta norma que ya estaba vigente a la fecha de ciertos hechos, hace referencia a un variado catálogo de conductas que pueden disminuir la autoestiman o afectar la estabilidad emocional de una mujer. Muchas de estas conductas pueden parecer sutiles, no obstante, resulta determinante la afectación que producen en la salud mental de la víctima y la finalidad que tienen para efectos de identificarlas como verdaderas manifestaciones de violencia.
En este caso se ha declarado probado la existencia de celos constantes, el perito acredita la existencia de 91 llamadas telefónicas en diferentes fechas desde dos celulares del procesado hacia la víctima; y, ninguna llamada de la víctima al procesado. Ello determina que la intercomunicación no era mutua.
Esas conductas pueden adscribirse a un ámbito de violencia también existen una serie de mecanismos sutiles, «micromachismos», utilizados por los agresores de forma habitual que poseen un efecto devastador sobre sus víctimas. Entre estos comportamientos que bien pueden considerarse maniobras se encuentran la intimidación, la toma repentina del mando, la insistencia abusiva, el control del dinero, el uso expansivo del espacio físico, abuso de la capacidad de cuidado o celos, maniobras de explotación emocional (culpabilización, chantajes, etc.), desautorizaciones, comentarios descalificadores, distanciamiento, etc.
Todas estas conductas que en un contexto de violencia deben ser analizadas para efectos de determinar la tipicidad de los hechos respecto del delito de violencia psicológica.
La violencia psicológica degrada lenta, pero progresivamente, la integridad psicológica de la víctima. En el caso, incluso el testimonio de la víctima indica que estos escenarios de violencia psicológica estuvieron unidos a escenarios de violencia física como golpes en la cabeza, cachetadas, puntapiés, ruptura de un dedo; también refiere un escenario de violencia sexual en contra de la voluntad de la víctima.
El recurrente sostiene que el acervo probatorio no ha podido llevar al juzgador al pleno convencimiento de la participación y cometimiento del delito. También sostiene que la conducta juzgada corresponde a la contravención contenida en el

[21] Publicada en el Registro Oficial Suplemento 175 de 05feb. 2018.

artículo 159 del COIP, vigente a la fecha de los hechos, que determina:

> Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. La persona que hiera, lesione o golpee a la mujer o miembros del núcleo familiar, causándole lesiones o incapacidad que no pase de tres días, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a treinta días[22].

Debemos recordar que la sentencia ha declarado que los hechos iniciaron antes de la reforma de 5 de febrero de 2018, por lo que el análisis debe considerar las normas vigentes en esa fecha.

La contravención que invoca el recurrente refiere a heridas o lesiones que provoquen una afectación en la integridad física de la víctima con resultado de incapacidad menor a tres días. En este caso es claro que el resultado no es la afectación psicológica de la víctima sino física, lo que determina que se trata de un tipo penal sustancialmente diferente a la violencia psicológica.

Dado que el recurrente no expone las razones por las que considera que la conducta corresponde a esta tipificación, no se puede analizar con profundidad su planteamiento.

Finalmente, el recurrente alegó que la investigación, así como el auto de llamamiento a juicio ha sido en base a lo que tipifica el Art. 171 inciso primero del COIP. Revisado el expediente se determina que en la audiencia preparatoria de juicio de fecha 28 de noviembre de 2020, el procesado fue llamado a juicio por el delito de violencia psicológica (Art. 157 del COIP). Por lo tanto, las afirmaciones del recurrente son falsas y no se puede atender planteamientos que no coinciden con la realidad procesal; y, conforme se expuso de forma oral, constituye una actuación indebida del profesional con la finalidad de inducir a error al órgano judicial, siendo contrario a la buena fe, lealtad procesal y deberes profesionales.

VI.- DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, conforme lo dispuesto en el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, 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**, rechaza por improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado; y, ordena la devolución del proceso al órgano jurisdiccional de origen para su ejecución. **HÁGASE SABER**.

f) Dr. Walter Macias Fernández, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL; Dra. Hipatia Ortiz Vargas, CONJUEZA NACIONAL.

---

[22] Mediante Ley s/n Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 107 de 24 de Diciembre del 2019, se adoptó la siguiente redacción del artículo 159 del COIP: "Será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días, persona que hiera, lesione golpee a la mujer o miembros del núcleo familiar, causando daño o enfermedad que limite o condicione sus actividades cotidianas, por un lapso no mayor a tres días.
La persona que agreda físicamente a la mujer o miembros del núcleo familiar por medio de puntapiés, bofetadas, empujones o cualquier otro modo que signifique uso de la fuerza física sin causarle lesión, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a diez días o trabajo comunitario de sesenta a ciento veinte horas y medidas de reparación integral.
La persona que realice actos de sustracción, destrucción, retención de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales o bienes de la sociedad de hecho o conyugal, en los casos en que no constituya un delito autónomo tipificado en este Código, será sancionada con trabajo comunitario de cuarenta a ochenta horas y la devolución de los bienes o el pago en valor monetario de los mismos, y medida de reparación integral.
La persona que, por cualquier medio, profiera improperios, expresiones en descrédito o deshonra en contra de la mujer o miembros del núcleo familiar, en los casos en que no constituya un delito autónomo tipificado en este Código, será sancionada con cincuenta a cien horas de trabajo comunitario y se dispondrá el tratamiento psicológico a la persona agresora y a las víctimas, así como medidas de reparación integral."

V

Juicio Nro. *16281-2021-00230*
Resolución Nro. *709-2022*
Fecha: *2 de septiembre del 2022, las 16h56*

TEMA: Presunción de culpabilidad que transgrede el principio de presunción de inocencia en el delito de tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan.

ASUNTO

En el presente caso se discute la inexistencia de respaldo probatorio, la falta de exclusión de posibilidades fácticas, la criminalización del consumo y la ausencia de respaldo argumentativo o fáctico para sancionar penalmente a una persona, respecto de quien Fiscalía únicamente habría demostrado circunstancias de consumo y no de comercialización.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El 14 de junio de 2021, el juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Pastaza declaró la culpabilidad de la procesada, como autora directa de la conducta penalmente relevante tipificada en el artículo 220 número 1 letra b del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena privativa de libertad de tres años.

El juzgador consideró que la prueba aportada por Fiscalía ha sido lícita y suficiente, a tal punto que se ha creado el convencimiento de la existencia de la infracción, así como el hecho de que la ciudadana procesada ha participado en calidad de autora directa, púes se ha demostrado que se reúnen todos los presupuestos de la norma transgredida.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza rechaza el recurso de apelación y confirma la sentencia condenatoria, señalando que se ha probado tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad de la procesada, quien cometió el delito contemplado en el artículo 220 numeral 1 literal b) del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autora.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 16281-2021-00230

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, viernes 2 de septiembre del 2022, las 16h56.
VISTOS:

I. ANTECEDENTES
1.1 Antecedentes procesales.
La doctora Diana Lorena Cisneros Ortiz, Jueza de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Pastaza, provincia del mismo nombre, en sentencia de 14 de junio de 2021, las 15h08, declaró a Shirley Madona Chao Dagua, autora directa del delito de

tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el artículo 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal—COIP—, por lo que le impuso la pena privativa de libertad de tres años y multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general; y, no aceptó el pedido de suspensión condicional de la pena. De esta decisión, la procesada presentó recurso de apelación.

La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, en sentencia 14 de julio de 2021, las 17h30, rechazó el recurso de apelación propuesto y de oficio, invocando el Convenio 169 de la OIT, dispuso que se den las facilidades a la persona condenada para que siga participando de la vida comunitaria mientras cumple con la pena privativa de libertad. En lo demás ratificó la sentencia subida en grado.

La procesada Shirley Madona Chao Dagua presentó recurso de casación.

1.2.- Hechos acusados y hechos probados

Según la sentencia de la Corte de Apelaciones, los hechos acusados a la persona procesada son:

> 5.1.- ALEGATO DE APERTURA DE PARTE DE LA FISCALIA:
>
> Alegatos de apertura indica Fiscalía, que el día domingo 11 de abril de 2021 en la parroquia Shell, en cumplimiento de los operativos de control de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sujetas a fiscalización se encontraban realizando patrullaje sobre las calles Vilen Kubes y Av. Luis Jácome, siendo aproximadamente las 16h30, percatándose la presencia de ciudadanos en la calle Vilen Kubes, con actitud evasiva, inmediatamente se acercaron, les indicaron que eran agentes de antinarcóticos, los mismo que se identificaron como Francisco Valverde al realizar el registro minucioso no se le encuentra nada en su poder. Posteriormente al realizar un registro minucioso a Shirley Madona Chao Dagua con cedula de identidad No. 16001061466, en su cartera rosada que llevaba puesta, se encuentra en el bolsillo pequeño frontal dos envolturas plásticas trasparentes con cinco y cuatro fundas plásticas pequeñas, conteniendo en su interior una sustancia blanquecina presumiblemente (base de cocaína), siguiendo con el registro se encuentra quince dólares americanos de diferente denominación, con los antecedentes interpuestos se procede a la aprehensión por delito flagrante por presunto tráfico de sustancias sujetas a fiscalización a la ciudadana ecuatoriana Shirley Madona Chao Dagua con cédula de identidad 1601061466; se realiza la prueba homologada de identificación preliminar de campo, a la sustancia que da positivo para cocaína dando un peso bruto de 8 gr. [Sic]

Luego del análisis correspondiente, la Corte de Apelaciones, concluyó:

> [...] Por todos estos actos y las consideraciones expuestas se ha probado tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad de la procesada Chao Dagua Shirley Madona cometió el delito, infringiendo el ordenamiento jurídico, en la forma prevista en el tipo penal, en calidad de autor del delito establecido, en el Art. 220 numeral 1 literal b) en relación con el Art.42 literal a) del Código Orgánico Integral Penal. En este sentido el Código Orgánico Integral Penal en el Art. 220 indica "el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización", la persona que directa o indirectamente, sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente 1) Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envié, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectué tráfico ilícito de sustancias estupefaciente y psicotrópicas o preparados que las contenga, en las cantidades señaladas, en las escalas previstas, en la normativa correspondiente, será sancionado con pena privativa de libertad, en la siguiente manera a) mínima escala de 1 a 3 años, b) mediante escala de 3 a 5 años, c) alta escala de 5 a 7 años, d) gran escala de 10 a 13 años, de esta manera se ha probado la materialidad de la infracción como la responsabilidad del procesado, con las pruebas aportadas dentro de la audiencia de juicio [...].[Sic]

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. Competencia

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—.

En la audiencia de fundamentación del recurso intervinieron el abogado Byron Guillén Zambrano, Juez Nacional; el doctor Felipe Córdova Ochoa, Juez Nacional; y, la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente.

Conocida oportunamente la integración del Tribunal, no se ha impugnado su competencia, ni la de quienes lo integramos.

2.2. Validez procesal

Por la fecha en que inició el proceso, según formulación de cargos el régimen procesal aplicable a la causal 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 *en la tramitación del recurso de casación* que vicien el procedimiento y puedan incidir en el resultado final de esta causa.

En consecuencia, el recurso es válido y así se lo declara.

2.3. Alegaciones de los sujetos procesales

a. Fundamentación del recurso de casación.- el abogado Jorge Meza Espín, como fundamento del recurso de casación presentado por la procesada Shirley Madona Chao Dagua, expresó:

- Presenta recurso de casación en contra de la sentencia se segunda instancia.
- Reclama la errónea interpretación del artículo 364 CRE, la contravención expresa del artículo 29 COIP, y la indebida aplicación del artículo 220.1.b) COIP.
- Sobre la errónea interpretación del artículo 364 CRE, este artículo establece que las adicciones son un problema de salud pública y que está prohibida su criminalización. En el numeral séptimo de la sentencia, se criminalizó la conducta de la persona procesada pese a que se consideró demostrado que era consumidora, y se dijo que sí se había garantizado la norma constitucional a través de políticas públicas.
- Respecto de la contravención expresa del artículo 29 COIP, para que una conducta sea penalmente relevante debe ser antijurídica, debe amenazar o vulnerar un bien jurídico protegido por el COIP, en la presente causa no existe lesividad porque no se ha afectado al bien jurídico salud pública, sino que se trata de una persona farmacodependiente que no ha tenido la intención de vulnerar el bien jurídico protegido.
- En cuanto la indebida aplicación del artículo 220.1.b) COIP, debía aplicarse en su lugar el artículo 5.3 ibidem, pues no se demostró que hubiera intención de tráfico en la conducta de la persona procesada, la Fiscalía jamás justificó intencionalidad, como lo exige la sentencia 717-CN-19 de la Corte Constitucional del Ecuador, que exige la demostración de que la sustancia está destinada a la comercialización más allá de una cantidad mayor a los umbrales permitidos. Sobre lo que no se dice nada en la sentencia de segunda instancia.
- Solicita que se acepte el recurso de casación o que se proceda con la casación de oficio si su fundamentación ha sido equivocada.

b. Contestación del recurso de casación.- el abogado Alfredo Rodríguez Ramos, delegado de la Fiscalía General del Estado, contestó:

- Cuando se habla de errónea interpretación, implica que la norma permite resolver la causa, pero que se le dio un alcance distinto al que previó el legislador. El recurrente se contradice con el principio de taxatividad porque la norma del artículo 364 CRE no resolvió la causa sino la del tipo penal, por lo que no se podría considerar que existe una errónea interpretación de la norma referida.
- También se contradice al principio de autonomía, porque la sala de apelación al subsumir la conducta al tipo penal realiza un análisis precisamente de la salud pública como bien jurídico protegido, se hacen citas del artículo 358 para hacer "énfasis en el análisis del juicio de tipicidad sobre los complementos normativos con los que se conjugan la acción verbal", por lo que el primer cargo sería improcedente.
- En cuanto la contravención del artículo 29 COIP, la sentencia si realiza un estudio en lo fáctico y probatorio desarrollando los criterios del bien jurídico protegido, que en este caso es haber puesto en peligro la salud pública, se hizo un análisis de interculturalidad y un enfoque de las estructuras del tipo penal. Y sí se compagina con lo que

establece la Corte Constitucional en la sentencia "7-17 del 2019", por lo que no se ha criminalizado a las personas consumidoras.

- Se ha determinado un excedente a la conducta, por lo que se realizó el verbo rector del tipo penal, excedente que permite considerar a la conducta de tráfico de sustancias, con el correspondiente respaldo probatorio, por lo que se cumplió con todos los elementos de la tipicidad, y no existe indebida aplicación del artículo 220.1.b).
- Finalmente, el recurso de casación no cumple con el requisito de trascendencia, pues se ha expuesto una inconformidad con la decisión tomada y no un reproche de casación de segundo nivel.

2.4. Consideraciones del Tribunal

El recurso de casación es extraordinario, pues para su interposición y procedencia se establecen en la ley causas y limitaciones específicas en el ámbito de 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 la prohibición, previstas en el artículo 656 COIP.

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.

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.

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.

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.

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.

La defensa técnica del recurrente plantea tres cargos:

La errónea interpretación del artículo 364 CRE, respecto a la prohibición constitucional de criminalización del consumidor. Pues alega que pese a que se ha demostrado que es consumidora ha sido criminalizada, por cuanto el juzgador no ha internalizado en su razonamiento adecuadamente la norma

La contravención expresa del art. 29 del COIP, sobre la antijuridicidad de la conducta, pues el consumo de drogas es un ejercicio de su libertad y autodeterminación, que solo afecta a la persona procesada, y no hay lesividad a la salud pública.

Y, la indebida aplicación del artículo 2201.b) COIP, pues la ser consumidora se debía respetar el principio de presunción de inocencia y se debía ratificar su estado de inocencia.

Todos estos cargos, parten de un solo punto de disconformidad, según la defensa del recurrente el mismo tribunal de apelación da por probada la calidad de consumidora de la persona procesada, y no se realiza el análisis de la intención de tráfico, por lo que no existe el elemento subjetivo del tipo penal. Con lo que no se tomaría en cuenta la jurisprudencia de la corte constitucional en esta materia.

Al respecto, la defensa de la procesada da a entender a través de sus cargos que no se ha demostrado ni analizado otra circunstancia más allá de la tenencia para el consumo. Y este Tribunal entiende que su argumento plantea que el consumo por parte de la persona procesada excluye a la tipicidad de la conducta de tenencia de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, lo que contradice a la jurisprudencia constitucional.

En este sentido, cabe aclarar que la misma sentencia No. 7-17-CN/19 de 2 de abril de 2019, establece en el numero 2 de su parte resolutiva, que:

> El inciso final del artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal es compatible con el artículo 364 de la CRE, en lo que atañe al objeto de esta sentencia, interpretándose en el sentido que el hecho de superar las cantidades máximas establecidas, no es constitutivo del tipo penal de tenencia y posesión, no establece indicio ni presunción de responsabilidad penal. Si el detenido supera las cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal, corresponde a los operadores de justicia establecer que la persona en tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, tenga la intención de traficar en lugar de consumir, en el marco del derecho al debido proceso.

Es decir, del mismo modo en que el hecho de superar las cantidades mínimas no es elemento suficiente para declarar la responsabilidad penal de la persona procesada, la calidad de consumidora tampoco es, per se, un excluyente de la responsabilidad penal.

El tipo penal, bajo los estándares constitucionales, exige que se realice un análisis expreso de porque la persona procesada en tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados (sea consumidora o no) que las contengan, tenga la intención de traficar en lugar de consumir.

Análisis que se encuentra en la sentencia de segunda instancia, a fojas 41 vuelta del expediente de apelación, cuando establece con claridad que:

> 4) En cuanto a la pruebas de defensa del procesado, por intermedio del Abg. Fredy Guachi compareciendo en calidad de Defensor Público al respecto al Art. 630 del COIP, conforme con el Art.26 del COFJ, actuando con lealtad procesal, indica que no se ha hecho llegar documentación alguna, además tiene otro proceso vigente e inclusive esta privada de la liberta; el exámen psicosomático, que da como resultado que la procesada es consumidora de sustancias sujetas a fiscalización desde su adolescencia. La Organización mundial de la Salud (OMS), conceptualiza a la droga a toda sustancia que introducida en el organismo o en cualquier vía de administración produce de algún modo una alteración de natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo y además es susceptible de crear dependencia, ya sea psicológica, física o ambas, es decir la adicción a las drogas es una enfermedad cerebral crónica que hace que una persona, tome drogas repetidamente a pesar del daño que provoca, si bien es cierto la procesada Chao Dagua Shirley Madona es adicta a la cocaína, en el momento que se le encontró es su cartera rosada que llevaba puesta, dos envolturas plásticas transparentes, **contenidas cuatro y cinco fundas pequeñas plásticas, que contenían en su interior cocaína, algo desproporcionada para su consumo, danto un total de 7 gramos como peso neto. A sabiendas que de acuerdo al exámen psicosomático de la Dra. María Sanchez García médico de Fiscalía, a quien le había manifestado que es consumidora desde los 13 años de edad, consume dos veces al mes, 5 gramos en dos días, por lo tanto la diferencia que conllevaba era para el tráfico o expendio ya que en sus bolsillos en el momento de su aprehensión se encontraron 15,00 USD.** Además la droga encontrada no era para su consumo inmediato sino que superaba la sustancia que el procesado manifestó que consumía, sobre que la droga encontrada también era para el consumo de su esposo Francisco Valverde, quien se encontraba

con la víctima en el lugar de los hechos, y al realizar el registro corporal no le encontró nada. (El énfasis nos corresponde)

De la lectura de la sentencia de la Corte Provincial se encuentra que se concluye que el excedente de la droga era con fines de tráfico sin ningún respaldo probatorio, por lo que esa afirmación resulta en una incriminación sin fundamento fáctico, lo que constituye una presunción de culpabilidad que trasgrede de manera directa el principio de presunción de inocencia.

Es más, se la simple lectura del razonamiento, todos los elementos recogidos en este, únicamente refieren al consumo de drogas. Por ejemplo: "si bien es cierto la procesada Chao Dagua Shirley Madona es adicta a la cocaína", "en el momento que se le encontró es su cartera rosada que llevaba puesta, dos envolturas plásticas transparentes, [...] dando un total de 7 gramos como peso neto", "[a] la Dra. María Sanchez García médico de Fiscalía, [la procesada] le había manifestado que es consumidora desde los 13 años de edad, consume dos veces al mes, 5 gramos en dos días" . "la droga encontrada no era para su consumo inmediato, sino que [...] la droga encontrada también era para el consumo de su esposo Francisco Valverde, quien se encontraba con la víctima en el lugar de los hechos, y al realizar el registro corporal no le encontró nada".

Por lo que este Tribunal no encuentra respaldo argumentativo respecto a la afirmación "por lo tanto la diferencia [de dos gramos]que conllevaba era para el tráfico o expendio ya que en sus bolsillos en el momento de su aprehensión se encontraron 15,00 USD". Es decir, que por encontrar dinero en el bolsillo de la persona procesada se presume que este era para el comercio de las sustancias ilícitas, sin que exista ningún respaldo probatorio para tal conclusión, tanto así que ni siquiera se realiza el análisis para excluir cualquier otra posibilidad fáctica del uso de ese dinero que permita superar la duda razonable.

En consecuencia, bajo los parámetros expuestos en la sentencia No. 7-17-CN/19 de 2 de abril de 2019, en relación al artículo 364 CRE, que prohíbe la criminalización del consumo, no se encuentra una errónea interpretación, sino una contravención expresa de esa norma. Pues sin respaldo argumentativo o fáctico alguno, la Corte de Apelaciones ha considerado sancionar penalmente a una persona, respecto de quien la Fiscalía únicamente ha demostrado circunstancias de consumo y no de comercialización.

El error en la invocación de la causal por parte de la defensa de la persona procesada no afecta a los fundamentos propuestos en la audiencia, ni a los razonamientos al respecto por parte de este Tribunal en esta decisión. Corrigiendo el error de invocación únicamente en cuanto a la causal de casación correspondiente, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 140 COFJ.

III. DECISIÓN

En virtud de todo lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales anotadas, con fundamento en el artículo 657.5.6 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 acepta el recurso de casación propuesto por Shirley Madona Chao Dagua, por la contravención expresa del artículo 364 CRE, en consecuencia, revoca la sentencia condenatoria dictada por los juzgadores de instancia y en su lugar ratifica su estado de inocencia.

En consecuencia, se dejan sin efecto todas las medidas cautelares personales y reales que se hayan impuesto en su contra por motivo de esta causa.

Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen para su ejecución.- **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

f) Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Byron Guillén Zambrano, JUEZ NACIONAL; Dr. Felipe Córdova Ochoa, JUEZ NACIONAL.

VI

Juicio Nro. 09124-2014-0555
Resolución Nro. 753-2022
Fecha: 13 de septiembre de 2022, las 15h01

TEMA: Análisis del delito de violación sexual y sus elementos probatorios.

ASUNTO

En el presente caso se analiza el delito de violación sexual, tipificado en el artículo 512 del Código Penal, con respecto a la importancia de la prueba pericial psicológica y la prueba testimonial para la emisión de la sentencia condenatoria.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Décimo de Garantías Penales de Guayas declara al procesado responsable del delito de violación sexual, de acuerdo a lo establecido en los numerales 1 y 3 del artículo 512 del Código Penal, en el grado de autor, por haber ejercido autoridad sobre las víctimas, en su condición de padre, imponiéndole la pena de veinte años de reclusión mayor especial.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por el proceso y, en consecuencia, confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado. El tribunal realiza un análisis sobre la competencia, la validez del proceso, el pedido de nulidad, el recurso de apelación y la prueba; que le permitió llegar a la conclusión acerca de la comisión del delito.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09124-2014-0555

Juez Ponente: Dr. Luis Rivera Velasco

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, 13 de septiembre de 2022, las 15h01.

VISTOS: El procesado Benecio Mario Mendoza Riso interpone casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Guayas de 17 de septiembre de 2019 a las 12:37, la cual confirma en integridad el fallo de primera instancia, mismo que culpabilizó al ahora casacionista como autor del delito de violación tipificado y sancionado en los artículos 512 y 513 del Código Penal, y le impuso, entre otras, la pena de veinte años de reclusión mayor especial. Al haberse agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de dictar la sentencia por escrito, se considera:

PRIMERO
JURISDICCIÓN, COMPETENCIA Y VALIDEZ PROCESAL

i. Mediante resolución número 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 de 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.

ii. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante resolución número 02-2021, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) en su artículo 183, sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al COFJ, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 38 del 17 de julio de 2013.
iii. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de casación, conforme lo establece el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), los artículos 10 inciso 2, 184, 186.1 y 192.4 del COFJ; y el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal (CPP).
iv. No se advierte omisión sustancial alguna que influya o pueda influir en la decisión de esta causa, por lo que bajo el cobijo de la norma 76 de la Constitución de la República se declara su validez procesal.

SEGUNDO
DE LOS ANTECEDENTES

1.- Antecedentes fácticos según la denuncia:

[...] Del estudio del cuaderno procesal se observa que la presente causa inició mediante PARTE MEMORANDO Nº. 1313-FGE-FPG-SAI, de fecha 26 de junio del 2013 que pone en conocimiento de la fiscalía la denuncia presentada en la FISCALIA DE LA CIUDAD DE GENOVA (ITALIA).- Manifiesta Diana Carolina Mendoza Castro que vivía en la provincia del GUAYAS, cantón BALZAR, en el recinto denominado EL DESECHO, muy aislado del cantón Balzar que era la ciudad más cercana , donde no tenían agua corriente y sus padres vivían de la ganadería en el recinto hasta el año 1999 en que se trasladaron a vivir en la ciudad de Balzar, mientras que su hermana VERONICA ALEXANDRA MENDOZA CASTRO, vivía en la casa de sus abuelos maternos, la misma que solo pasaba con la familia los fines de semana y las vacaciones escolares, hasta que definitivamente vivió con ellos en el campo; quien sobre el hecho recuerda que desde los 7 años de edad asistía al segundo año de educación básica y al principio del año escolar, esto es por el mes abril, su padre Benecio Mario Mendoza Rizo, ha empezado a tocarle y a acariciarle sus partes íntimas debajo de las bragas y el pecho debajo de la camiseta y que dada su corta edad no se daba cuenta de lo que sucedía , con la confianza que tenia de que era su padre, pensando por mucho tiempo que era una cosa normal, Que a partir de allí, cada vez que se encontraba sola con su padre el hacía lo mismo y en muchas ocasiones lo realizaba por la noches y más de una vez a la semana, donde dormían en una sola habitación su padre, su madre, su hermano y el denunciante, el comportamiento del padre de la menor cada día era más frecuente y molestoso, por lo que ya no solo le tocaba sino que le pedía que le toque los órganos genitales; Que la primera violación sexual sucedió durante las vacaciones escolares del segundo año básico año escolar que comienza en abril y termina en enero en época de invierno la familia se encontraba en la primera planta de la casa, donde su padre la llamo al cuarto de las herramientas de trabajo, donde su padre estaba desnudo, donde la besó, tocó y la desnudó consumando aquí su primera violación sexual completa, esto fue en la planta baja, recordándose que mientras la violaba repetía que la amaba , que era solo suya, intimidándole luego para que no cuente nada a nadie de lo que había pasado y que quedaría en secreto entre ellos, ya que de otro modo destruiría su familia, y si contara a alguien él se enfadaría y le pegaría como de manera brutal o hacía con la denunciante y su hermana con el rebenque para los caballos, por lo que tenían un miedo de los golpes y de la destrucción de su familia por lo que le llevo por muchos años en secreto estas agresiones sexuales y físicas, hechos repetitivos que sucedían esta victima esto es una vez por semana y cada vez que se encontraban solos, Que luego emigraron al país de ITALIA sus padres, a lo que ellos lo alcanzaron después esto es su hermana y hermano en el año 2001 cuando ya tenía 10 años, donde su padre trabajaba de albañil y su madre trabajaba en calidad de ayudante de cocina en un restaurante, ya en ITALIA tenía la esperanza de que su vida iba a cambiar, pero llegando a Italia comenzó nuevamente su pesadilla su padre pronto volvió a abusar de su hija la que pasaba muy a menudo por lo menos tres veces al mes

y generalmente el sábado o cuando su padre lograba encontrar la ocasión para estar solos. Pues su madre se encontraba ausente por el trabajo ya que laboraba desde las 10h00 hasta las 16h00 y desde las 18h00 hasta las 23h00, pero ya más consciente de las violaciones y de la gravedad de lo que estaba sufriendo, se encontraba aterrorizada por el miedo a las agresiones físicas y los golpes que le propinaba sus victimario, lo que tampoco fue contado a su madre por el dominio psicológico que no le permitía reaccionar y contar lo que le sucedía, controlando todos y cada uno de sus movimientos, reduciendo a una especie de aislamiento forzoso, impidiendo cualquier contacto con personas ajenas a la familia, como también en las agendas de sus teléfonos, celulares solo tenían que tener nombres de contactos femeninos, demostrando celos patológicos he intensos hacia sus víctimas. Por lo que les matriculo en el mismo año escolar en Italia, donde su hermana perdió dos años escolares, pero ya desde los 14 años ella empezó a rebelarse diciéndole que no quería más que le hiciera esas cosas, donde sus victimario le decía que esta sería la última vez y después le dejaría en paz, mas sus abusos duraron muchos años más pero disminuyendo la frecuencia, ya que se había rebelado contra su padre donde solo abusaba una o dos veces al mes asumiendo una actitud de agresividad todavía más violenta en contra de sus víctimas, pero evidentemente continuando con sus abusos.- En el mes de agosto del 2009 junto con su hermana decidieron salir a escondidas de su padre, el mismo que les contactaba inmediatamente a sus móviles intimidándoles para que regresen inmediatamente y a su llegada su padre se encerraba con llave la puerta de la casa, cerraba las ventanas y las persianas encerrándoles a la denunciante y a su hermana en la cocina junto con él donde les pegaba brutalmente con la correa, y en eesta ocasión les ordenó ponerse de rodillas para pegarles donde rehusaba a obedecer quejándose de pie frente a él, donde su hermana VERONICA se ponía de rodillas la misma que era golpeada con la correa en la espalda y el trasero, donde recibió golpes de puño en el estómago provocándole hematomas también en los brazos y la mano derecha. En una ocasión que su padre salió de la casa la denunciante y su hermana habían huido refugiándose donde MARLENE STEFANIA HINOSTROZA ROSERO, (amiga), quien viendo las condiciones físicas en las que se encontraban les dio alojamiento por una semana diciendo regresar a la casa una vez que se sabían que su padre iba a volver a Ecuador y por el mes de septiembre del 2009 su padre decidió volver a Ecuador para activar su ganadería con el objeto de hacer regresar a su familia a Ecuador porque tenía miedo perder el control de sus víctimas, y una vez que su padre había salido concurrió al Centro Antiviolencia de la Provincia de Génova, esto es en el mes de Febrero y con el temor de que su padre pudiera volver a Italia donde fue atendida por la operadora SARA GALDALETA y la psicóloga MARLENE CHIRIVI, quien le había dado tratamiento psicológico por casi un año una vez a la semana y después dos veces al mes. Ya en el mes de marzo del 2010 había decidido contar a su hermana lo que había vivido quien había contado también a su madre los abusos que había sufrido su hermana, entendiendo que en el 2012 había estado consciente de que su hermana también había sido abusada por su padre en repetidas ocasiones[1].

2.- Antecedentes procesales

i. Sentencia de primer nivel dictada por el Tribunal Décimo de Garantías Penales del Guayas, de 25 de febrero de 2019 a las 15:00, mediante la cual se resuelve lo siguiente:

[...] ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara al procesado

[1] Sentencia a fojas trescientos tres vuelta y trescientos cuatro del cuaderno de segunda instancia.

señor **BENICIO MARIO MENDOZA RISO,** ecuatoriano, nacido en Guayaquil, de 48 años de edad, casado, ganadero-agricultor, con educación secundaria incompleta y con domicilio al momento de declarar en juicio, en el Cantón Quinindé, provincia de Esmeraldas, **CULPABLE** de adecuar su conducta en el delito por el cual se lo acusa, el de violación sexual, en las circunstancias justiciables del Artículo 512 numerales 1 y 3, en relación con el Artículo 513 del Código Penal, en el grado de **AUTOR,** de conformidad con el Art 42 del Código Penal, que por haber ejercido el procesado, autoridad sobre las víctimas, en su condición de padre, se le impone la pena privativa de libertad mínima de Dieciséis Años, de Reclusión Mayor Especial, que aumentada en la forma determinada en el Artículo 515 primer inciso y las circunstancias del segundo inciso de la norma en referencia, se le impone la pena privativa de libertad de **VEINTE AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL** [...][2].

ii. Sentencia de segundo nivel dictada por la Sala Especializada de lo Penal, de la Corte Provincial de Guayas de martes 17 de septiembre de 2019 a las 12:37, mediante la cual se resuelve lo siguiente:

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 MARIO BENECIO MENDOZA RISO, y en consecuencia CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia subida en grado[3].

iii. El procesado Benecio Mario Mendoza Riso, insistente en su afán impugnatorio, presenta recurso de casación en atención a lo que disponen los artículos 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (CPP).

iv. Mediante sorteo de lunes 29 de junio de 2020 a las 14:41, ante la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia se conformó el tribunal de casación para conocer la presente causa, el cual quedó integrado por los jueces nacionales David Isaías Jacho Chicaiza (ponente), Iván Patricio Saquicela Rodas y Marco Xavier Rodríguez Ruiz.

v. Mediante resorteo de lunes 31 de mayo de 2021 a las 11:35, ante la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia se conformó el tribunal de casación para conocer la presente causa, el cual quedó integrado por los jueces nacionales Luis Antonio Rivera Velasco (ponente), Iván Patricio Saquicela Rodas y Marco Xavier Rodríguez Ruiz.

vi. Mediante sorteo de 7 de febrero de 2022 a las 10:45, dado que el juez nacional Iván Patricio Saquicela Rodas fue elegido presidente de la Corte Nacional de Justicia, se llama a la conjueza nacional Mercedes Johanna Caicedo Aldaz para que asuma su despacho como jueza nacional encargada.

vii. En razón de la excusa del juez nacional Marco Xavier Rodríguez Ruiz, la cual fue aceptada con providencia de 20 de junio de 2022, asume la causa el conjuez nacional Lauro Javier de la Cadena Correa.

TERCERO

AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN

3.1. Singularización y extracto de las principales razones ofrecidas por el casacionista a través de su abogado Paúl Guerrero Godoy

- Comenta que hay una indebida aplicación del artículo 512 del Código Penal, cuando debía aplicarse el artículo 76.2 de la CRE.
- Expresa que el error se halla en el considerando 5.4. del fallo, porque las víctimas no refieren fechas exactas de las agresiones y no tienen pruebas de las lesiones genitales.
- Aclara que el médico dijo que la víctima tenía un himen intacto.
- Afirma que fue condenado injustamente, porque no hay pruebas del delito o que como mínimo hay duda de su responsabilidad.

[2] Sentencia a foja trescientos cuarenta y nueve vuelta del cuaderno de primera instancia.
[3] Sentencia a foja trescientos once del cuaderno de segunda instancia.

- Asegura la contravención expresa del artículo 119 del CPP.
- Identifica lo yerros en el considerando 5.9., letra d, del fallo, en virtud de que los jueces reconocen que la psicóloga no compareció a rendir su testimonio.
- Resalta que malamente se consideró el informe de violencia denominado *Masherona* realizado en Italia, porque no hubo la oportunidad de contradecirlo, error encontrado en el subnúmero 5.9.M.
- Señala que hay una contravención expresa del artículo 76.7, l) de la CRE, en razón de que se ha considerado una prueba no introducida por fiscalía en el expediente.
- Solicita se declare la inocencia.

3.1.2. Singularización y extracto de la**s principales razones ofrecidas por la Fiscalía General del Estado a través del Abg. Alfredo Rodríguez Ramos**

- Puntualiza que si solamente se cuestiona la parte probatoria en torno a los acontecimientos fácticos, no se está dando un correcto argumento de casación.
- Pone en conocimiento que el médico legista manifiesta que existe un himen dilatado, siendo las pruebas ajustadas a la normativa.
- Arguye que gracias al testimonio de la víctima la fiscalía recabó información, pericias, entre otras cosas, para justificar los hechos.
- Afirma que se tomó en cuenta el aspecto emocional de las víctimas.
- Aclara que el tribunal sí calificó jurídicamente la prueba.
- Argumenta que el segundo cargo no posee los principios de trascendencia, porque el artículo 119 es el correcto de aplicar.
- Habla que el momento para alegar la pertinencia de una prueba era en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio.
- Fija que la sentencia sí tiene los parámetros mínimamente completos de la motivación.
- Solicita que se declare improcedente.

3.1.3. Singularización y extracto de las **principales razones ofrecidas por la abogada Teresa Andrade en representación de las víctimas.**

- Apunta que los exámenes médicos legales ya fueron debidamente probados, llegando los jueces a la certeza del delito.
- Especifica que este no es el momento procesal para traer temas de valoración probatoria.
- Añade que en realidad el artículo 119 si fue aplicado, por lo que todo se consideró en su conjunto: pruebas testimonial y documental.
- Concluye que la sentencia sí es lógica, comprensible y razonable.
- Pide se rechace la casación.

CUARTO
ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

4.1. Trámite

El artículo 76.7. m) de la CRE consagra el derecho a recurrir, el cual, de manera amplia, autoriza a los sujetos intervinientes dentro de una contienda legal a impugnar aquellas decisiones en las cuales están en conflicto sus derechos u obligaciones. Este derecho se genera por *"la falibilidad humana y las implicancias que ella acarrea en la labor judicial*[4]*"*, y se cumple con el establecimiento de mecanismos por los cuales el mismo emisor de la decisión, o un órgano superior, puedan revisar los errores de diversa índole que se hubiesen presentado al momento de dictarla.

El trámite del presente recurso está regido por el CPP, en donde el recurso de casación se encuentra previsto en los artículos 349 y siguientes.

4.2. Sobre el debido proceso y la seguridad jurídica

El artículo 76 de la CRE, garantiza el derecho al debido proceso, que implica según sus números 1 y 3 que "*Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes";* y que *"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".*

El artículo 82 de la CRE reconoce el derecho a la seguridad jurídica que "*se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas*

[4] LIBERATORE, Gloria Lucrecia. "*Derecho al Recurso*". En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.) *Revista de Derecho Penal 2001.1: Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales*-I. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. Año 2001. Pág. 340.

jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes".

La Corte Constitucional del Ecuador, en el dictamen número 003-19DOP-CC, emitido en el caso número 0002-19-OP, estableció que el derecho al debido proceso no es una mera norma de regulación formal de los procedimientos, sino un derecho constitucional material de protección, reconocido por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Sobre el principio de legalidad, previsto en el artículo 76.3 de la CRE, la ex-Corte Constitucional para el Periodo de Transición en sentencia número 031-10-SEP-CC, caso 0649-09-EP, estableció que "*esta disposición convalida la vigencia de la seguridad jurídica que se establece en la carta magna en el art. 82, al mencionar que esta seguridad se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*".

En el citado dictamen número 003-19-DOP-CC, la actual Corte Constitucional estableció que la CRE determina conexiones entre sus disposiciones de carácter garantista y los derechos de protección. Así, el debido proceso tiene íntima relación con el derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva y al principio de seguridad jurídica, "*ya que el derecho de acción para acceder y aperturar un proceso ante los órganos jurisdiccionales (acceso a la justicia), implica la debida diligencia de los operadores de justicia para asegurar las garantías procesales y la emisión de resoluciones motivadas que apliquen normas claras y previamente establecidas (desarrollo del debido proceso), culminando con el cumplimiento pleno y real de las decisiones jurisdiccionales (ejecución de los fallos)*".

En el mismo dictamen, sobre la seguridad jurídica, desde las garantías del debido proceso estableció:

> "17. El art. 76 número 1 de la Constitución ecuatoriana establece como parte integrante del debido proceso "garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes", es decir, establece una interrelación de los ámbitos objetivo y subjetivo del Derecho, y de sus dimensiones normativa, axiológica y fáctica, de la que se desprende que el ordenamiento jurídico no únicamente pretende el cumplimiento fidedigno de las normas en un plano abstracto y objetivo del Derecho, sino que en la realidad, estas regulaciones generen certeza en la protección concreta y subjetiva de los derechos.
>
> 18. En este sentido, se conforma la expresión más amplia e integral de la **seguridad jurídica, que busca lograr como objetivo, la prohibición de la arbitrariedad, esto es, contar con la certidumbre de que los principios fundamentales que plasman la igualdad y la justicia material, permitirán controlar los abusos, la discrecionalidad ilimitada y los excesos**. Esto, en función de la permanencia de postulados supremos, aun cuando las normas, reglas jurídicas y circunstancias fácticas cambien, escenario en el cual, es necesaria la configuración permanente de nuevas certezas, desde un enfoque evolutivo, y no estático del Derecho, con una visión que coadyuve a la generación de certidumbres jurídicas, no solamente desde la dimensión normativa, pues la vigencia de normas claras y previas, debe plasmar la justicia de los principios apológicos para proteger los derechos, y trascender hacia la eficacia en el plano fáctico *[...] [negrillas fuera de texto]*".

El irrespeto al derecho al debido proceso, entonces, puede implicar vulnerar también los derechos a la defensa, a la tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica, por lo que es deber de toda autoridad jurisdiccional respetar estos derechos y verificar que hayan sido cumplidos en todas las causas puestas a su conocimiento, ya que solo así cumple su rol garantista constitucionalmente asignado.

Entre las garantías del debido proceso está el derecho a recurrir; que en nuestro sistema procesal penal se expresa a través del recurso de apelación, siendo aquel que permite la revisión íntegra de la sentencia tanto en cuestiones de hecho como de derecho.

Por otra parte, el recurso de casación no es instancia, ni grado, sino un medio de control de la legalidad de la decisión judicial (artículo 10 del COFJ), y mecanismo de tutela del derecho a la seguridad jurídica.

4.3.- Reflexiones acerca del recurso de casación

La naturaleza del recurso de casación está íntimamente ligada con el derecho que tenemos todos los ciudadanos a la seguridad jurídica consagrado

en el artículo 82 CRE[5]; es por ello que, en efecto, las personas tienen el derecho a reclamar el debido respeto y aplicación de la normativa vigente al momento en que se presenta, en la realidad, cierta situación jurídicamente relevante que puede afectar a sus intereses y derechos. Dentro del proceso judicial, cualquier vulneración al ordenamiento jurídico que tenga como catalizador la actuación del juzgador al emitir su resolución encuentra solución mediante el recurso de casación, el cual tiene como finalidad fundamental la corrección de errores de derecho.

De lo advertido, deviene que la casación es un medio de impugnación extraordinario contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico-jurídico o de formalidad, igualmente jurídica; y que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado. Es por ello, que a la casación se la considera una sede extraordinaria de control de legalidad y, por ende, de corrección de errores trascendentales cometidos por los estadios ordinarios del proceso.[6]

El recurso de casación como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias, tiene finalidades específicas determinadas en la ley (violación de la ley, ya por: i) contravención expresa de su texto; ii) indebida aplicación; y/o iii) errónea interpretación); circunscritas a la reparación de los yerros en el fallo impugnado.

En cuanto a las causas para que opere este recurso extraordinario, aquellas han sido descritas por este órgano jurisdiccional, de la siguiente forma:

(...) **a)** Error de omisión, que es al que se refiere el mentado artículo al indicar la contravención expresa del texto de la ley, y que se configura cuando, dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente; **b)** Error de pertinencia, referido por el artículo 349 ejusdem, como indebida aplicación de la ley, que se presenta cuando establecida una circunstancia fáctica probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho a ésta; y, **c)** Error de interpretación, en el que el juez selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, en definitiva, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada. (...) [7]

---

[5] La Corte Constitucional del Ecuador, en torno a la seguridad jurídica ha señalado *"... [que] se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela..."* [Sentencia Nro. 006-09-SEP-CC. de 19 de mayo de 2009].

[6] Samuel Ramírez Poveda en su obra *"Los Errores de Hecho en Sede de Casación Penal" (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda., 2002, p. 19) señala: "La actual casación penal ha de concebirse como un recurso extraordinario, mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico limitado de derecho, sobre los procesos de los cuales han surgido sentencias que no han adquirido el carácter de firmeza, con el propósito de hacer efectivo el derecho sustantivo y las garantías debidas a quienes intervienen en el proceso penal, unificar la jurisprudencia nacional como criterio auxiliar del derecho (…) y reparar agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado a los intervinientes. Se trata entonces coetáneamente, de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad. [-sic-] En sentido lato, se trata de un medio de impugnación de fallos violatorios de la normatividad sustantiva."*

[7] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Resolución Nro. 942-2013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el Nro. 508-2013.
El tema medular de la casación es la violación de la ley ya sea por: i) contravención expresa de su texto; lo cual implica la comparación de la narración con el supuesto fáctico. Hay que señalar que cuando se alega esta causal, lo que el recurrente indica es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador; es por ello, que en este sentido, se debe hacer una comparación entre la narración de los hechos que hace el juzgador y el supuesto fáctico de la norma, si ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error; ii) indebida aplicación (error de pertinencia); la indebida aplicación es el yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo. Al igual que el error anterior, se debe hacer una contraposición de estos dos elementos, si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado; y, iii) errónea interpretación (error de interpretación propiamente dicho); que implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma; este yerro a diferencia de los anteriores, no se provoca en la adecuación de la narración fáctica que hace el juzgador con el supuesto de hecho de la norma; cuando el recurrente alega esta causal, se acepta que la norma utilizada por el juez es la correcta, empero, se impugna la manera en la que éste ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencias jurídicas.

4.4. Técnica jurídica para la fundamentación del recurso de casación

La técnica jurídica expresada en la doctrina, y basada en los principios de taxatividad, trascendencia y autonomía, sugiere que la fundamentación del recurso de casación contenga los parámetros que se proceden a explicar, con la finalidad de que el interés para recurrir del impugnante no se encuadre en los temas que la legislación excluye del tratamiento de este recurso extraordinario:

4.4.1. Mencionar una norma jurídica específica que se considere vulnerada en el fallo impugnado; lo cual excluye la mención genérica del cuerpo de normas que contiene la disposición concreta, o la utilización de una disposición jurídica que contiene varios números o letras con diversos contenidos, sin determinar cuál de ellos se considera vulnerado.

4.4.2. Determinar una causa específica de aquellas contenidas en el artículo 349 del CPP; tomando en consideración que no se pueden presentar, sobre una misma norma jurídica, dos o más de ellas.

Para efectos de este requisito, se debe determinar el contenido de las causas de la siguiente forma: **a)** *Contravención expresa*, la cual se presenta cuando el juzgador ha dejado de utilizar una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin considerar que aquella norma omitida era la pertinente; **b)** *Indebida aplicación*, que existe cuando el juzgador ha utilizado una norma jurídica para resolver determinado caso concreto, sin tomar en cuenta que tal disposición no era la pertinente; y **c)** *Errónea Interpretación*, que se da, cuando el juzgador ha utilizado una norma jurídica adecuada para resolver determinado caso concreto, pero interpretando de forma inadecuada su sentido y alcance.

4.4.3. Establecer la argumentación jurídica que dote de sustento al cargo de casación; lo cual se logrará al: **a)** Determinar la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; **b)** Confrontar el razonamiento del juzgador, sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica que se considera ha provocado un error de derecho, con aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y **c)** Explicar la influencia que ha tenido el error de derecho sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada (principio de trascendencia).

Ahora bien, por sobre lo dicho, el recurrente debe tener en cuenta que, con el fin de posibilitar el análisis del respectivo tribunal de casación, cada uno de los cargos deben ser fundamentados de forma autónoma (principio de autonomía).

4.5. Examen de casación

4.5.1. Motivación: Antes de escudriñar los cargos de casación, en virtud de la falta de motivación tachada en el fallo intentado casar, a pesar de haber sido expuesta al final de lo hablado por el procesado, se la analiza primero, ya que si en realidad existiese una nulidad constitucional, la casación se convertiría en innecesaria.

El presente tribunal colegiado tiene que precisar que el alegar una inmotivación de la sentencia no menesterosamente debe ir acompañado de una causa de casación, puesto que la motivación es una garantía básica del derecho al debido proceso, que, a su vez, se despliega de los derechos de protección afincados para toda persona. Por ende, se la estudia más allá de la contravención expresa esgrimida.

Es mandatorio primeramente aclarar que la motivación de las sentencias no es una exigencia constitucional que haya sido recién prevista con la Constitución de 2008. La garantía de la motivación nació con la fundación de la mismísima República del Ecuador, ya que la carta suprema de 1830, la primera en nuestra historia, dispuso que todos los jueces tengan el deber de fundamentar sus fallos.

Ahora bien, la necesidad de que se explique el porqué un tribunal unipersonal o colegiado arribó a cierta resolución, es indispensable para un Estado con un modelo democrático, ya que la motivación justifica en derecho las causas y motivos de la decisión. De tal forma, se evita la arbitrariedad estatal en la administración de justicia.

Así, motivar no es más que el acto de empatar las normas legales precisas con los hechos y concluir, una vez analizados los mismos, una respuesta que satisfaga la lógica jurídica, y, de tal forma, que realice justicia. En palabras simples, motivar es razonar.

La Corte Constitucional ha hecho un enorme esfuerzo en lo atinente a la motivación, pero las exigencias de la motivación varían según el tribunal constitucional que la estudie. Famoso fue el intento de la Corte Constitucional de convertir con su test a la motivación en algo más concreto y objetivo, con la que propuso tres parámetros: razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Básicamente referían, respectivamente, al correcto uso del derecho, coherencia entre las premisas y la conclusión, y la utilización de un lenguaje inteligible.

Ahora bien, este tribunal en sede de casación coteja la sentencia impugnada con lo mandado por

el artículo 76.7. l) de la CRE, y constata que los magistrados de segunda instancia brindan una resolución que contiene la enunciación normativa y explicativa por la cual la utiliza con base a los hechos puestos a su conocimiento en la audiencia oral, reservada y de contradicción. Igualmente se observa que se ha despejado cada alegación y que la sentencia se agrupa en secciones que facilitan la lectura y, por ende, el entendimiento de ella.

Y en efecto, la resolución censurada posee siete considerandos. El primero y segundo tratan sobre la competencia y la validez del proceso. El tercero acerca del recurso de nulidad. El cuarto y quinto hablan del recurso y de la prueba. El sexto es el que más relevancia posee para nuestro caso particular, porque mediante este, el tribunal de apelación en seis subnúmeros encaja los hechos al derecho. Concretamente el subnúmero 4, en la foja 310 del expediente de segunda instancia, la sala comunica lo tocante a la prueba venida de Italia, observándose así que se ha dado contestación sobre dicha inconformidad. Para tal claridad, lo transcribimos: *También es menester considerar la prueba documental presentada en juicio que incluye la CERTIFICACIÓN de dos psicólogos de Italia, de la doctora Valentina Ghiglione, debidamente Apostilladas y legalizadas por el Gobierno Italiano, en italiano y traducida al español de la Certificación del Centro Antiviolencia de La Provincia de Génova, que atendió a VERONICA ALEXANDRA MENDOZA CASTRO, en 2014, también aparece un reporte apostillado de Maria Filomena chirivi quien señala que atendió a DIANA CAROLINA MENDOZA CASTRO, que fue enviada al centro de violencia, y fue atendida del 16 marzo del 2010 y concluido el 12 de octubre del mismo año, dice en una parte del reporte: "...Diana ha superado la vergüenza aunque el dolor por la violencia sufrida es aún muy fuerte...";* significando que Diana Carolina se sometió a una terapia de aproximadamente 6 meses donde la profesional de la salud mental identifica problemas fruto de violencia sexual como lo refiere del contexto del documento.- *También obra documentación remitida desde el consulado de Ecuador en Italia Génova, donde anexan la información histórica de las acciones legales en la fiscalía del juzgado de Génova, con respecto a estos antecedentes materia del presente proceso, información que llegada a la fiscalía en Quito es remitida a Balzar y se inicia la investigación pertinente.*

Con lo anterior, se observa que la sentencia efectivamente acata lo que reza la Constitución de la República sobre la motivación, por lo que mal se haría en declararla inmotivada. Así, es imperativo sentar que la motivación de un fallo no radica en complacer y agradar conveniencias particulares del casacionista (específicamente el interés personal de que se dicte sentencia absolutoria), sino que la motivación gira en torno a la elucidación de las razones por las que un tribunal llega a la firmeza de un asunto con base a los acontecimientos fácticos y al ordenamiento jurídico.

Quedando evidenciado que lo dictado por la corte provincial es completamente razonado, se rechaza la invocación de la nulidad constitucional y se puede proseguir con la disquisición de los cargos de casación planteados.

4.5.2. Primer cargo casacional alegado por el recurrente: El impugnante identifica en la sentencia de alzada la indebida aplicación del artículo 512 del CP, cuando debía aplicarse el artículo 76.2 de la CRE. Esto porque el tribunal de segunda instancia lo condenó injustamente, sin pruebas.

Estudio del tribunal: La indebida aplicación, error de pertinencia o falsa aplicación, es el desvío jurídico con el cual el tribunal provincial tropieza en su sentencia por haber seleccionado una norma que no tenía razón en la causa en concreto.

El artículo violentado a consideración del casacionista es el que trata sobre la violación sexual (512 CP), dado que constitucionalmente hablando se presume su inocencia (art. 76.2 CRE). Sin embargo, para afirmar lo antedicho, el recurrente se sustenta en el peritaje médico, quien aparentemente afirma que el himen está intacto, en que no hay pruebas que verifiquen las lesiones genitales y finalmente, en que las víctimas no han dado fechas exactas de las agresiones.

Como se observa, el impugnante obliga a que este tribunal justiprecie los elementos de probanza, puesto que solo así se podría llegar a la conclusión de que si en efecto hubo o no violación. Pero como bien especifica el artículo 349 en su inciso final de la ley penal adjetiva, *no serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.*

Vale la pena recordar que el recurso de casación se encarga de enmendar errores exclusivamente del derecho sustantivo, mas sin abarcar estimaciones de los acontecimientos factuales o material probatorio, porque aquello significaría que este medio impugnatorio, que es de carácter extraordinario, se torne en una instancia más del proceso penal o en un recurso ordinario, algo que está vedado por el artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

No está por demás especificar que la sentencia de apelación ha dado respuesta acerca del punto cuestionado por el recurrente en su subnúmero 4 del considerando 6, mismo que se encarga de la valoración de la prueba.

Sobre estos lineamientos, se rechaza este cargo casacional.

4.5.3. Segundo cargo casacional alegado por el recurrente: Da por sentada la contravención expresa del artículo 119 del CPP. Esto porque los jueces aceptan la no comparecencia a la audiencia de un perito psicólogo.

Estudio del tribunal: La contravención expresa, falta de aplicación o error de omisión, es la imperfección del fallo recurrido cuando legalmente se tenía que seleccionar cierta norma, mas los jueces no la acataron.

El artículo violentado supuestamente por contravención expresa es el que reza sobre la recepción de los testimonios (art. 119 CPP).

Hay que recordar que para los vicios de procedimiento, el cuerpo procedimental faculta el recurso de nulidad, el cual debía interponerse, como en efecto se hizo ante la sala provincial, en el momento procesal oportuno.

Este tribunal igualmente observa que antes que versar sobre una inconformidad jurídica, versa sobre una inconformidad personal de la valía dada al testimonio por parte de los jueces *ad quem.* Se resalta que en esta sede se imposibilita revisar los hechos y pruebas, por lo que hay que declararlo improcedente en razón del inciso final del artículo 349 del CPP que traemos aquí textualmente:

No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.

Por último, se manifiesta que el tribunal de alzada al hacer la apreciación del testimonio, la motiva en el ya tantas veces referido considerando sexto, acatando lo que manda el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal y lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este contexto, se rechaza este cargo de casación.

4.5.4. De la casación de oficio: Es menester hablar sobre la facultad oficiosa en sede de casación (art. 358 CPP). La misma se activa siempre y cuando los jueces se cercioren de que la sentencia de segundo grado ha transgredido la ley, a pesar de que el impugnante no hubiese mencionado o brindado una tesis idónea en lo que atañe al desobedecimiento legal (obviamente la casación de oficio debe respetar por igual los lineamentos de este recurso extraordinario). Pero como no se ha observado hecho atentatorio ninguno hacia la ley, imposiblemente se podría actuar por iniciativa exclusiva de este tribunal en cuanto a la casación.

QUINTO

DECISIÓN

Por 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,*** al tenor de los artículos 76.7, l) de la Constitución de la República del Ecuador y 358 del Código de Procedimiento Penal, resuelve por unanimidad:

- Rechazar la solicitud de nulidad constitucional.
- Declarar improcedente el recurso de casación.
- Devolver el expediente al tribunal de origen para los fines legales pertinentes.

Notifíquese y cúmplase.

f) Dr. Luis Rivera Velasco, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, JUEZA NACIONAL (E); Dr. Javier de la Cadena Correa, CONJUEZ NACIONAL.

VII

Juicio Nro. *17294-2017-01351*
Resolución Nro. *1001-2022*
Fecha: *6 de octubre del 2022, las 13h29*

TEMA: Naturaleza y alcance del delito de falsificación y uso de documento falso.

ASUNTO

Fiscalía formula cargos por un delito de uso doloso de documento público a R. J. A. H., quien el 24 de junio de 2016, en la agencia del Banco del Pichincha, se habría hecho entregar, con un poder falsificado, la cantidad de 151.600 dólares. El 14 de junio de 2016, en la Notaría Tercera del cantón Guaranda, se protocolizó un poder, utilizado por el procesado para retirar la cantidad de dinero de dicho banco. La víctima S. M. K. E. no se encontraba en el país, quien indicó además que nunca ha visitado la ciudad de Guaranda.

En el presente caso se discute respecto a la aplicación y alcance del artículo 328 del Código Orgánico Integral Penal, que corresponde al delito de falsificación y uso de documento falso.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el Distrito Metropolitano de Quito considera que se arriba al grado de certeza y convencimiento sobre la falsedad documental alegada por el órgano acusador oficial y por la víctima.

El tribunal, de conformidad con lo establecido en lo referente a la cooperación eficaz y lo dispuesto en los artículos 491, 492 y 493 del Código Orgánico Integral Penal, procede a imponer la pena modulada de ocho meses de privación de la libertad y a determinar la reparación integral, a prorrata, en el monto de $151.600 dólares.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

La fundamentación del recurso de apelación radica en que durante la investigación el recurrente se acogió a la cooperación eficaz, la que sirvió para establecer todas las personas que fueron partícipes en el delito y que le permitió una reducción de la pena, y en que se lo juzgue por uso doloso de documento privado y no público.

El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, determina que resulta insólito pretender que, una vez realizada la falsedad en el documento original (matriz), que siempre reposa en la Notaría, a la copia auténtica que se confiere se le haga nuevamente adulteraciones o adiciones para pretender, desde la óptica de la defensa, que ese documento se ha convertido en privado y beneficiarse de ese modo de una pena más benigna, pese a que, en este caso, incluso ya se le aplicó una reducción considerable, en virtud de la cooperación eficaz.

Por lo tanto, el tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha resuelve, en voto de mayoría, desechar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia subida en grado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17294-2017-01351

Jueza Ponente: Dra. Mercedes Caicedo Aldaz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.- Quito, jueves 6 de octubre del 2022, las 13h29.

VISTOS: El presente proceso llega a conocimiento de esta alta Corte de Justicia en vista del recurso de casación planteado por el señor RICARDO JAN AGUIRRE HENRIQUEZ, con fecha 09 de noviembre del 2020[1], el mismo que fue convocado a audiencia de fundamentación del recurso de casación, mediante auto de fecha 24 de junio del 2022, las 11h04, por la CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito[2]. Con este antecedente se escucha las alegaciones de las partes en audiencia de fecha 5 de julio del 2022, a las 09h45[3], emitiéndose la resolución oral y una vez que se ha puesto a conocimiento de la Ponente la causa para la elaboración de la sentencia escrita y reintegrándose en funciones los miembros del Tribunal, se considera en virtud del art. 76 numeral 7 literal l, lo siguiente:

PRIMERO.- ANTECEDENTES

1.1 Contenido de la sentencia impugnada vía casación.

El recurrente señor RICARDO JAN AGUIRRE HENRIQUEZ, con fecha 9 de noviembre del 2020[4], interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 13 de diciembre del 2019, las 08h31, suscrita por los señores Jueces Carlos Alberto Figueroa Aguirre (Ponente); Elsa Paulina Grijalva Chacón y José Miguel Jimenez Álvarez (voto salvado)[5], quienes resuelven:

> *"**VII. DECISIÓN.-** Consiguientemente, con fundamento en el artículo 654 del COIP, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve en voto de mayoría desechar el recurso de apelación interpuesto y **CONFIRMAR** la sentencia venida en grado, en todas sus partes. De conformidad con los principios de celeridad y debida diligencia en los procesos de administración de justicia, previstos en los artículos 169 y 172, inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador, una vez ejecutoriada esta sentencia devuélvase inmediatamente el proceso al Tribunal de origen, para los fines pertinentes."*

Confirmación que se refiere a la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, de fecha 13 de septiembre del 2019, a las 08h31[6], suscrita por los doctores Caiza Reinoso Wilson Rodrigo (Ponente), Méndez Pozo Juan Carlos y Sara Ipatia Costales Vallejo, que resuelve:

> *"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA; resuelve declarar la culpabilidad del señor RICARDO JAN*

---

1 Escrito de interposición del recurso de casación presentado por Ricardo Jan Aguirre Henríquez, con fecha 9 de junio del 2020, a las 14h00, constante a fs. 35 a 40 del expediente de apelación.

2 Auto de convocatoria a la audiencia de fundamentación del recurso de casación, de fecha 24 de junio del 2022, las 11h04, constante a fs. 39 a 40, expediente de la CNJ.

3 Acta de audiencia de fecha 5 de julio del 2022, a las 09h45, constante a fs. 49 a 53.

4 Escrito de interposición del recurso de casación presentado por Ricardo Jan Aguirre Henríquez, con fecha 9 de junio del 2020, a las 14h00, constante a fs. 35 a 40 del expediente de apelación.

5 Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, de fecha 20 de abril del 2021, las 11h45, constante a fs. 57 a 73 del expediente de apelación.

6 Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, de fecha 13 de diciembre del 2019, a las 08h31, constante a fs. 144 a 165 del expediente de Tribunal.

AGUIRRE HENRÍQUEZ, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía No.1707605950, cuyas generales de ley consta en esta sentencia; como AUTOR del delito tipificado y sancionado en el Art. 328, inciso tercero, del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el Art. 42, 1, a) ibídem, por lo que se le condena a OCHO MESES de pena privativa de la libertad, pena corporal que la cumplirá de conformidad con lo establecido en el Art.77.12 de la Constitución de la República del Ecuador, debiendo descontarse el tiempo que ha permanecido detenido por esta causa; además de conformidad con el Art. 70.8 del mismo cuerpo legal, se le condena al pago de una MULTA de DOCE salarios básicos unificados del trabajador en general; en consideración al Art. 78 de la Constitución de la República del Ecuador y los Arts. 77 y 78 del Código Orgánico Integral Penal, dada la naturaleza del delito que se juzga, como víctima secundaria se dispone como reparación integral a prorrata de los demás autores el pago de $151.600 dólares. Remítase oficio al Consejo de la Judicatura a fin de que conozcan las actuaciones del Notario Tercero de Guaranda ROJAS NARVAEZ HENRY OSWALDO, de nacionalidad ecuatoriana, cédula de ciudadanía N° 040104698-2, correo electrónico henrynotaria@hotmail.com, teléfono 032551172, a fin de que se realicen las acciones administrativas correspondientes. Remítase atento oficio a la Superintendencia de Bancos, a fin de que se revise los procedimientos, filtros, mecanismos y seguridades para la entrega de capitales por medio de poder especial del Banco del Pichincha C.A. Se oficie a la Fiscalía General del Estado y se remita copias certificadas del presente expediente N° 17294-2017-01351, a fin de que se proceda a la investigación de otras personas mencionadas en el cometimiento del delito de falsificación y uso doloso de documento falso tipificado en el Art. 328 del COIP. Se deja a salvo las acciones y derechos de la víctima SHAYEB MAHMOD KARIMA EBRAHIM, que considere pertinentes a su ejercicio y hacerlos valer en las vías que correspondan en contra del Banco del Pichincha. De conformidad con el Art. 554 y 555 del citado cuerpo legal, remítase oficio atento al señor Registrador de la Propiedad del cantón Quito a fin de que se registre la prohibición de enajenar de los bienes del sentenciado por el monto que se dispone como valor de la multa y reparación Integral, en igual sentido se remita oficio a la Superintendencia de Bancos a fin de que se disponga a las instituciones del sistema financiero la retención de los valores de las cuentas de la persona sentenciada dispuestos como multa y reparación integral. Igualmente ejecutoriada esta sentencia de conformidad con el Art .64.2 de la Constitución de la República, Art. 81 del Código de la Democracia, ofíciese al Consejo Nacional Electoral, haciéndole conocer la pérdida de los derechos políticos del sentenciado por el tiempo de la condena"

De la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha[7], se evidencia como hecho:

"el 24 de junio del 2016 en la agencia del Banco del Pichincha RICARDO JAN AGUIRRE HENRÍQUEZ, se hizo entregar con un poder falsificado la cantidad de 151.600 dólares, el 14 de junio del 2016 en la Notaría Tercera de dicho Cantón Guaranda se protocolizó el poder, el procesado con el uso de este poder procedió a retirar la cantidad de dinero de dicho banco, cabe mencionar que la víctima SHAYEB MAHMOD KARIMA EBRAHIM, no se encontraba en el país, además indica la victima que nunca ha visitado la ciudad de Guaranda.

Determinándose en la sentencia de apelación que: *"Fiscalía inició la presente investigación en virtud de la denuncia presentada por la señora SHAYEB MAHMOD KARIMA EBRAHIM, cliente del Banco Pichincha, haciendo conocer que mientras se encontraba fuera del país, le han sustraído de su cuenta bancaria que mantenía en el Banco Pichincha, la cantidad de $ 151.600,00 USD, para lo cual se había otorgado en la ciudad de Guaranda, ante el Notario Henry*

[7] Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, de fecha 13 de diciembre del 2019, a las 08h31, constante a fs. 144 a 165 del expediente de Tribunal.

Oswaldo Rojas, un supuesto poder a favor del señor Ricardo Jan Aguirre Henríquez, persona a quien no conoce."[8]

Hechos que se han adecuado al tipo penal de FALSIFICACION Y USO DE DOCUMENTO FALSO, tipificado en el Art. 328 inciso primero del COIP, según lo referido en doble conforme, tanto por la sentencia del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha[9], como de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en voto de mayoría.

1.2. Actos procesales de sustanciación del recurso de casación.

- Escrito de interposición del recurso de casación, presentado por el señor RICARDO JAN AGUIRRE HENRÍQUEZ, de fecha 09 de noviembre del 2020, las 14h00.[10]
- Auto de fecha 17 de noviembre del 2020, las 11h57, dictado por la Sala de Apelación, por medio del cual concede el recurso de casación interpuesto por el señor Ricardo Jan Aguirre Henríquez.[11]
- Acta de Sorteo por recursos de fecha 3 de diciembre del 2020, a las 09h52, realizado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante el cual, el Tribunal para conocer y resolver el recurso de casación se integró con los señores Jueces Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas (Ponente), Muñoz Moreno Dilza y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales.[12]
- Acta de Sorteo de fecha 23 de marzo del 2021, a las 03h22, realizado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante el cual, el Tribunal para conocer y resolver el recurso de casación se integró con los señores Jueces Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas (Ponente), Guillen Zambrano Byron y Rivera Velasco Luis Antonio, Jueces Nacionales.[13]
- Considerando que el Dr. Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional, asume las funciones de Presidente de la Corte Nacional, se llama a que actúe en su lugar la Dra. Mercedes Johanna Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional, en atención al oficio No. 094-SG-CNJ de fecha 07 de febrero de 2022 y acta de sorteo de fecha 07 de febrero de 2022, a las 10h45.[14].
- Auto de fecha 24 de junio del 2022, a las 11h04, se convoca a la audiencia de fundamentación del recurso de casación planteado por el señor Aguirre Henríquez Ricardo Jan, mediante escrito de fecha 09 de noviembre del 2020, las 14h00. [15]
- Mediante acta de sorteo de fecha 30 de junio del 2022, a las 16h00, suscrita por la Dra. Katerine Muñoz Subía, Presidenta E de la Corte Nacional de Justicia, se encarga el despacho del señor Juez Nacional Dr. Rivera Velasco Luis Antonio al Dr. Javier de la Cadena Correa, Conjuez Nacional, desde el 4 hasta el 5 de julio del 2022. [16]
- Acta de la audiencia de fecha 05 de julio del 2022, a las 09h45, audiencia para fundamentar el recurso de casación, instalada por los señores Magistrados Mercedes Caicedo Aldaz, Jueza Nacional E (ponente), Dr. Byron Guillen

[8] Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, de fecha 20 de abril del 2021, las 11h45, constante a fs. 57 a 73 del expediente de apelación

[9] Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Quito, de fecha 13 de diciembre del 2019, a las 08h31, constante a fs. 144 a 165 del expediente de Tribunal

[10] Escrito de interposición del recurso de casación presentado por Ricardo Jan Aguirre Henríquez, con fecha 9 de junio del 2020, a las 14h00, constante a fs. 35 a 40 del expediente de apelación.

[11] Auto de fecha 17 de noviembre del 2020, a las 11h57, dictado por la Sala de Apelación, constante a fs. 45 del expediente de apelación.

[12] Acta de Sorteo por recursos de fecha 3 de diciembre del 2020, a las 09h52, constante a fs. 2 del expediente de Corte Nacional

[13] Acta de Sorteo por recursos de fecha 3 de diciembre del 2020, a las 09h52, constante a fs. 2 del expediente de Corte Nacional

[14] Oficio No. 094-SG-CNJ, de fecha 07 de febrero de 2022 y acta de sorteo de fecha 07 de febrero del 2022, a las 10h45, constante de fs. 32 del expediente de CN.

[15] Auto de fecha 24 de junio del 2022, a las 11h04, constante a fs. 39 a 40 del expediente de CN.

[16] Acta de sorteo de fecha 30 de junio del 2022, a las 16h00, constante de fs. 45 del expediente de la CN.

Zambrano, Juez Nacional y Dr. Javier de la Cadena Correa, Conjuez Nacional. [17]

1.3. Cargos que se proceden a fundamentar en audiencia

Mediante auto de fecha 24 de junio del 2022, a las 11h04, se convoca a la audiencia de fundamentación del recurso de casación presentado por el señor Aguirre Henríquez Ricardo Jan[18], por los cargos determinados en su escrito presentado con fecha lunes 09 de noviembre del 2020, a las 14h00.

SEGUNDO.- COMPETENCIA Y VALIDEZ

1.1 Competencia.-

La Corte Nacional de Justicia, ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con el artículo 182, último inciso de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal 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, en materia penal de conformidad con el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los artículos 183 y 186 de la misma ley, y la Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 04-2021 de 14 de febrero de 2021.

El Tribunal para la resolución de la presente causa está conformado por los señores Magistrados Mercedes Caicedo Aldaz, Ponente, Dr. Byron Guillen Zambrano y Dr. Javier de la Cadena Correa quien actúa en reemplazo del Dr. Luis Rivera Velasco, quienes instalaron la audiencia en la que se fundamentó el recurso.[19]

1.2. Validez

En el trámite del recurso de casación, no se encuentran 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 Arts. 656 y 657 del COIP.

En virtud de la fecha de inicio de la presente causa, según formulación de cargos de fecha

05 de diciembre del 2017 (según la información extraída del sistema SATJE), corresponde aplicar las normas vigentes a tal tiempo, conforme lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicada en el registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, que, para el presente caso, corresponde al Código Orgánico Integral Penal.

TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

3.1. Cargos planteados por la defensa técnica del recurrente señor Ricardo Jan Aguirre Hernández, a través del defensor particular Dr. Oscar Enríquez.

En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, la defensa técnica del recurrente, manifestó que:

> *"el recurso de casación, es un recurso que se lanza contra la sentencia porque la sentencia contiene errores, y los errores cometidos por el juez pueden ser de buena fe, de mala fe, por decir, por dejar de decir, por hacer por dejar de hacer, esos son los errores en la sentencia así lo dicen los doctrinarios cuando hablan sobre el tema del recurso de casación, en esta ocasión yo he planteado dos errores que tienen las sentencias y solo a ellos me voy a referir, pero para eso basta referirme a lo que dice la sentencia en su parte pertinente, si me permite dar lectura, estamos en un juicio cuyo delito es uso del doloso de documento público y el artículo que invocan los señores Jueces de instancia dice lo siguiente el artículo 1716 del Código Civil señala que el instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado, agregando que otorgado ante notario incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública, para esto es necesario hacer la siguiente disquisición, resulta con un poquito de atención de que se falsificó un poder, un mandato, un contrato de mandato por el cual una persona le*

[17] Acta de audiencia de fecha 5 de julio del 2022, a las 09h45, constante a fs. 49 a 53.
[18] Auto de fecha 4 de abril del 2022, a las 13h38, constante a fs. 18 del expediente de CN.
[19] Acta de audiencia de fecha 5 de julio del 2022, a las 09h45, constante a fs. 49 a 53.

entregó a mi cliente, el señor Ricardo Jan, un documento para que haga el retiro de 151.600 dólares, el señor Ricardo toma el documento y le dice este nombre no me corresponde yo no me llamo Juan, yo me llamo Jan y mi apellido no es Henríquez sin hache mi apellido es Henríquez, es con H, toma te entrego el documento al siguiente día le entregan el documento ya corregido, pero este no lo llevan a la notaría, lo hacen personas privadas y lo que castiga en el uso doloso de documento público es la fe pública lo que protege el derecho penal es la fe pública, no otra cosa entonces, si se otorga ante el notario público ese documento, si se llama escritura pública y se incorporan en el registro del notario se toma el nombre de escritura pública, pero las adiciones que se hagan si hay alteraciones en el documento, como en este caso que no correspondía al nombre de Juan y le colocaron Jan esas alteraciones de acuerdo con la ley notarial porque si toman para sí en la definición de que es documento público, hay que tomar para sí también la definición de lo que dice el notario y la ley notarial y qué dice en la ley notarial en el artículo 34, en el artículo 35 voy a dar lectura, dice si la escritura original careciera de alguno de los requisitos expresados en el artículo 48, pero estuviere firmada por las partes, valdrá como instrumento privado, es decir, que si falsificaron un documento, si van al, a un documento privado y no se hizo la corrección en una escritura pública haciendo la corrección en ese instrumento, ya no toma el nombre de escritura pública, ya no se está alterando la fe pública del notario por qué él es el que da fe pública lo hacen por separado qué es lo que busco con esto es que el recurrente cuando impugna hace la impugnación lo que busca es de que haya un beneficio para sí, si es un documento privado, mi cliente puede acogerse a la suspensión condicional de la pena, pero como los señores jueces estiman que el documento es un documento público, no puede acogerse porque la pena va de 5 a 7 años entonces, qué es lo que estoy manifestando que los señores jueces, cuando toman para sí en la sentencia, dicen este instrumento público es el autorizado ante el competente empleado que se llama notario claro que él es el que da fe pública pero si yo hago adiciones, alteraciones por separado y ya le coloco el nombre, puede ser a través de un escáner, puede ser a través de una fotocopia y ya me quitan la palabra Juan ya no es Juan es Jan , pero eso ya no va ante el notario, entonces el perito y lo recoge así la sentencia del perito dice señores, hubo esta alteración y cuál es la aplicación aquí hay una aplicación indebida de lo que dice el artículo 1751, que habla por aquel concepto de carácter civilista la ley notarial y dejan de aplicar lo que dice el artículo 34 y 35 de la Ley Notarial, que ese ya no es un documento público, es un documento privado eso en primer lugar, y segundo se fueron a retirar, 151.600 dólares, eso es lo que fueron a retirar del banco, el momento en que se va a retirar luego de aquello el entrega el documento y eso a consta de autos y consta del proceso le entregan a él cinco mil dólares de dicen tenga por haber hecho eso lo dice la cooperación eficaz que dice si a mí me entregaron este valor cuando yo les explico y hago la apelación digo los señores jueces por el principio de proporcionalidad, tanto la pena principal como la accesoria deben ser proporcionales, porque así lo dice la Constitución no solamente que es un principio por el cual tiene que indicarse que esa pena debe ser proporcional entonces, en la sentencia dice que usted pagará a prorrateo cual prorrateado si solo es un procesado es uno a prorrata de que, eso lo dicen en la sentencia de primer nivel por eso la apelación a prorrata de que de quién si solo hay un procesado, no existe más entonces señálame cuántos es lo que yo tengo que resarcir a la víctima si yo tomé cinco mil en el supuesto caso de que yo, el no conocía, de que dé era documento público no conocía, de que había falsedad porque lo entregaron aquí en Quito, eso lo falsificaron allá en Guaranda y los procesados están sentenciados ahora, si a raíz de la cooperación eficaz están sentenciados en otro proceso, pero a esa fecha todavía no entonces usted, señor juez, tiene que ponerme una pena que me corresponda la pena accesoria debe ser la que me corresponda a qué me refiero a que si él tenía que pagar algún dinero, tenían que hacerlo cinco mil qué se yo, con intereses, pero no los 151 mil dólares y menos prorrateado, con quién o qué, porque lo que no existe en el proceso no existe en el mundo así lo dicen por brocario así lo dice el aforismo jurídico lo que no existe en el proceso no existe en el mundo entonces, aquí, en este caso, la pena que

correspondía poner o correspondía hacer este documento privado y no público, porque ese es el carácter que le da la ley, porque aquí hay conceptos civilistas así como norma supletoria, pero también entonces tomemos como norma supletoria lo que dice la ley notarial, y en la ley notarial dice esto si no está incorporado ante el notario, que es el que da fe pública, no es documento público, se lo considera como documento privado y a eso mi planteamiento y con respecto a la pena, como le he manifestado, la pena accesoria es eso que tiene que indicarse que son los cinco mil dólares qué se yo, disculparán en este momento será con intereses, será indicando, serán 10 mil, será 15 mil, pero no los 151 mil dólares y tiene que ver, sí, con seguridad jurídica pero qué dicen los señores jueces a ese respecto aquí en la sentencia y debe entenderse que el pronunciamiento del Tribunal, señalara el pago por lo prorrateado, está relacionado con esa eventualidad, por lo que, desde el punto de vista de ninguna, se justifica la alegación que no guarda proporcionalidad por el contrario, si su interés es que se culpe de todo pago, eso no he dicho esa no era la intención de decir que se ocupe de todo pago, no, eso no fue lo que él manifestó en su testimonio si a mí me dieron cinco mil y si él tiene algo que pagar, tiene que ser respecto de esos cinco, no de todo pero aquí los señores dicen si se disculpen de todo pago, dice aquello no es pertinente la prueba demuestra, más allá de toda duda razonable, la existencia de infracción y su responsabilidad, por lo que, habiéndose causado perjuicios económicos a la víctima, lo menos que puede hacer el juzgador es reparar el daño sí señor claro que lo que menos puede hacer es eso hay que reparar el daño, pero no en esa proporción tiene que ser proporcional a lo que él tomó y a lo que llevó, si cabe el término más coloquiales eso es a pesar de que los señores jueces dicen que son garantistas, pero sin embargo dejan al aire a la sentencia, indicándole y en casación lo que se trata es determinar cómo fue la infracción aquí lo que pasó es que no se trata de un documento público se aplicó en de forma indebida la disposición del artículo 328 en el inciso primero dice la persona que falsifica, destruye adulterio, modificando los efectos en todos los documentos públicos o privados, timbres o sellos nacionales establecidos por la Ley, para la debida constancia de los actos de relevancia jurídica, será sancionado con pena privativa de 5 a 7 años, cuando se trata de documentos privados, la pena será de 3 a 5 años claro, pero hay que tomar en cuenta lo que ya reiteró lo que dice la ley notarial en la ley notarial dice si se otorga ante notario público la señora estuvo en Estados Unidos cuando se falsificó el poder y quienes falsificaron el poder no fue el señor Ricardo Juan, no Ricardo Jan, él no lo hizo entonces que se determine ella estuvo en Estados Unidos y los señores del banco dicen, yo no me llamo Juan, todos los señores que falsificaron el poder hicieron una modificación, pero ya no en la notaría si lo hubiesen hecho en la notaría y ese documento se hubiese pegado en el banco, estaríamos hablando de documento público, pero aquí no, entonces hubo una indebida aplicación y qué dicen los doctrinarios respecto a la falta de aplicación de un artículo indebido aplicación de otro, dice cuando el juez deja de aplicar una norma, comete dos errores, deja de aplicar la norma aplicable y aplica la inaplicable parece galimatías así, pero es así cuando una persona deja de aplicar una norma, el juez no aplica una norma, comete dos errores, deja de aplicar la norma aplicable y aplica lo inaplicable aquí qué es lo que se aplicó indebidamente se aplicó el 328 en el inciso primero, pero se dejó de aplicar el inciso segundo porque no se trata lo primero obligación que debieron hecho o advertido los jueces en la segunda instancia sobre este proceso con esta sentencia queda determinar la disquisición es público o es privado, si no interviene el notario, porque él te da fe pública, ya no puede llamarse documento público y aquí estamos frente a la casación y la casación tiene dos fines desde por antonomasia, dos firmes, el fin no nomofiltactico, que es el respeto a la ley y el fin jurisprudencial, que es unificar la jurisprudencia en todos los jueces, como los llamados, en este caso ustedes, señores, con mayor sabiduría que los jueces de segunda instancia a indicar este documento es público y esto es lo privado, pero atendiendo a toda la normativa, en este caso al artículo 48, al artículo 34 al artículo 35 y en sí al artículo 328 en el inciso segundo, para decir ese documento en esas condiciones es de carácter privado y no público y de esa manera, si es así y el señor es el único recurrente, no se podría aplicar el principio de no reformatio in peius,

que es a favor del recurrente para que para poderse acoger en este caso a la suspensión condicional de la pena yo no estoy diciendo que no sea utilizado porque él lo dice y él lo dice en la cooperación".

Pretensión. - Se case la resolución y se aplique la que en derecho corresponde. [20]

3.2. Contestación al fundamento por parte de la representante de la señora Fiscal General del Estado, esto es la Dra. Zulema Pachacama Nieto.

En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, la fiscalía alegó entre otras cosas lo siguiente:

"El recurso de casación que ha interpuesto en esta audiencia el procesado Ricardo Jan Aguirre Henríquez por medio de su defensa técnica, se basa en lo siguiente previamente, en ciertos casos, como en el presente, es necesario señalar que el recurso de casación por ser extraordinario y limitado, como así lo señala el artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial y el 656 del Código Orgánico Integral Penal, se refiere a ciertos o se basa sebe basarse en ciertos principios y especialmente en el principio de presunción de legalidad y acierto que rigen los recursos de casación, qué significa esto que la sentencia que se está recurriendo previamente en primera instancia se refiere a que el mismo fue construido dicha sentencia fue construida con los elementos fácticos y probatorios contrastados entre ellos y se determina una norma jurídica aplicable que en este caso es el 328, inciso primero y tercero del Código Orgánico Integral Penal, al que adecuado la conducta el procesado o el recurrente, así también este recurso de casación rigen el principio de taxatividad, autonomía, trascendencia debida, fundamentación y demostración de los deberes jurídicos acusados por parte de la defensa técnica del procesado recurrente en esta audiencia no hemos escuchado a la defensa técnica del procesado recurrente basarse el recurso de casación en norma jurídica que haya señalado, pues este recurso casacional debió haber manifestado que se basa en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal y en las causales que en este artículo se encuentran determinados ha iniciado diciendo que existe un uso doloso de un documento y que la Corte de Apelaciones basa en lo señalado en el artículo 1716 del Código Civil y lee lo que razonó la Corte de Apelación se refiere a que existe un aprovechamiento o un abuso de un valor de 151.600 en virtud de haber usado un documento falso el procesado hoy recurrente y dice que a este poder que fue presentado en el banco para sustraerse este valor de 151.600 dólares este documento se trataría de un documento privado, porque a su criterio dice que las adicciones no se realizaron en la notaría frente a un notario, sino prácticamente por parte del procesado recurrente, si fue adulterado un documento público y que es un documento público este poder estuvo o se realizó en una notaría y al haberse realizado en una notaría, pues no hay que hacer mayor esfuerzo para comprender lo que significa un documento público que claramente señala inclusive tanto la doctrina, jurisprudencia y los conceptos en diccionarios jurídicos de que un documento público es el abalizado por un notario o da fe un notario pues este documento pues era abalizado por un notario y este documento es público este poder es público y el que haya sido adulterado sin la presencia del notario, pues no deja de ser un documento público en este contexto, dice la defensa técnica del procesado recurrente que existiría una indebida aplicación del artículo 328, inciso primero, del Código Orgánico Integral Penal, y que, como proposición jurídica completa, dice que se debería haber aplicado el inciso segundo de esta misma norma jurídica que el inciso segundo púes prácticamente se refiere a documentos privados y por lo tanto pues pretende que se le imponga la pena de tres años y no la pena que se encuentra detallada en el inciso primero, que es de 5 a 7 años inclusive para concluir su argumento, dice que se ha aplicado indebidamente los artículos que a su criterio debían haberse aplicado, inclusive el artículo 34 35 de la Ley Notarial, por cuanto se dice de que al no estar presente un notario público, dicho documento sería privado, pues claramente señala el artículo 328 en el que se

[20] Acta de audiencia de fecha 5 de julio del 2022, a las 09h45, constante a fs. 49 a 53.

adecuó la conducta del procesado recurrente esto es falsificación y uso doloso de documentos falsos la persona que falsifique, destruya o adultere, modificando los efectos o el sentido de los documentos públicos. Los documentos públicos este documento fue un público el que le adicionó las letras de Enríquez a Enríquez y de Juan a Juan y por ende este documento es totalmente público en este contexto no es verdad de que la conducta del procesado se pueda adecuar al inciso segundo del 328, por otra parte señala de que la el quantum del valor que fue sustraído de 151.600 debería prorratearle con otras personas y ha dicho claramente lo que no existe en el proceso no existe en el mundo, pues en el proceso no encontramos, mejor dicho, ni siquiera en el proceso, porque el recurso de casación únicamente se basa, se riñe a la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones y por el principio de inflexibilidad inexibilidad nos remitimos a la sentencia del Tribunal de juicio tanto en el tribunal de juicio cuanto en el del Tribunal de Apelaciones no encontramos otros procesados y el hecho de que se haya indicado en la parte pertinente a la resolución de que la reparación integral de los 151.600 dólares se dispone como reparación a prorrata de los demás autores esta palabra a prorrata no influye en la decisión de la causa, pues encontramos que no existen otros procesados en esta sentencia que se está recurriendo en este caso no podemos tampoco indicar que se ha violado el principio de proporcionalidad en cuanto a la reparación integral. el valor sustraído fue de 151.600 y para terminar, ha indicado de que su requerimiento es de que su pretensión es de que se adecue la conducta del procesado al inciso segundo del artículo 328 a fin de que se haga del beneficiario de la suspensión condicional de la pena estos argumentos, señores jueces, ya han sido analizados y resueltos en la sentencia de apelaciones, en el cual se indica inclusive que el por qué no podría ser beneficiario a la suspensión condicional de la pena porque el delito sobrepasa los cinco años así también se ha dado respuesta y exclusivamente en el considerando sexto de la sentencia recurrida a las pretensiones realizadas por la defensa técnica del procesado y recurrente, las mismas que se los ha hecho en este momento en este contexto, es criterio de la Fiscalía General del Estado que se declare improcedente este recurso de casación, por cuanto no se ha cumplido con los principios fundamentales que rigen el recurso de casación esto es, el principio de trascendencia que significa esto de que la defensa técnica del procesado recurrente debió haber indicado al Tribunal de Casación de con estas supuestos de errores jurídicos por parte del Tribunal de Apelaciones, como es que se está prácticamente perjudicando al procesado recurrente, lo cual no se ha escuchado así las cosas, no se ha dado cumplimiento con el principio de la debida fundamentación del recurso casación más aún, con el principio de la debida demostración de los errores jurídicos acusados a la sentencia recurrida por lo tanto, reitero, se declare improcedente recurso de casacional.

Pretensión.- Solicita se declare improcedente recurso de casacional.[21]

3.3. Contestación al fundamento por parte de la víctima, a través del defensor Dr. Fabián Secaira Durango.

En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso el defensor en representación de la víctima, dice entre otras cosas:

"En este recurso de casación y manifiesto, lo siguiente en primer lugar, el señor Ricardo Jan Aguirre participa absolutamente de principio a fin en todas las trama del delito no es que al último se da cuenta de que el nombre ha sido falsificado juntamente con Marco Antonio Chávez Gutiérrez se reúnen en una tienda, dice aquí en los autos, y delante de él hacen el poder, el poder falsificado lo falsifican y aquí en Quito, en esa tienda, la firma de Karima Shayeb de mi defendida en una minuta después le manda por Servientrega a Guaranda al notario tercero abogado Osvaldo Rojas ese sabe si en forma por demás inocente o también por complicidad legaliza ese poder no por eso hemos acusado también al abogado desde luego en otro caso que se tramita en Guaranda

[21] Acta de audiencia de fecha 5 de julio del 2022, a las 09h45, constante a fs. 49 a 53.

porque él legaliza y comete otro delito que es el establecido en la ley notarial, una vez que legalizan eso, el notario cobra las tasas, da copias certificadas del poder y le entrega a Marco Antonio Chávez, quien trae a Quito y le entrega al señor Juan Aguirre el señor Jan Aguirre con ese poder, el certificado del notario con la copia certificada va al Banco de Pichincha, la agencia en Quito, el 24 de junio del 2016 y presenta para cobrar los 151.600 dólares allí en el banco, se dan cuenta de que el nombre no corresponde porque estaba Juan en el poder y Henríquez sin hache en el banco, le dicen no corresponde no es que él después se da cuenta y que hace rectificar le mandan del banco a que rectifique claro que han hecho un documento adicional y vuelven al banco a presentar pero ya en el banco estaba la copia certificada más de esta otra rectificación le dicen señor, y esto no sirve por último, vayan y traigan un certificado del notario a que certifique que se habían hecho bien y que hay una certificación del notario que existe en él el proceso está la certificación del notario el notario vivamente dice no, yo nunca he certificado no es mi firma y tantas otras cosas, contradicciones que hay en el proceso de parte del notario que está ventilando en otro juicio pero los peritos determinaron que la firma de esa certificación es real y corresponde al notario ahora errores más o menos el banco le paga y en ese momento el señor Ricardo Jan Aguirre recibe el dinero es decir, ya existe el delito de apropiación indebida de dinero porque recibe con el ánimo de apropiarse y se lleva el dinero y saca del banco ya lo que hizo después ya es problema de él no se pudo haber regalado, botado, perdido, le robaron, quién sabe o se repartieron como dice, pero ya el Señor se apoderó del dinero por eso, incluso en la sentencia, deberían haberle condenado a que pague todo y sería problema de él saber cómo reúne la plata con sus otros cómplices a estos otros señores no se les ha involucrado en este proceso, pese a que hay investigación, pero se siguió un proceso adicional en los cuales están condenados también Marco Antonio Chávez Gutiérrez está preso incluso de señor Gálvez, ahora con esto quedaría ya desvirtuado en la impugnación respecto a que debe prorratear el pago, la copia certificada del poder está en poder del banco es decir, que el documento es público, primero, porque fue otorgado ante notario si el notario cometió el error de autenticar un poder falsificado y de haber vulnerado inclusive las normas que les exigen a los notarios será cosa que resuelva en la Fiscalía de Guaranda y en el Juzgado de Guaranda pero el banco repiten y se ratifican que ahí reposa copia certificada del poder y también lo que han adulterado y el otro documento adulterado también la certificación ahora también me acojo a lo que manifiesta la señora fiscal primero, que el recurso de casación no cumple con los requisitos de trascendencia del caso, que no se le ha ocasionado ningún daño al señor Ricardo Jan Aguirre ya que él es el que ocasiona el daño a mi cliente y además no quiere reconocerlo, y lo que tratan de hacer es evitar el pago, por último, crean ustedes que incluso después dicen que la plata, ni siquiera Marco Antonio Chávez la tiene, porque después les asaltaron y le robaron no ósea que es toda una novela, este caso y ahora también la falta de fundamentación el recurso y tampoco se ha demostrado las causales de la casación en este caso por lo tanto, yo solicito que se sirvan ratificar la sentencia rechazando el recurso y adicional recordar que el mismo, la misma ley el Código Civil dice que cuando en cualquier procedimiento civil, penal, laboral, alternativo, tributario, los jueces determina que existe documento falso, automáticamente ese documento queda sin valor y nada de eso se ha dicho en esta sentencia y por eso inclusive en Guaranda han presentado el notario presenta un juicio de nulidad del poder dese cuenta y le demanda no al señor Ricardo Aguirre, sino al alias, porque usa un alias, dice no es Ricardo Jan, sino Ricardo Juan entonces le demanda la ley y pide que le citen en un domicilio que no existe, que no es del Señor, o sea es una trama tremenda esto."

Pretensión.- Solicito que se deseche el recurso de casación.[22]

[22] Acta de audiencia de fecha 5 de julio del 2022, a las 09h45, constante a fs. 49 a 53.

CUARTO.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. Sobre el Recurso de casación

Respecto del derecho a recurrir, la Corte Interamericana De Derechos Humanos, en el Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, Sentencia de 30 de enero de 2014, párrafo 85, dice:

> "*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*". [23]

En el presente caso, se ha presentado recurso de casación, y por ello se debe dejar aclarado, lo siguiente:

4.1.1. ¿Cuándo procede el Recurso de Casación?

Procede el recurso de casación, cuando la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.[24]

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 que conociéndola no la aplica; **tiene lugar la aplicación indebida de la ley, cuando el juzgador en lugar de aplicar la norma que corresponde al caso, aplica otra que es impertinente, hay aquí una norma incorrecta que se ha aplicado y una correcta que se ha dejado de aplicar**; y, errónea interpretación que se da cuando el juzgador no acierta con el sentido genuino que tiene la norma, es decir, refleja un error de intelección.

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, reclamando la correcta aplicación de la norma jurídica.

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"*[25], concordante con el criterio del profesor Gilberto Martínez Rave, quien agrega que el recurso extraordinario de casación *"es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideran violatorias de la ley. No origina una tercera instancia que no existe; en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias. Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a ésta y tiene validez jurídica."*[26]

Para analizar el recurso de casación, los Tribunales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus diferentes fallos, han definido parámetros:

> *"Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta*

[23] Corte Interamericana De Derechos Humanos, En El Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, Sentencia De 30 De Enero De 2014, párrafo 85

[24] COIP. 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,

[25] Rodríguez Ch. Orlando. Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, p. 67.

[26] Martínez Rave Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 457.

actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada"[27].

Por ello, el recurrente debe realizar una correcta fundamentación del recurso interpuesto, para que el Tribunal de Casación cuente con los medios claros y suficientes para casar una sentencia con base a las argumentaciones del casacionista.

4.1.2. Al derecho a recurrir y al recurso de casación

La Constitución de la República, en el artículo 76.7.m), establece que: *"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos."*[28].

El derecho de recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice: *"Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".*

La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, en sentencia No. 095-14-SEP-CC, dictada el 04 de junio de 2014, dentro del caso No. 2230-11-EP, ha señalado que:

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."[29]

Según lo determinado por la Corte Nacional, el recurrente debe fundamentar cada uno de los cargos de forma autónoma (principio de autonomía).[30] Advirtiendo que 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, nulidad y/o apelación, -segunda instancia- que inexorablemente debió haberse agotado previo a la interposición del recurso de casación, la impugnación va ser declarado 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.

QUINTO.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL RESPECTO DEL RECURSO PLANTEADO POR EL RECURRENTE

Ante las pretensiones presentadas en audiencia, se considera por parte de este Tribunal, lo siguiente:

5.1. Identificación del problema jurídico según los cargos planteados por el recurrente.

El cargo propuesto por el impugnante, persona procesada, radican en:

1. **Único cargo:** *Indebida aplicación del art. 328 inciso 1 del COIP, debiendo aplicarse el art. 328 inciso segundo.*[31]

[27] Ecuador. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. Juicio No. 444-2014.
[28] Art. 76.7.m de la CRE.
[29] Sentencia No. 095-14-SEP-CC, de fecha 04 de junio de 2014, dentro del caso No. 2230-11-EP
[30] Juicio Penal: No. 212-2015
[31] Acta de audiencia de fecha 5 de julio del 2022, a las 09h45, constante a fs. 49 a 53.

Pretensión: Se case la sentencia aplicándose el art. 328 inciso segundo del COIP.

5.2. Examen circunstanciado de cada cargo y argumentación del Tribunal

En virtud de los planteamientos realizados por la recurrente, este Tribunal, va a despejar algunas interrogantes:

5.2.1. ¿El recurso se ha fundamentado debidamente, siendo las alegaciones realizadas suficientes para casar la sentencia recurrida?

Debemos indicar que en sede casacional, no basta una simple referencia de una violación a normativa legal, sino que se deben cumplir con los principios de Taxatividad, Autonomía y Transcendencia, es decir, es obligación de quien impugna un sentencia vía recurso de casación, especificar en qué error de derecho ha incurrido el juzgador al dictar la sentencia, señalando detalladamente que norma jurídica, que artículo de la ley, ha sido violentado y en qué forma, así como determinar cómo esta violación ha incidido en la sentencia, tanto que si no se hubiera cometido otra hubiera sido la decisión judicial.[32] En el presente caso observamos que el recurrente no cumple con los parámetros de fundamentación del recurso de casación, puesto que si bien es cierto refiere la norma jurídica específica que considera vulnerada en el fallo impugnado (art. 328 inciso segundo del COIP), no refiere en que parte de la sentencia se encuentra el supuesto error, ni realiza una argumentación jurídica que dote de sustento los cargos de casacionales, por cuanto:

1) Alega indebida aplicación del Art. 328 inciso primero del COIP, debiendo aplicarse lo dispuesto en el inciso segundo del mencionado artículo, sin embargo, el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal*, es decir, no realiza una argumentación jurídica acorte, por cuanto, si bien es cierto hace una confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación de la norma jurídica (art. 328 inciso primero COIP), que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación (ART. 328 inciso segundo del COIP) que estima el recurrente se debería haber realizado: a) no determina la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; y, b) no explica la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, lo que implica el daño que se le provocó, alegando que al aplicarse el art. 328 inciso primero del COIP no se le permitió solicitar suspensión condicional de la pena, sin embargo, ello no consta de la parte dispositiva de la sentencia impugnada. Por otra parte, observamos que las alegaciones del recurrente tienden a que este Tribunal revise prueba y con ello realice una nueva determinación de hechos, lo que se encuentra vedado en sede casacional.*

2) Por otra parte, el recurrente sin fundamentar sus alegaciones en principio de taxatividad autonomía y trascendencia, refiere: "*por principio de proporcionalidad, tanto la pena principal como la accesoria deben ser proporcionales, porque así lo dice la Constitución no solamente que es un principio por el cual tiene que indicarse que esa pena debe ser proporcional entonces, en la sentencia dice que usted pagará a prorrateo cual prorrateado si solo es un procesado es uno a prorrata de que?"* confundiendo el recurrente pena pecuniaria con reparación integral, según lo determinado en el art. 78 numeral 3 del COIP, por cuanto la sentencia impugnada ha respondido su pretensión y determina: " **6.2.2.** *En cuanto al cuestionamiento de que existe un solo sentenciado, pese a lo cual se dispone un pago prorrateado del valor correspondiente al daño económico causado, lo cual, a su decir, no es proporcional, resulta alejado a la realidad procesal, por lo siguiente: (i) si lo que pretende es que no diga prorrateado, el único que debe pagar esa cantidad es el ahora recurrente; (ii) si bien el único al que por el momento le sería exigible el pago es al señor Ricardo Jan Aguirre Henríquez, sin embargo, como bien refiere el señor Fiscal y se desprende de la parte final de la sentencia, se ha dispuesto oficiar a Fiscalía para que se investigue a otras personas que podrían tener participación en la falsificación y*

[32] Ecuador. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, Casación, juicio Penal 331 2013. Resolución No. 15 2015.

uso doloso del documento, por lo que ha de entenderse que el pronunciamiento del Tribunal A-quo, al señalar un pago prorrateado, está relacionado con esa eventualidad, por lo que desde ese punto de vista, de ninguna se justifica la alegación de que no guarda proporcionalidad. Por el contrario, si su interés es que se lo exculpe de todo pago, aquello no es pertinente, la prueba demuestra, más allá de toda duda razonable, la existencia de la infracción y su responsabilidad, por lo que, habiéndose causado perjuicios económicos a la víctima, lo menos que puede hacer el juzgador es repararle el daño económico sufrido".

En virtud de lo expuesto, se observa que las alegaciones realizadas por el recurrente son: A.-) INADMISIBLES.- Pide en su alegación entre líneas que se revise hechos y pruebas y con ello llega a solicitar una nueva calificación jurídica, lo que contraviene lo determinado en el art. 656 inciso segundo del COIP. B.-) INFUNDAMENTADAS, puesto que se no ha efectuado una argumentación jurídica acorde (donde está el error en la parte especifica de la sentencia y cuál es la trascendencia del mismo). C.-) INCOHERENTES.- puesto que existe contradicción entre: Premisas o premisas y conclusión (lógica), por cuanto primeramente habla de indebida aplicación del art. 328 inciso primero y luego en su argumentación se pierde y habla de la proporcionalidad de la pena por la imposición de un valor único a pagar al sentenciado, tratando de confundir al tribunal para decir que el monto económico determinado como pago a favor de la víctima es una pena pecuniaria. **Por lo cual este Tribunal concluye determinando que el recurso planteado por el señor RICARDO JAN AGUIRRE HENRIQUEZ, no se ha fundado de manera correcta.**

Pese a lo expresado, con el fin de garantizar los derechos de los sujetos procesales, el tribunal procede a revisar: 1.-) de conformidad al art. 76 numeral 7 literal l de la CRE, si la sentencia se encuentra debidamente motivada y 2.-) de conformidad con el art. 657 numeral 6 del COIP, si existen errores por los cuales se pueda casar la sentencia.

5.2.1.1. ¿La sentencia recurrida se encuentra debidamente motivada?

Pese a que no fue alegado, por ser obligación del tribunal revisar si la sentencia cumple con los parámetros de motivación, se considera:

Según la carta magna, en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá el derecho de las personas, lo que implica que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas, advirtiendo 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. [1]

La Corte Constitucional, sobre motivación dice suficiente y pertinente, Sentencia No. 1320-13-EP/20, de fecha Quito, D.M., 27 de mayo de 2020, manifiesta:

"*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*

[1] 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 será sancionados

argumento mínimo necesario para considerar motivada una sentencia."[2]

Respecto a la deficiente motivación la Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1158-17-EP/21, Caso No. 1158-17-EP, de fecha Quito, D.M., 20 de octubre de 2021, manifiesta:

"*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: i)* ***Inexistencia****: Ausencia absoluta de los elementos mínimos de la motivación; ii)* ***Insuficiencia****: Cumplimiento defectuoso de los elementos mínimos; y, iii)* ***Apariencia:*** *Cuando a primera vista parece suficiente, pero en realidad no lo es, porque incurre en vicios que afectan a su suficiencia. En función de la actual jurisprudencia de la Corte, se identificaron los siguientes vicios:* ***Incoherencia:*** *Existe contradicción entre: Premisas o premisas y conclusión (lógica). Conclusión o decisión (decisional).* ***Inatinencia:*** *Las razones no tienen que ver con el punto en discusión.* ***Incongruencia:*** *se da cuando: No da respuesta a los argumentos de las partes, o No aborda cuestiones exigidas por el Derecho en determinadas decisiones.* ***Incomprensibilidad:*** *No es razonablemente inteligible. La Corte señaló, además, que el análisis del cumplimiento de la garantía de la motivación en un caso concreto debe partir del cargo específicamente planteado por la parte y no puede consistir en la aplicación de una "lista de control", como se ha usado el test de motivación."*[3]

Dentro de esta misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, ha dicho que:

"*...la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomadas en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Así mismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso*"[4].

Por consiguiente la motivación de una Resolución, en este caso sentencia, en la que se arriba a una conclusión, debe encaminarse en la correcta explicación lógico-jurídica de la decisión; siendo obligación del juzgador, demostrar que la conclusión a la que arriba devienen de los hechos comprobados a través de las pruebas debidamente actuadas, y que cumplen con los principios del debido proceso, para lo cual, debe desarrollarlas, calificarlas y subsumirlas a la norma jurídica, para que la resolución sea considerada motivada en derecho.

Por lo expuesto de la revisión de la sentencia impugnada advertimos:

1. Que los jueces Ad Quem, han respondido cada una de las alegaciones realizadas en audiencia de apelación por la persona procesada en su recurso de apelación y el conjunto de pruebas ha sido analizado;
2. La sentencia se encuentra debidamente motivada, este Tribunal ha analizado si existe alguna falta de motivación y una vez leída la sentencia recurrida, se verifica que cumple con la debida motivación, pues mantiene un 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, y consignación de la

[2] Corte Constitucional, Sentencia No. 1320-13-EP/20, de fecha Quito, D.M., 27 de mayo de 2020
[3] Sentencia No. 1158-17-EP/21, Caso No. 1158-17-EP, de fecha Quito, D.M., 20 de octubre de 2021.
[4] Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.

alegaciones efectuada vía apelación, cumpliendo con los requisitos de la sentencia conforme el Art. 622 del COIP, determinando hechos y la aplicación del derecho al mismo y a su vez explicando las razones de su decisión todo ello a lo largo de la sentencia pero particularmente en el considerando VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL DE SALA.- 6.1. Del recurso de apelación.

Concluimos que la sentencia recurrida se encuentra debidamente fundamentada, siendo su motivación suficiente. La sentencia no adolece de: i) Inexistencia: Ausencia absoluta de los elementos mínimos de la motivación; ii) Insuficiencia: Cumplimiento defectuoso de los elementos mínimos; y, iii) Apariencia: Cuando a primera vista parece suficiente, pero en realidad no lo es, porque incurre en vicios que afectan a su suficiencia, en cuanto a su motivación. Por otra parte, de la sentencia no ser observan vicios como: A.-) Incoherencia: B.-) Inatinencia: C.-) Incongruencia; y D.-) Incomprensibilidad. Siendo la sentencia coherente, congruente y comprensible, atendiendo todos los puntos puestos a su consideración.

5.2.1.2. ¿De la revisión de la sentencia se observa que existe una indebida aplicación del Art. 328 inciso 1 del COIP, debiendo aplicarse lo determinado en el inciso segundo del mencionado artículo?

Para analizar la siguiente interrogante, debemos determinar que la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en el considerando 6.2.1. refiere:

"*Manifiesta su inconformidad con la tipificación realizada en la sentencia, esto es declararlo autor del delito de uso doloso de documento público, bajo la consideración que, no habiéndose realizado las adiciones al poder inicial, en los términos que señala la Ley Notarial, ya no estamos hablando de un documento público sino de un documento privado. Al respecto, el artículo 328 del COIP, señala: "Falsificación y uso de documento falso.- La persona que falsifique, destruya o adultere modificando los efectos o sentido de los documentos públicos, privados, timbres o sellos nacionales, establecidos por la ley para la debida constancia de actos de relevancia jurídica, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Cuando se trate de documentos privados la pena será de tres a cinco años. El uso de estos documentos falsos, será sancionado con las mismas penas previstas en cada caso." En esta línea de análisis, merece analizar, en primer lugar, que entendemos por documento, por lo que, ante la falta de definición en la legislación penal, debemos acudir a la civil, la que emplea indistintamente los términos documento e instrumento. En el artículo 1716 del Código Civil (CC), se señala que instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado, agregando que "otorgado ante Notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública". En similar sentido, el artículo 205 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), prescribe: "Documento público.- Es el autorizado con las solemnidades legales. Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se considerarán también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente". En cuanto al documento público falso, el artículo 214, dice: "Documento público falso.- Es documento falso aquel que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron o de los testigos o del notario por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado y en el caso de que haya anticipado o postergado la fecha de otorgamiento". En el caso sub júdice, resulta evidente que estamos frente a un documento público, es decir un supuesto pode (escritura pública), otorgado ante la Notaría Tercera del cantón Guaranda, pero que de conformidad con la prueba actuada, específicamente de la experticia documentológica, resulta ser falso, porque el 14 de junio del 2016 en que se lo celebra, la víctima SHAYEB MAHMODKARIMA EBRAHIM, quien aparece como presunta poderdante, no se encontraba en el país, habiendo retornado desde Orlando, estados Unidos de América (USA), el 21 de junio de 2016, Además de que, según su testimonio, nunca ha visitado la ciudad de Guaranda, por lo que el estudio grafotécnico determina que no corresponden la firma ni la*

huella dactilar de la víctima. En efecto, revisada la prueba actuada, tenemos el testimonio de la perito Cap. MAGALY DOLORES CÁRDENAS SANCHEZ quien concluye que luego del examen documentológico practicado, en lo que se refiere al aspecto grafotécnico de las firmas atribuidas a la señora Shayeb Mahmod Karima Ebrahim, constantes en el documento periciado, cotejadas con firmas indubitadas y testigos presentadas por la mencionada señora, no se corresponden a su autoría; que en el análisis documentológico del documento que se encontraba en la Notaría, y que aducía el certificado de identidad con datos referenciales de la señora Shayeb Mahmod Karima Ebrahim, y el documento que se encontraba en el Banco Pichincha, que manifestaba el certificado de identidad de la misma persona, realizado el cotejamiento, en la parte pertinente que manifiesta situación del cedulado, existía una novedad, en de la Notaría se puede leer cédula inválida por expiración, mientas tanto en el documento que obra en el Banco Pichincha, en la misma parte que manifiesta condiciones de cedulado, se puede apreciar simplemente la palabra extranjero; que en el análisis documentológico que se hace al poder que obra y reposa en la Notaría Tercera del cantón Guaranda, en el renglón número 8 se pudo apreciar la palabra Aguirre Enríquez Ricardo Juan, mientras tanto en la copia del poder que reposa en la Banco Pichincha se pudo apreciaren la fila 8 del anverso la palabra Aguirre Enríquez Ricardo Jan, de igual manera en los renglones del reverso número 3 y 4 del poder que reposa en la Notaría, se puede leer la frase Aguirre Enríquez Ricardo Juan, mientras tanto que en la línea 3 y 4 del documento que reposa en el Banco Pichincha se puede leer la frase Aguirre Enríquez Ricardo Jan, esas fueron las diferencias. De este modo, queda demostrado que se trata de un documento adulterado, es decir, de acuerdo a la matriz que reposa en la Notaría Tercera, supuestamente lo otorgó la víctima, pero ésta se encontraba en el exterior, demostrándose que la firma y rúbrica no son de su autoría, y es en base a esta matriz notarial, que conferida la copia auténtica, se procede adulterarla en lo relacionado a determinadas letras referentes al nombre del presunto apoderado, para evitar reparos al momento de presentarlo en la Agencia del Banco Pichincha. Por lo mismo, la alegación realizada este momento, de que se lo debe sancionar como autor de falsificación de un documento privado (así lo argumentó al invocar los incisos uno y dos del artículo 328 del COIP), no corresponde a la realidad procesal, en primer lugar porque estando demostrada la falsedad, no se conoce a quien le es atribuible (se lo juzgó por haber hecho uso doloso del documento falso); y, en segundo lugar, porque del análisis realizado estamos frente a un documento público, obviamente falso, adulterado, por eso es constitutivo de un infracción, al haberse hecho uso del mismo con propósitos fraudulentos, más no de un documento privado, que al tenor de lo previsto en el artículo 216 del COGEP, "es el realizado por personas particulares, sin intervención de funcionario público alguno […]". En este caso, a la entidad bancaria se le presentó un poder, en el que aparentemente interviene una poderdante que nunca lo confirió, haciéndoles creer en la verdad de su contenido e intervinientes, pero que, al no ser así, deviene en falso y consiguientemente conlleva la consecuencia penal correspondiente, por el uso fraudulento del mismo, conforme ha quedado demostrado. Resulta, por lo mismo, insólito pretender que, una vez realizada la falsedad en el original (matriz), que siempre reposará en la Notaría, a la copia auténtica que confiere se le haga nuevamente adulteraciones o adiciones, para pretender, desde la óptica de la defensa, que ese documento se ha convertido en privado, y beneficiarse de ese modo de una pena más benigna, pese a que, en este caso, incluso ya se le benefició de una reducción considerable, en virtud de la cooperación eficaz.[33]

Al respecto de lo manifestado por los Jueces del Tribunal Ad Quem, debemos analizar:

[33] Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, de fecha 20 de abril del 2021, las 11h45, constante a fs. 57 a 73 del expediente de apelación.

1. El Art. 328 del COIP, tipifica el delito de Falsificación y uso de documento falso, y refiere que: *"La persona que falsifique, destruya o adultere modificando los efectos o sentido de los documentos públicos, privados, timbres o sellos nacionales, establecidos por la Ley para la debida constancia de actos de relevancia jurídica, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Cuando se trate de documentos privados la pena será de tres a cinco años. El uso de estos documentos falsos, será sancionado con las mismas penas previstas en cada caso."*[34]
2. El artículo 1716 del Código Civil (CC), señala que instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado, agregando que "otorgado ante Notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública;
3. Según el Artículo 205 del COGEP: "Documento público. Es el autorizado con las solemnidades legales. Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se considerarán también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente."
4. Y por el contrario documento privado, es según el Artículo 216 del COGEP: "Documento privado. Es el que ha sido realizado por personas particulares, sin la intervención de funcionario público alguno, o con éstos, en asuntos que no son de su empleo".
5. Doctrinariamente ¿Qué es falsificación y uso doloso de documento falso? Según Edgar Alberto Donna, en el Libro DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL TOMO IV, Pág. 140: "Los documentos emitidos por funcionarios públicos serían considerados como públicos, pero no todos hacen fe pública como documentos públicos" Determinando el mismo autor en la pág. 260 respecto al USO DEL DOCUMENTO FALSO, dice: "El crimen no se consuma sino por la pieza, por el uso que de ella se hace....2. Tipo subjetivo. El delito es doloso. Como la esencia del delito consiste en el uso del documento que se sabe que es falso, no hay duda que el único dolo compatible es el directo, no admitiéndose dolo eventual. Según el Dr. Jorge Blum Carcelén, juez Nacional, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en el Libro PREJUDICIALIDAD, "Falsedad material en documento público pág. 48 dice: "Instrumento público o documento público, es aquel que es extendido por el competente empleado público y autorizado para emitirlo, porque si no tiene dicha calidad, de emisor del instrumento en razón de su cargo, no puede ser catalogado como documento público sino simplemente otorgado por un particular..." Especificando en la Pág. 55 dice que el bien jurídico protegido en el delito de falsificación de documentos públicos y el uso doloso del mismo es la fe pública. Según el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, en el Libro Alegatos Penales, Pág. 26 dice: "Son raros los individuos que falsean un documento, para que otra persona, un tercero, sea la que haga uso de dicho documento falso. Lo común, es que la misma persona que altera la verdad, haga uso de dicho documento y en este último caso, la conducta quede absorbida por el tipo de falsedad material, por tal razón el tipo penal previsto en el art. 341 del CP, está destinado exclusivamente a la persona que, no siendo el autor del documento falso, a sabiendas que lo es, hace uso del mismo.....aseverando además que el art. 341 es un típico caso de aplicación del principio de consunción o absorción que, junto con los principios de especialidad, subsidiaridad y alternatividad, tratan de solucionar el conflicto aparentemente de leyes penales.....la ley prevee la hipótesis para cuando el que hace uso doloso del documento falso no sea el autor de la falsedad y por ello tipifica la conducta de un tercero, como si fuera el autor de la falsedad. Según el Dr. Jorge Blum Carcelén, juez Nacional, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en el Libro PREJUDICIALIDAD, "Falsedad material en

[34] COIP.- Art. 328.- Artículo 328.- Falsificación y uso de documento falso.- La persona que falsifique, destruya o adultere modificando los efectos o sentido de los documentos públicos, privados, timbres o sellos nacionales, establecidos por la Ley para la debida constancia de actos de relevancia jurídica, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Cuando se trate de documentos privados la pena será de tres a cinco años. El uso de estos documentos falsos, será sancionado con las mismas penas previstas en cada caso.

documento público pág. 124 dice: "...Es indispensable distinguir que la mera tenencia o el hecho de llevar consigo el documento falso, implica un comportamiento que no trasciende el marco de los actos preparatorios y consiguientemente los hace jurídicamente inocuos, no delictivos o impunes, en lo relacionado a los documentos privados, el primer acto de uso le da vida jurídica a la falsedad, consumándose la misma, ya es uno de los llamados delitos instantáneos, susceptible de mantener su eficacia jurídica en forma permanente, hasta cuando el documento se utilice en forma efectiva. Porque tratándose de los documentos públicos, desde el momento mismo de su creación o alteración, ya está latente la lesión a la fe pública, como también el potencial perjuicio a los derechos tutelados por ella, así el uso constituya apenas una posibilidad."

6. El Art. 18 de la Ley Notarial, establece las atribuciones, entre ellas tenemos: Son atribuciones de los notarios, además de las constantes en otras leyes: 1.- Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo.
7. Los Arts. 33, 34, 35 y 48 de la Ley Notarial, dicen:
   - Art. 33.- El original de la escritura pública, que es el que debe contener los requisitos expresados en el Art. 29, quedará incorporado en el correspondiente protocolo; y no podrá presentarse en juicio sino para compararlo con la copia, o para que se reconozca cuando fuere necesario.
   - Art. 34.- Si la escritura original careciere de alguno de los requisitos expresados en el Art. 48, pero estuviere firmada por las partes, valdrá como instrumento privado.
   - Art. 35.- Las adiciones, aclaraciones o variaciones que se hagan en una escritura, se extenderán por instrumento separado, y de ninguna manera al margen; pero se anotará en el del primitivo que hay el (sic) instrumento que lo adiciona, aclara o varía, expresando la fecha de su otorgamiento y la foja del protocolo en que se halle.
   - Art. 48.- Por defecto en la forma son nulas las escrituras públicas que no tienen la designación del tiempo y lugar en que fueron hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de la parte o partes, o de un testigo por ellas, cuando no saben o no pueden escribir, las procuraciones o documentos habilitantes, la presencia de dos testigos cuando intervengan en el acto y la del notario o del que haga sus veces. La inobservancia de las otras formalidades no anulará las escrituras; pero los notarios podrán ser penados por sus omisiones con multas que no pasen de mil sucres. La formalidad relativa a las procuraciones o documentos habilitantes, expresadas en el inciso anterior, quedará cumplida siempre que ellos se agreguen originales al registro del notario, o que se inserten en el texto de la escritura. Respecto de las escrituras otorgadas antes del 24 de diciembre de 1895, podrá subsanarse la omisión, protocolizándose dichos documentos o procuraciones

De lo transcrito anteriormente se colige:

A. Que el voto de mayoría de la sentencia impugnada, refiere: *"en el análisis documentológico que se hace al poder que obra y reposa en la Notaría Tercera del cantón Guaranda, en el renglón número 8 se pudo apreciar la palabra Aguirre Enríquez Ricardo Juan, mientras tanto en la copia del poder que reposa en la Banco Pichincha se pudo apreciaren la fila 8 del anverso la palabra Aguirre Enríquez Ricardo Jan, de igual manera en los renglones del reverso número 3 y 4 del poder que reposa en la Notaría, se puede leer la frase Aguirre Enríquez Ricardo Juan, mientras tanto que en la línea 3 y 4 del documento que reposa en el Banco Pichincha se puede leer la frase Aguirre Enríquez Ricardo Jan, esas fueron las diferencias. De este modo, queda demostrado que se trata de un documento adulterado, es decir, de acuerdo a la matriz que reposa en la Notaría Tercera, supuestamente lo otorgó la víctima, pero ésta se encontraba en el exterior, demostrándose que la firma y rúbrica no son de su autoría, y es en base a esta matriz notarial, que conferida la copia auténtica, se procede adulterarla en lo relacionado a determinadas letras referentes al nombre del presunto apoderado, para evitar reparos al momento de presentarlo en la Agencia del Banco Pichincha"*
B. En la presente causa, no existe duda razonable sobre la existencia del delito de uso de documento, pero si por el contrario de si se trata de documento público o privado, ya que de los hechos que dan por probados en la sentencia que se impugna se establece

que el documento que reposa en la Notaria, no es igual al que reposa en los archivos del Banco Pichincha, en razón que este documento ha sido escaneado versus al original, ya que en los protocolos de la notaría, no consta que las correcciones o enmiendas realizadas hayan sido en la misma fecha o en distinta, menos aparece marginada la corrección en cuanto al nombre y apellido de Juan Enríquez por Jan Henríquez.

A. De los artículos citados, tenemos que una vez que los funcionarios del Banco Pichincha, responsables de la entrega del dinero a su beneficiario, procedieron a examinar que en el poder como en los documentos personales del beneficiario habían inconsistencias solicitaron que rectifique la copia certificada de la escritura pública, hecho que nunca se dio como dice el Art. 35 de la Ley Notarial, esto es que la adición, aclaración o variación debió extenderse a través de otro documento público. Si bien aparece una certificación y la firma del Notario es la original, no es menos cierto que el documento –poder especial presentado en el banco versus el de la Notaria seguía habiendo inconsistencias, ya que nunca se cumplió con lo que manda la ley, por tanto, el documento constante en el protocolo de la Notaria, nunca fue modificado, más si, la copia otorgada y presentada en el Banco, en cuanto al nombre y apellido mediante el escaneo. Este documento presentado al banco, al haberse adulterado sus datos sin haber sido abalizados por el Notario, quien otorga fe pública, perdió el efecto de instrumento público convirtiéndose en un documento privado.

B. Los hechos dados por probados no se adecuan a lo determinado en el Art. 328 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, por no encontrarse cumplidos los elementos constitutivos del tipo, esto es, que el documento sea público.

C. 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, por esto a falta de aplicación se manifiesta si la juzgadora yerra ignorando la norma en el fallo, en el presente caso se observa ese particular, por lo que se concluye que existe una indebida aplicación del Art. 328 inciso primero del COIP, debiendo aplicarse el inciso segundo del art. 328 del COIP en relación al inciso tercero ibídem.

D. Según el Art. 657 del COIP, "*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.*" En este mismo sentido en doctrina, LOPEZ PINZON, determina que: "Una vez que se advierta error en la sentencia, el Tribunal tiene el deber de subsanar el error de manera inmediata para superar el agravio inferido."

Por lo expuesto, de la revisión de la sentencia se observa que existe una indebida aplicación del Art. 328 inciso 1 del COIP, debiendo aplicarse lo determinado en el inciso segundo del mencionado artículo, en relación al Art. 328 inciso tercero del COIP, lo que afecta a la imposición de la pena, que correspondería a una pena menor de la aplicada, consecuentemente de conformidad con el art. 657 del COIP, se casa de oficio la sentencia y se corrige el error de derecho existente.

SEXTO.- SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA.

Ante solicitud efectuada, constante en el artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal, se llevó a efecto la audiencia oral, pública y contradictoria, para conocer y resolver el pedido de suspensión condicional de la pena, planteado por el recurrente RICARDO JAN AGUIRRE; al respecto tenemos:

6.1. En la audiencia, oral, pública y contradictoria, para resolver la solicitud de suspensión condicional de la pena, la defensa del señor Ricardo Jan Aguirre, entre otras cosas manifiesta:

"*de acuerdo con el artículo 630 y 631 del Código Orgánico Integral Penal, faculta en este caso, a los sentenciados pedir una suspensión condicional de la pena el artículo 630, en donde dice que la ejecución de la de la pena privativa de libertad, en este caso se puede solicitar la suspensión condicional de la pena, siempre que concurran algunos requisitos, entre ellos está, que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de 5 años en este caso, ni la pena en concreto ni la pena en abstracto, pues se ve ese tiempo porque se ha establecido y cumpliéndose este requisito, mi cliente no tiene en curso otro proceso que determine consta de autos el documento por el cual se ha determinado que no tiene otro*

proceso penal, es decir, se cumplen todos y cada uno de los requisitos previstos en el artículo 630; y, el 631 dice precisamente residir en un lugar y él ha determinado mediante una declaración juramentada que él reside, en el inmueble de su hermano, abstenerse de frecuentar determinados lugares, eso dice el artículo 631 como lo de requisitos establecidos en el 3, 4,5,6, 7 y 8 del COIP en el artículo 631. En esa virtud, la defensa, solicita que se aplique la suspensión condicional de la pena acatando las medidas que ustedes, señores jueces, nos impongan" [35]

6.2. Interviene el doctor Alfredo Rodríguez, representante de la señora Fiscal General del Estado, quien ante el petitorio manifiesta:

"*en el artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal, tenemos varios requisitos que se deben cumplir para la suspensión condicional de la pena, si bien con la documentación que se aparejado al presente proceso primeramente en lo que se refiere a la pena impuesta, pues si se cumplía el primer requisito en cuanto a no haber tenido otra sentencia la parte procesal igualmente se cumple este requisito, en el tercer requisito en cuanto a que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado en esta primera parte de este de este numeral, pues con los documentos que aparejado justificaría los arraigos familiares y también su condición social. Ahora cuando se trata de realizar la fundamentación de este tipo de solicitudes hay que tomar muy en cuenta lo que señala en cuanto a la modalidad y gravedad de la conducta, cuando nosotros nos derivamos al artículo 52 del Código Orgánico Integral Penal, este nos trae un instituto jurídico que es la prevención general del delito y cuando hablamos de una conducta que ha sido determinada en su momento, como una acción dolosa al momento de cometerse la conducta, ya sea por el tipo penal en este caso la falsificación de un documento que se cambió o ya se subsumió al hecho concreto que vendría a ser el documento privado, pues el fundamento tiene que regirse en torno a justificar por qué esa conducta en ese tipo de conducta realizada? no ameritaría la imposición de una sanción privativa de la libertad, entonces, si hablamos de la prevención general del delito, es decir, que el mensaje social que va a tener el conglomerado de los ciudadanos ecuatorianos, que al revisar este tipo de conductas pueda señalarse que, dado en el presente caso porque cada caso tiene que ser analizado en la medida de la del antecedente fáctico, tiene que justificarse, obviamente con base a un argumento sólido, es decir, que esta modalidad de conducta dolosa, por cierto, no puede ser objeto o no debería ser objeto de ser impuesta una pena privativa de libertad y a esto nos sustraemos a lo que son las acciones dolosas, es decir, en este proceso se realizó una conducta dolosa, se falsificó un documento para obtener un resultado y aquello fue ya ratificado en la audiencia de casación, cuando se adecuaron los hechos a la norma correspondiente, de pronto quizás faltó este argumento en señalar porque esta modalidad de la conducta no amerita una sanción punitiva, entonces lo que consideraría como Fiscalía es que este tercer requisito en la modalidad de la gravedad de la conducta, no se ha fundamentado, entonces más allá que en la réplica se pueda realizar esa situación, pues consideramos que este tercer elemento no estaría comprobado y para la suspensión condicional de la pena."* [36]

6.3. Interviene el doctor Fabián Secaira, defensor técnico de la acusadora particular, quien respecto a lo solicitado, dice:

"me opongo a la solicitud planteada por el sentenciado porque en realidad lo que se ha cometido cómo se manifestó en la audiencia anterior, es un cúmulo de delitos, no solamente la falsificación de documento que también ha incurrido en error la sala al considerar que es un documento privado, cuando el poder es un documento público y lo único que sé falsifico fue un poder notarial y aparte de eso, existe el delito de apropiación indebida de dinero, enriquecimiento no justificado, también existe una asociación ilícita para delinquir, que es un acto colusorio, es decir, hay una concurrencia

[35] Acta de audiencia de fecha 14 de septiembre del 2022, a las 14h45, constante a fs. 78 a 81.
[36] Acta de audiencia de fecha 14 de septiembre del 2022, a las 14h45, constante a fs. 78 a 81.

de delitos y en este caso se juzgó únicamente por un delito de falsificación de firma y eso más, se le da la interpretación de que no fue documento público los que falsificaron sino documento privado, cuando eso es totalmente falso ya que el poder es un documento público, respecto a esta diligencia también considero que la suspensión condicional de la pena no cumple el requisito número 3 del artículo 630, por qué la gravedad de la conducta sí es indicativa de que existe necesidad de ejecución de la pena, dese cuenta lo que es asociarse para hacer daño a una tercera persona, un alto colusorio, falsificar un documento público y apropiarse ilegal e indebidamente del dinero ajeno, por más de que el señor Aguirre se haya acogido al procedimiento abreviado y haya colaborado para que se establezca el delito, pero el daño no se ha solucionado y queda pendiente todavía la existencia de los delitos que he manifestado, además el artículo 631 del COIP, en el numeral 7 dice que una de las condiciones es que haya reparado los daños a pagar una determinada suma a la víctima a título de reparación integral o garantizar debidamente el pago, lo cual no ha ocurrido en este caso, por esta razón, yo me opongo". [37]

6.4. El doctor Oscar Enríquez, defensa técnica del procesado recurrente Ricardo Jan Aguirre Henríquez, como réplica expresa:

"*El artículo 630, para contestar los parámetros que decía el señor representante de la Fiscalía, los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como modalidad y gravedad de la conducta, indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena, es que nosotros, bajo la humanización de la pena, porque se debe tratar y eso ya está en estudios y ustedes lo conocen más que yo, que no necesariamente todo individuo tiene que estar en las cárceles para rehabilitarse y más aún, como en este caso, de que mi cliente, a quien se le otorgó un dispositivo, él ha venido cumpliendo cada una de las disposiciones impuestas, entonces el tercer requisito es de carácter más subjetivo, es decir, es grave, tal vez es de alta peligrosidad mi cliente para decir que ese es un parámetro que permita inducir cuando lo propio haciendo bajo la humanización de la pena, es de que las personas cumplan determinados requisitos y ya en América Latina se está pensando en eso, que cumplan determinados requisitos, es más, en España, cuando se aplica este procedimiento, ni siquiera se dicta sentencia, si no se hace el cumplimiento de las condiciones, eso por un lado y por otro, eso queda en claro de que mi cliente ha cumplido con todas las diligencias que ha sido requerido por la autoridad penal y en ese sentido, si es que el Código establece esa posibilidad, a esos recurrimos y recurrimos que ustedes con la sabiduría que tienen, como son nuestros centros carcelarios, todos los días hemos visto en la televisión y en la prensa que no son centros en donde se van a rehabilitar cuatro meses para que vaya ¿a qué?, cuando en este momento está trabajando, tiene sus dos hijos esas condiciones y por eso es que el legislador a previsto esas salidas alternativas y eso no es nuevo, entonces no hace falta indicar lo de que no se ha cumplido aquel requisito, ¿él trabaja?, actualmente trabaja que claro que en un momento dado se cometió un error, y eso ya lo miraron aquí, por su parte, el defensor no sabe de qué habido aquí colusión; y la colusión ya está despenalizada, tal vez el doctor no tenga conocimiento de aquello, pero la colusión está despenalizada, la colusión es el perjuicio conlleva directamente el perjuicio, la simulación, si produce el engaño, pero acá nos dice que hay un cúmulo, pero eso no está demostrado en el proceso, no se ha demostrado, o sea, cuál fue el tema del prejuicio, él no perjudicó el que se lleva y estas personas están procesadas, sentenciadas en otro proceso, pero él no hizo eso ni falsificó luego falsificación y a esa conducta, ya fue juzgada por ustedes, en ese sentido, gracias y reitero, nuevamente, acoja la suspensión condicional de la pena."* [38]

6.5. La Constitución de la República del Ecuador, establece en su artículo 1, que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y dentro de esos derechos que precautela la Carta

[37] Acta de audiencia de fecha 14 de septiembre del 2022, a las 14h45, constante a fs. 78 a 81.
[38] Acta de audiencia de fecha 14 de septiembre del 2022, a las 14h45, constante a fs. 78 a 81.

Magna, se encuentra como derecho de protección y garantía básica, en su artículo 77, en la parte pertinente en tratándose de una condena, que:

"*11. (...) Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.*

12. Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley".

Desde el ámbito de la dogmática penal se establecen los fines y funciones de la pena; en ese contexto encontramos la prevención general positiva o negativa, así como la prevención especial positiva o negativa; dichos fines y funciones se encuentran establecidos en la Constitución y en la ley. En la estructura normativa ecuatoriana, el artículo 201 de la Constitución de la República, establece como uno de los fines de la pena, la prevención especial positiva ya que, indica que, el sistema de rehabilitación social tiene como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad. Por su parte el artículo 52 del Código Orgánico Integral Penal, acoge como fin de la pena la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos de las personas con condena, así como la reparación de los derechos de la víctima.

De la propuesta planteada, debemos contestarnos: **¿Es procedente conceder la suspensión condicional de la pena de la sentencia de casación?**

Los principios del Código Orgánico Integral Penal, en el ámbito adjetivo y de ejecución, procuran proteger a las personas sometidas al poder punitivo del Estado, así como a las víctimas de las infracciones; en virtud de aquello, en aplicación del principio de legalidad se ha establecido una institución jurídica en favor de la persona procesada, para delitos considerados de menor gravedad, en cuyo caso se determina la falta de necesidad del cumplimiento de una pena privativa de libertad, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos en forma obligatoria; así, a partir del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal, se encuentra establecida la Suspensión Condicional de la Pena, que al inicio del presente proceso, preveía:

"*Art. 630.-* ***Suspensión condicional de la pena.-*** *La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

1. Que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años.

2. Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa.

3. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.

4. No procederá en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

La o el juzgador señalará día y hora para una audiencia con intervención de la o el fiscal, el sentenciado, la o el defensor público o privado y la víctima de ser el caso, en la cual se establecerán las condiciones y forma de cumplimiento durante el período que dure la suspensión condicional de la pena".

De la norma transcrita se desprende que, en efecto, cuando se ha condenado a una persona a pena privativa de libertad, la ejecución de la misma puede ser suspendida a su petición en audiencia de juicio. En el caso que nos ocupa el señor Aguirre Henríquez Ricardo Jan con fecha 27 de julio del 2022, a las 16h52, presentó de manera escrita la solicitud de suspensión condicional de la pena, es decir dentro de las veinticuatro horas posteriores, a la emisión de la decisión de casar su sentencia (anuncio oral), sin que se trate de una audiencia de juicio, sin embargo:

1. La CRE, en el Art. 11 dice: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:.....El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

   3 Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier

servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.
Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.
Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

2. El COFJ, Art. 28 dice: "**Art. 28**.- PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA.- Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.

No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.
Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.
En el caso que nos ocupa, existe una ausencia o insuficiencia para determinar qué hacer en los casos que la sentencia de casación reforme la situación jurídica del recurrente que haga que se cumpla el presupuesto jurídico de "*Que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años.",* lo que anteriormente le impedía acogerse a una suspensión condicional, razón por la cual, el Tribunal de casación, sin revisar hechos y pruebas sino solamente los presupuestos del art. 630 del COIP, puede por PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA, escuchar el planteamiento y decidir si en efecto es aplicable la suspensión condicional de la pena. Razón por la cual el Tribunal es competente para conocimiento de la causa y la diligencia, puesto que es el Tribunal de casación que corrigió el error en derecho y emitió la sentencia de condena que abre la posibilidad de la aplicación de la suspensión condicional, en virtud que el error en derecho de la sentencia no puede seguir afectando la situación jurídica del sentenciado, más aún cuando ha presentado su solicitud dentro de las 24 horas de conocer que su situación jurídica cambió.

Se concluye entonces determinando que por PRINICIPIO DE OBLIGATORIEDAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA, es procedente conceder la suspensión condicional de la pena de la sentencia de casación, sin embargo**:**

***¿Se encuentran cumplidos los presupuestos que hacen que se pueda acoger el pedido de suspensión condicional de la pena del señor* Aguirre Henríquez Ricardo Jan?**
Una vez que se ha dilucidado, que este Tribunal de casación puede escuchar la solicitud de suspensión condicional de la pena, debemos advertir si se ha dado cumplimiento lo dispuesto en el Art. 630 del Código Orgánico Integral Penal, en cuanto a los requisitos establecidos en la norma.
Este Tribunal encuentra que la disposición legal establece tres presupuestos objetivos y uno subjetivo; así, los requisitos 1, 2 y 4 tienen el carácter de objetivos, y el previsto en el numeral 3, tiene el carácter de subjetivo, respecto a los cuales se tiene:

a) El primer requisito constante en el numeral 1, guarda relación con la pena prevista para el delito, señalando que la misma no debe exceder de cinco años; al respecto, es preciso indicar que no se refiere a la pena que se imponga a la persona sentenciada, sino la pena abstracta establecida para la infracción, que en el presente caso, según el artículo 328 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal es de tres a cinco años, que en sí denota que para el legislador no representa una conducta de mayor gravedad, y que en definitiva, al no ser superior al límite máximo de cinco años de privación de libertad, es susceptible de este beneficio.

b) En cuanto al segundo requisito, establecido en el numeral 2, que prohíbe la aplicación del beneficio cuando el sentenciado tenga vigente otra sentencia o proceso en curso o haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa; es menester indicar que: 1.-) observamos que el peticionario Ricardo Jan Aguirre Henríquez, por intermedio de su defensa técnica, presenta documentación para la respectiva justificación, de la cual se evidencia que la misma no tiene vigente otra sentencia, ni proceso en curso, así como también, no ha sido beneficiado con una salida alternativa en otra causa,

por lo que el Tribunal, en buena fe y lealtad procesal conoce y acepta como válida la información presentada por la defensa técnica y 2.-) de igual manera este Tribunal de oficio ha extraído información judicial del recurrente, con el fin de tener información verídica y fidedigna, así como información actualizada. Recalcando que de la información judicial se advierte que el recurrente no tiene otro proceso penal, por lo que se declara cumplido el requerimiento legal.

c) Respecto al requisito constante en el numeral 4 del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal, en cuanto no procede la aplicación de la suspensión condicional de la pena, tratándose de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; en el caso in examine se supera esta prohibición, ya que el delito juzgado es el de falsificación y uso de documento falso que es un delito que atenta contra la fe pública, y por lo tanto no se encuentra comprendido en los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, ni violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar-

Consecuentemente, los presupuesto objetivos se encuentra cumplidos.

d) Corresponde ahora, entrar en el análisis del requisito subjetivo de la institución jurídica, constante en el numeral 3 del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal, según el cual se examina la situación jurídica de la persona procesada, tomando en cuenta dos presupuestos que la regla jurídica infiere, los antecedentes personales, sociales y familiares de la sentenciada, así como la modalidad y gravedad en la conducta, los cuales deben ser indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena:

- En cuanto a los antecedentes personales, sociales y familiares del señor RICARDO JAN AGUIRRE HENRIQUEZ, su defensa técnica ha presentado documentación y se ha verificado los antecedentes a través de la certificación de antecedentes penales y a través de la información judicial individual que este Tribunal de oficio ha extraído con el fin de tener información verídica y fidedigna, así como información actualizada, que a criterio de este Tribunal, resulta suficiente para demostrar que su situación y antecedentes de carácter personal, familiar y social, permite inferir que no resulta indispensable y por lo tanto no existe la necesidad de la ejecución de la pena impuesta a Ricardo Jan Aguirre Henríquez;
- En cuanto a la modalidad de la conducta está claro que el señor Ricardo Jan Aguirre Henríquez ha sido sentenciado por uso doloso de documento privado falso, sin que exista su participación en otras causas; de otro lado en cuanto a la gravedad de la conducta la persona procesada desde la sentencia de juicio, ha sido beneficiada por una cooperación eficaz solicitada por fiscalía, lo que le ha permitido reducción de su pena privativa de libertad; todo ello es indicativo que no existe la necesidad de ejecución de pena.

Por lo expuesto, este Tribunal, ACEPTA EL PEDIDO EFECTUADO POR LA PERSONA PROCESADA RICARDO JAN AGUIRRE HENRÍQUEZ DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA. Las condiciones que la procesada deberá cumplir, constan en la parte resolutiva de la presente sentencia, en atención a los artículos 622 y 631 del Código Orgánico Integral Penal.

SÉPTIMO.- DECISIÓN.

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 656 del Código Orgánico Integral Penal, resuelve, por unanimidad:

1. Rechaza el recurso de casación planteado por el señor RICARDO JAN AGUIRRE HENRIQUEZ, por indebidamente fundado;
2. De oficio se casa la sentencia impugnada dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en voto de mayoría, de fecha 29 de octubre del 2020, las 08h26, por cuanto este tribunal advierte un error en derecho en la Resolución, esto es, indebida aplicación del artículo 328 inciso 1 del Código Orgánico Integral Penal, debiéndose aplicar el inciso segundo del art. 328 del COIP en relación al inciso tercero del Art. 328 ibídem, enmendando dicho error de derecho, se

MODIFICA LA PENA IMPUESTA (8 meses de pena privativa de libertad) al procesado RICARDO JAN AGUIRRE HENRIQUEZ, imponiéndole la pena privativa de libertad de 4 meses.

3. Se acepta la Suspensión Condicional de la Pena a favor del señor RICARDO JAN AGUIRRE HENRIQUEZ y en tal virtud se dispone la suspensión condicional de la pena impuesta en la presente sentencia, imponiéndosele las siguientes condiciones a cumplir obligatoriamente, siendo estas:
   a) Residir en el lugar que el recurrente ha brindado en buena fe y lealtad procesal, y en virtud de ello se establece que si existe algún cambio deberá informarse a este Tribunal.
   b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas; no podrá acercarse a la señora SHAYEB MAHMOD KARIMA EBRAHIM, bajo ninguna circunstancia.
   c) No salir del país, sin previa autorización del juez de garantías penitenciarias competente.
   d) Tener o ejercer un trabajo, profesión, oficio, empleo o voluntariamente realizar trabajos comunitarios, trabajo u empleo que deberá realizar durante el mismo tiempo que dure la suspensión condicional de la pena.
   f) Reparar los daños conforme lo determinado en sentencia, valores que deberán ser cancelados durante la suspensión condicional de la pena (4 meses que dura la pena impuesta en su contra).
   g) Presentarse periódicamente ante la autoridad designada por el juzgador, en este caso, se presentará una vez al mes ante el Juez de Garantías Penitenciarias competente de acuerdo al lugar de su residencia y que tenga competencia con garantías penitenciarias.
   h) No podrá ser reincidente, es decir no podrá tener otro proceso que tenga que ver con el mismo tipo penal.
   i) No podrá tener una instrucción fiscal por ningún nuevo delito, eso implica violencia intrafamiliar y delitos de tránsito.

El señor RICARDO JAN AGUIRRE HENRIQUEZ, debe cumplir con las condiciones dispuestas en el artículo 631 del Código Orgánico Integral Penal, durante los cuatro meses que se le ha impuesto como tiempo de privación de libertad. Se le recuerda que, de no cumplirse las condiciones, la persona procesada pagará la pena privativa de libertad, y que por el contrario cuando esas condiciones se cumplan se podrá declarar extinguida la pena privativa de libertad dispuesta en su contra.

4. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Los intervinientes han actuado bajo principios de buena fe y lealtad procesal. **Notifíquese y cúmplase.-**

f) Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. Byron Guillen Zambrano, JUEZ NACIONAL; Dr. Javier de la Cadena Correa, CONJUEZ NACIONAL.

VIII

Juicio Nro. *09133-2022-00064*
Resolución Nro. *900-2022*
Fecha: *19 de octubre del 2022, las 16h09*

TEMA: Determinación de la mayoría de edad a efectos de precisar la competencia en materia penal.

ASUNTO

Se presenta una acción de hábeas corpus a favor del adolescente C. J. M. P., quien fue detenido el 2 de agosto de 2021, día en que cumplía los 18 años, por un presunto delito de tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización. El accionante argumenta que C. J. M. P. fue detenido siendo menor de edad y que el tribunal de garantías penales que lo juzga no es competente, por lo que la detención se convierte en ilegal e ilegítima. El hábeas corpus se sostiene también en que se presume una vulneración a su salud, pues el demandante alega que posee tuberculosis y que no está siendo tratado, además, que tiene responsabilidades paternales, ya que es padre de un recién nacido.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha determina que, según la copia notariada de la cédula de ciudadanía del accionante, nació el 2 de agosto de 2003, por lo que no cabe alegación del accionante respecto a una minoría de edad, la cual no existe, tanto por la información constante en la cédula de identidad como por la disposición contenida en el artículo 33 del Código Civil, que establece con suma claridad que, a efectos de calificar la edad, se entenderá, respecto de los días, meses y años, que correrán completos y a partir de la media noche.

Asimismo, el tribunal considera que, en la audiencia de calificación de flagrancia, así como en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, el defensor técnico del accionante no alegó que la detención era ilegal e ilegítima. Además, el tribunal señala que, para día de la aprehensión, el ciudadano C. J. M. P. ya era considerado legalmente mayor de edad, por lo que su juzgamiento debe estar a cargo de los jueces penales ordinarios y no de los Jueces de adolescentes en conflicto con la ley penal, por lo que la pretensión de declaratoria de su detención como ilegítima, bajo el supuesto de una minoría de edad, jurídicamente está desvirtuada.

Por otra parte, los jueces indican que el hecho de que el ciudadano C. J. M. P. tenga la calidad de padre de un niño recién nacido no es uno de los presupuestos que determina el Código Orgánico Integral Penal para revocar dicha medida cautelar.

De esta manera, el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha acepta parcialmente la acción de hábeas corpus, declarando que la medida de privación de libertad no es ilegal, ilegítima ni arbitraria y dispone oficiar al Director del Centro de Privación de Libertad donde se encuentra el beneficiario para que coordine con el Ministerio de Salud la toma de exámenes de laboratorio completos, una valoración cardiológica y examen de tuberculosis, respetando el consentimiento informado del beneficiario, dejando a salvo el derecho del accionante de presentar nuevas acciones constitucionales con los resultados médicos obtenidos.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09133-2022-00064

Juez Ponente: Dr. Byron Guillen Zambrano

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, miércoles 19 de octubre del 2022, las 16h09.

Vistos.-

I. Jurisdicción y competencia

1. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto en la acción constitucional de hábeas corpus signada con el número 09133-2022-00064, conforme lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, en adelante CRE, artículo 186.8 del Código Orgánico de la Función Judicial, en adelante COFJ; artículo 169.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en adelante LOGJCC; y, de acuerdo con el sorteo de la causa.
2. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 022021 de 05 de febrero del 2021, conformó sus Salas Especializadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 183 del COFJ; y, mediante acta de sorteo de fecha 12 de abril de 2022, a las 11h31, el conocimiento del presente recurso de apelación correspondió al Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado conformado por los doctores Byron Guillén Zambrano, Juez Nacional Ponente, Daniella Camacho Herold, Jueza Nacional; y, Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional.

II. Validez Procesal

3. El presente recurso se ha tramitado en cumplimiento de lo establecido en los artículos 75, 86 y 89 de la CRE, así como el procedimiento determinado en la LOGJCC, por lo que, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, se declara la validez de todo lo actuado.

III. Antecedentes procesales de la acción

4. El *28 de junio de 2022, a las 08h41* el abogado Roberto José Marquez Salguero presenta acción de hábeas corpus a favor del adolescente CJMP[1], quien se encuentra privado de libertad por orden judicial dictada en el proceso penal No. 09266-2021-00993.
5. Fundamenta su acción en que CJMP fue detenido el mismo día que estaba cumpliendo 18 años pues su nacimiento fue el 02 de agosto de 2003 y fue detenido el 02 de agosto de 2021, a las 12h00 del medio día.
6. Como relación de los hechos señala que el 02 de agosto de 2021, los agentes de Policía de la Dirección Nacional de Investigación de Delitos Contra la Vida, Muertes Violentas, Desapariciones, Secuestro y Extorsión (DINASED), aprenden a CJMP y a dos personas más, que CJMP intenta cerrar la puerta de un cuarto destinado para dormitorio pero al lograr ingresar encuentran en un anaquel diez bultos conteniendo una sustancia de color blanquecina, presumiblemente sustancia sujeta a fiscalización, sobre una mesa se pudo encontrar 51 sobres de papel conteniendo una sustancia blanquecino presumiblemente sustancia sujeta a fiscalización y debajo de la cama se encontró un bulto conteniendo una sustancia de color blanquecino presumiblemente sustancia sujeta a fiscalización.
7. En estas circunstancias se realiza la audiencia de flagrancia en la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Daule provincia de Guayas y se formula cargos en su contra. La audiencia preparatoria y de evaluación a juicio se convoca para varias fechas pero se lleva a efecto

[1] Código de la Niñez y Adolescencia artículo 52. Prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen. Se prohíbe: [...] 5. La publicación del nombre, así como de la imagen de los menores acusados o sentenciados por delitos o faltas.

el 08 de febrero de 2022, sin que se haya objetado la competencia en razón de la materia.

8. Remitido el proceso para sustanciar la etapa de juicio asume competencia el Tribunal de Garantías Penales conformado por los doctores Carlos Walberto Churta Rodriguez (Ponente), Monroy Sotomayor Tania Paola y Glenda Jannet Hernández Vega, en la audiencia convocada el 03 de junio de 2022, las 08h30 se instala con la presencia de los sujetos procesales y se puso en conocimiento del Tribunal que no es competente para conocer y resolver el caso en razón del artículo 4 del Código de la Niñez y Adolescencia en adelante "CONA", y el artículo 129.9 del COFJ y se señala que si no fue objetado en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio todo es válido y de manera inconstitucional e ilegítimo se dio la audiencia que fue suspendida por falta de un testigo de Fiscalía.
9. Señala que su defendido esta privado de libertad a órdenes de jueces de adultos no especializados para adolescentes infractores y no es legítimo que el Tribunal juzgue un delito que presuntamente se cometió mientras era menor de edad pues la aprensión ocurrió cuando no cumplía aún los 18 años.
10. Refiere que CJMP tiene tuberculosis conforme consta en el certificado médico, además tiene un hijo de meses de nacido que debe ser reconocido y dado su apellido por su padre tal como consta en el certificado otorgado por la maternidad donde nació el infante. Presenta prueba documental, pide prueba testimonial y solicita que se declare que su detención es ilegítima porque no es especializado para adolescentes infractores y siendo ilegítima se ordene su inmediata libertad y ordenando medidas alternativas a prisión preventiva mientras un juez de adolescentes infractores avoca conocimiento de la causa, que se declare la nulidad de la instalación de audiencia del día 03 de junio de 2022, a las 8h30 por haber sido celebrada por un Tribunal que no es competente para resolver la situación jurídica de CJMP, que se ordene su libertad por su salud y para que pueda atender a su hijo recién nacido. Declara no haber presentado otra acción de hábeas corpus por las mismas circunstancias.
11. Presentada la acción de hábeas corpus fue signada con el número 09133-2022-00064, correspondiendo su conocimiento en primera instancia a un tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, conformado por los señores jueces Andrés Eduardo Alvarado Luzuriaga, Yanina Mireya Peña Correa y Félix Enrique Intriago Loor.
12. El 28 de junio de 2022 el abogado Wilner Jesús Valencia Rodríguez, Juez de la Unidad Multicompetente Penal con sede en el cantón Daule, presenta su informe en el que señala que el hábeas corpus protege la libertad personal de quienes han sido detenidas arbitrariamente, que en el caso la orden de prisión se dictó en audiencia de calificación de flagrancia realizada el 03 de agosto de 2021 dentro de la causa penal 09266-2021-00993 en el que se formuló cargos por el delito de tráfico de drogas tipificado en el artículo 220.1 literal d) del COIP, dictada a petición del Fiscal y a la cual concurrió su defensor particular quien no indicó que el procesado era menor de edad, señala que la prisión preventiva dictada en contra de CJMP ha sido dictada con observancia a lo dispuesto en el artículo 77.1 de la CRE y 534 del COIP, por lo que fue dictada por autoridad competente dentro de sus facultades y atribuciones, siendo necesaria, proporcional e idónea al fundamentarse en los preceptos del COIP,
13. Con fecha *29 de junio de 2022*, los jueces del Tribunal de Garantías Penales accionados presentaron su informe de descargo en el que realizan un detalle de las actividades realizadas por el Tribunal, respecto del cual refiere que del proceso se puede revisar que en cuanto al auto de llamamiento a juicio no ha existido retado ni demora en la tramitación de la causa.
14. Refieren que del parte policial de aprehensión se tiene que el procesado CJMP dentro de la causa penal 09266-2021-00993 fue privado de libertad el 02 de agosto de 2021, a las 12h00, por lo que fue llamado a juicio por el delito de tráfico ilícito de Sustancias Catalogadas sujetas a Fiscalización, tipificado y sancionado en el artículo 220. Numeral 1 literal d) del COIP en calidad de autor directo, siendo que la audiencia de juzgamiento se encuentra notificada para el 09 de mayo de 2022, a las 10h30.
15. Refiere que de las copias integras del expediente no hay constancia de que la defensa del procesado haya puesto en conocimiento del Tribunal que se encuentra en peligro de su salud, vida o integridad física o que se encuentre siendo

torturado, tratado de forma cruel inhumana o degradante.

16. Señala que la causa penal 09266-2021-00993 se dictó boleta de encarcelamiento 09266-2021-000147 de fecha 03 de agosto de 2021, en contra del procesado por parte del abogado Wilmer Valencia Rodriguez, Juez de la Unidad Multicompetente de Daule, provincia de Guayas por lo que la alegación de que el procesado se encuentra privado de la libertad de forma ilegal carece de veracidad.
17. Sin mayor contexto resalta la razón actuarial suscrita por la Secretaria del tribunal de Garantías Penales respecto a la instalación de la audiencia de juicio en contra de CJMP. Refieren que del contenido de la demanda se menciona que la acción se presenta en contra de los jueces del Tribunal de Garantías Penales del cantón Guayaquil, por un presunta falta de competencia, por tratarse de un presunto menor de edad lo cual ya ha sido materia de análisis por parte del Juez de la Unidad Judicial Multicompetente Penal Guayas, por lo que la alegación de que se encuentra privado de la libertad de forma ilegal carece de veracidad de lo cual se puede verificar en el expediente que corresponde al auto de llamamiento a juicio.
18. Con los antecedentes expuestos señala que no hay fundamentos de hecho y de derecho que demuestren las alegaciones por parte CJMP que se trate de menor por cuanto fue aprehendido en delito flagrante cuando ya había cumplido la mayoría de edad, lo que fue resuelto por el Tribunal de Garantías Penales con los testimonios de los agentes aprehensores, y que la acción es una forma maliciosa de obtener el beneficio de la libertad mediante el hábeas Corpus. Solicitan que no se acoja la petición y ponen en conocimiento que ya ha sido presentado otro hábeas corpus a favor del procesado, que recayó en la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas con No. 09124-2022-00031 que fue negado conforme consta del SATJE.
19. En sentencia de *04 de julio de 2022, las 17h04* la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas en conocimiento de la acción propuesta aborda los cargos planteados en cuanto a la minoría de edad, estado de salud y sobre su calidad de padre de un niño recién nacido refiere lo siguiente:

"10.2) Según los argumentos esgrimidos en demanda y audiencia, la reclamación y solicitud del accionante, radica fundamentalmente en que debido a que supuestamente al producirse la detención el 02 de agosto del 2021 a las 12h00 aún tenía la condición de menor de edad, pues sostiene que ese mismo día "estaba cumpliendo los 18 años de edad", consecuentemente solicita la declaratoria de nulidad de la instalación de la audiencia del día 03 de junio de 2022 por haber sido celebrada por un Tribunal que no es competente para resolver la situación jurídica del accionante.

Ahora bien, de la revisión de la copia notariada de la cédula de ciudadanía del referido accionante, que consta en el proceso se puede verificar que nació el 02 de agosto del 2003, por lo que no cabe alegación del accionante respecto a una minoría de edad, que considera este Tribunal, no existe, tanto por la información constante en la cédula de identidad como por la disposición contenida en el artículo 33 del Código Civil que establece con suma claridad que a efectos de calificar la edad se entenderá, respecto de los días, meses y años, correrán completos y a partir de la media noche.

Es importante en igual forma señalar que en la audiencia de calificación de flagrancia, escuchados los audios y verificada el acta resumen, se identifica al defensor técnico del accionante Ab. Milton Butiño (03:33) manifestar: "PATROCINO A CRHISTOFER MORA PALMA, EN CUANTO A LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN EN ESTA PRIMERA PARTE DE LA AUDIENCIA DE FLAGRANCIA, NO TENGO NADA QUE ALEGAR PORQUE SE HA ACTUADO DE CONFORMIDAD CON LA NORMA"

En igual forma, en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio se puede verificar que el defensor técnico del actor Abg. Danes Coronel Palma señaló lo siguiente: "NO EXISTEN VICIOS DE NINGUNA NATURALEZA QUE PUEDAN AFECTAR A LA VALIDEZ DE LO ACTUADO"

El Código Orgánico Integral Penal prescribe en su Art. 38.- Personas menores de dieciocho años. Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, sin embargo, conforme se analiza por parte de este Tribunal, incluso, conforme reconoce la propia accionante, el mismo día que fue detenido, estaba cumpliendo

18 años de edad, por otro lado, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 del Código Civil, el cómputo de los días debe hacerse considerando los días COMPLETOS, por lo que, el 02 de agosto del año 2021, día de la aprehensión del ciudadano Cristhopher Johan Mora Palma ya era considerado legalmente mayor de edad, por lo que su juzgamiento debe estar a cargo de los Jueces penales ordinarios y no de los Jueces de Adolescentes en conflicto con la ley penal, en consecuencia, la pretensión de declaratoria de su detención como ilegítima bajo el supuesto de una minoría de edad que jurídicamente esta desvirtuada con el análisis realizado, no tiene asidero, por lo que se considera que las actuaciones del Juez Wilmer Jesus Valencia Rodriguez se enmarcan en la Constitución y la Ley, siendo legítima la Boleta de Encarcelamiento N° 09266-2021-000147 de fecha 03/08/2021 y se rechaza esta pretensión. –[...]

10.4) En el caso in examine, como se señaló en líneas anteriores, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 89 de la Constitución y en el art. 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Acción de Habeas Corpus procede cuando se verifica que la detención e la persona accionante es arbitraria, ilegal o ilegítima. En relación al accionante, Christhopher Mora Palma, se ha podido verificar que la medida cautelar de privación de libertad impuesta en su contra, no puede de tacharse de ilegal por cuando esta consta de forma expresa en el ordenamiento legal vigente no encontrándose por ello prohibido por la ley, tampoco puede ser objetada de ilegítima toda vez que esta fue dictada dentro de un proceso penal seguido en su contra y por una autoridad judicial competente que ha respetado el procedimiento legal establecido para ello, respeto al procedimiento que fue expresamente reconocido por dos de sus defensores técnicos, según consta en las Actas resumen de las Audiencias ya citadas en este fallo; no verificándose por ende que la limitación de la libertad del accionante sea ilegal o ilegítima. [...] 10.6) En el caso del accionante, Christhopher Mora Palma, se ha verificado, los audios, la motivación de los presupuestos exigidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal para la solicitud de imponer la medida de prisión preventiva 22:46, 23:17 donde se acredita por parte de la Fiscalía sobre la necesidad de garantizar la comparecencia del procesado por la gran cantidad de sustancias sujetas a fiscalización encontradas, minuto 28:10, donde se reconoce por parte de su propia defensa técnica la gravedad de la infracción a investigar y expresamente se afirma por parte del defensor técnico del actor no tener justificación de arraigo social, a partir del minuto 30:55 la decisión oral motivada del Juzgador en relación al cumplimiento de todos los requisitos que la fiscalía ha expuesto en la audiencia para disponer la medida de prisión preventiva.

Ahora bien, otro de los puntos señalados por la proponente de la acción con la finalidad de lograr la sustitución de la medida de prisión preventiva por arresto domiciliario es el hecho de que el ciudadano Cristhopher Mora Palma tiene la calidad de padre de un niño recién nacido, situación que el Tribunal aclaró no es uno de los presupuestos que determina el Código Orgánico Integral Penal para revocar dicha medida cautelar, dejando a salvo los derechos que le asisten al niño, titular de derechos para que se le inscriba con los apellidos paterno y materno que por ley le corresponden, derecho a la identidad que se encuentra garantizado por la Constitución y los mecanismos de materialización de dicho derecho están claramente delimitados en la normativa interna (Código de la Niñez y Adolescencia)

Respecto a los supuestos problemas de salud alegados por la defensa técnica Ab. Marquez Salguero, quien adjunta un certificado suscrito por la Dra. Lilian Cadme (no se determina la fecha de suscripción de dicho certificado) se informa que el actor estuvo en consultas y tratamientos desde enero del 2021 hasta el mes de mayo del 2021, DEJANDO DE ASISTIR A LAS CONSULTAS, consta de autos el certificado expedido por el Ministerio de Salud con fecha 2 de agosto de 2021, donde el Dr. Moisés Lara Pérez Médico del Centro de Salud Cisne II quien realiza una valoración médica al actor Mora Palma Christhpher por orden de la Fiscalía General del Estado informando que el paciente se encuentra orientado en espacio y persona, no presenta lesiones visibles en su cuerpo, goza de buen estado de salud aparente, al momento asintomático, sin referencia de alergias, y negando hábitos tóxicos, se señala una enfermedad actual de Asma.

El Tribunal dispuso una valoración médica actualizada, siendo realizada con fecha 29 de junio de 2022, el beneficiario de esta acción, NO REFIERE: Alergias, NO PRESENTA: Diagnóstico de enfermedad crónica, catastrófica ni terminal, se añade en la evaluación médica: Paciente afebril, estable hemodinámicamente, no refiere sintomatología,

saturación de oxigeno 99%, las conclusiones del informe médico actualizado son: PACIENTE EN CONDICIONES CLÍNICAS ESTABLES, SIN NOVEDADES, ASINTOMÁTICO, TRATADO Y MEDICADO EN LA UNIDAD DE SALUD DEL CENTRO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD GUAYAS N° 5, se ha elaborado un plan de tratamiento consistente en dieta completa, complejo B y controles periódicos. Médico responsable de elaborar el informe médico Dr. Edinson Laínez Lara.

10.7) En este sentido, y en virtud de las pruebas actuadas dentro del presente proceso constitucional, de conformidad con en el Art. 14, inciso tercero, y Art. 16, inciso segundo, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, este tribunal de considera no acreditada la afirmación de la persona proponente de la acción Ab. Marquez Salguero respecto del supuesto quebranto en la salud del ciudadano Mora Palma Cristhopher Johan, el sustento de esta afirmación es la valoración de las pruebas médicas ACTUALIZADAS (29062022) del señor Cristhopher Johan Mora Palma, la cual concluye que el paciente se encuentra en condiciones clínicas estables, asintomático y tratado en la Unidad de Salud del Centro de Privación de Libertad, motivo por el cual no se considera proporcional, por falta de probanza, la solicitud del proponente de la acción de sustituir la medida de prisión preventiva por arresto domiciliario, afirmación que tiene como sustento lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia vinculante No. 209-15-JH/19, párrafo 54: [...]En el presente caso, se ha acreditado con el informe de valoración médica realizado con fecha 29 de junio de 2022, que el ciudadano Mora Palma Christhopher Johan no refiere sintomatología, ni existencia de alergias, y que se encuentra siendo tratado en el Centro de Salud del Centro de Privación de Libertad Guayas N° 5 con normalidad, razón por la cual no existe justificación para ordenar que se revoque la medida de prisión preventiva conforme solicita la parte proponente de esta acción de Hábeas Corpus, sin embargo, pese a que el propio señor Cristhopher Mora Palma refiere en la entrevista y valoración médica realizada con fecha 29 de junio de 2022 ante el Doctor a cargo del Departamento Médico que su estado de salud es estable y no refiere sintomatología ni existencia de alergias, se dispondrá la toma de exámenes de laboratorios completos, valoración cardiológica, incluido un examen de tuberculosis (baciloscopia) bajo la responsabilidad del Director del Centro de Privación de Libertad, en coordinación con la Red de Hospitales de Salud Pública para, que se cumpla con la recomendación del doctor – control periódico – y se continúe con el suministro de medicación adecuada al cuadro médico que pudiera presentar o estar propenso el actor, en una medida de carácter preventivo, mas no reparatoria por no estar acreditado probatoriamente afectación alguna a la salud del señor Cristhopher Mora Palma.

20. Sobre la base de estos fundamentos la Sala de apelación acepta parcialmente la acción de hábeas corpus presentada por el abogado Roberto Marquez Salguero en favor de CJMP, se declara que la medida de privación de libertad no es ilegal, ilegítima ni arbitraria y se dispone oficiar al Director del Centro de Privación de Libertad donde se encuentra el beneficiario para que coordine con el Ministerio de Salud la toma de exámenes de laboratorio completos a CJMP, una valoración cardiológica y examen de tuberculosis respetando el consentimiento informado del beneficiario y se deja a salvo el derecho del accionante de presentar nuevas acciones constitucionales con los resultados médicos.
21. El accionante presenta recurso de apelación el *11 de julio de 2022, a las 14h46*, el cual es concedido en auto de fecha 1*3 de julio de 2022, las 15h10* para ante la Corte Nacional de Justicia. Por sorteo realizado el 01 de agosto de 2022 el conocimiento de la impugnación correspondió al presente Tribunal.
22. Es necesario dejar constancia que, de la revisión del SATJE se llega a establecer que el 02 de agosto de 2022 se dictó sentencia de condena dentro del proceso 09266-2021-00993 y que para la fecha se encuentra ejecutoriada por el ministerio de la ley al no haberse interpuesto recursos.

IV. Consideraciones normativas y jurisprudenciales del recurso de apelación en materia de garantías jurisdiccionales.

23. La Constitución de la República prevé como garantía del debido proceso y del derecho a la defensa la posibilidad de recurrir las decisiones de autoridades públicas, configurando el derecho a impugnar, así en su artículo 76 numeral 7 literal m) establece:

    Art. 76. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido

proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
(...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
(...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

24. Respecto al derecho impugnar, la Corte Constitucional 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[2].
25. Así también, el derecho de impugnación se encuentra consagrado en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 8.2 literal h) respecto de las garantías judiciales señala: *"Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."*
26. Respecto de la referida garantía, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, se ha pronunciado sobre el alcance y contenido del artículo 8.2.h) de la Convención, así como a los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior, determinando:
Se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía [...], teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias.[3]
27. En el caso *in examine*, al tratarse de un recurso de apelación dentro de una acción de garantías constitucionales, el derecho a recurrir el fallo se encuentra determinado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJCC, la cual en su artículo 4.8 reconoce el principio de doble instancia en los procesos constitucionales.
28. Mientras que, el artículo 44.4 ibídem determina que procede la apelación en las acciones de hábeas corpus, en tanto que, el artículo 169 ibídem establece que es competencia de la Corte Nacional de Justicia conocer y resolver los recursos de apelación de las acciones de hábeas corpus que han sido resueltos por las cortes provinciales.
29. En este contexto, de las normas y jurisprudencia referida, se advierte que la sentencia expedida por los jueces constitucionales de primera instancia en la garantía jurisdiccional de hábeas corpus es susceptible de apelación, recurso mediante el cual se pretende la revisión completa de la decisión de primera instancia, a fin de verificar su adecuación a las exigencias normativas y constitucionales. Establecida la posibilidad de impugnar la decisión, es necesario analizar la naturaleza de la acción constitucional de hábeas corpus, lo cual se desarrolla en los párrafos siguientes.

Naturaleza y fines de la acción de hábeas corpus

30. El hábeas corpus es un mecanismo de control de la privación de libertad, que ha tenido un importante desarrollo histórico en los distintos ordenamientos jurídicos, manteniendo un eje rector de garantizar la libertad, vida e integridad de las personas sometidas a privación de

[2] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 09514SEPCC de 4 junio de 2014, Caso No. 223011EP.
[3] Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

libertad. En este sentido la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC8/87, como una definición de esta acción ha señalado:

El hábeas corpus en su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad.[4]

31. Como se ha referido, el hábeas corpus tiene como objeto principal de tutela la libertad personal, que es un derecho fundamental consagrado en la Carta Constitucional, el cual puede ser restringido en ciertas circunstancias, pero siempre en un marco procesal previamente definido, mediante decisiones dictadas por un órgano competente en acatamiento de los parámetros fijados por la legislación[5], que se despliegan en atención a las características de excepcionalidad, provisionalidad, proporcionalidad y subsidiariedad.[6]
32. Por lo dicho, la acción de hábeas corpus toma un viso importante en el contexto de los procesos judiciales penales, pues se somete a control constitucional la resolución que emite un juzgador para privar de la libertad a una persona, por lo que es competencia de los jueces constitucionales examinar si el proceso en el cual se dictó una medida privativa de libertad, cumplió con los requisitos que la ley determinó previamente y/o verificar si existió una irregularidad en el proceso que afecte las garantías básicas constitucionalmente consagradas.
33. En este sentido, el artículo 89 de la CRE, establece que es objeto de la acción de hábeas corpus el *"recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad";* en concordancia con esto, el artículo 43 de la LOGJCC establece que el objeto de esta acción es proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona.
34. La naturaleza jurídica de la acción de hábeas corpus estriba en asegurar el respeto a la libertad, vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes[7]. Esta acción constitucional prevé un ámbito de protección de derechos que va más allá de la libertad, superando su concepción clásica y tutelando además vida e integridad de las personas sometidas a privación de libertad.
35. En cuanto a la protección de la libertad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en su artículo 7.6 que: *"Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales (...)"*. Además, esta garantía se encuentra expresamente recogida en otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9.4 y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 25.

---

[4] Corte IDH. Opinión Consultiva OC8/87 del 30 de enero de 1987. El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 CADH).

[5] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Párrafo 167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo, dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

[6] Estas características han sido desarrolladas por Cortes Internacionales, como la Corte Interamericana que, en el estudio progresivo e histórico de las resoluciones adoptadas por la legislación argentina en torno a determinados delitos, en su informe 2/97 nacionales en torno a determinados delitos, refirió que para determinados casos se generaba una excepción al principio de inocencia, y en definitiva puede generar una restricción extensiva, de otros derechos fundamentales considerados parte del debido proceso.

[7] Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia de la CIDH, de 12 de noviembre de 1997, párr. 63.

36. La Corte Constitucional del Ecuador mediante sentencia No. 24717SEPCC estableció que la privación de la libertad ilegal puede ser definida como aquella ordenada o ejecutada en contravención a los mandatos expresos de las normas que componen el ordenamiento jurídico. La privación de la libertad arbitraria en cambio, es aquella ordenada o mantenida sin otro fundamento que la propia voluntad o capricho de quien la ordena o ejecuta. En tanto que la privación de la libertad ilegítima, es aquella ordenada o ejecutada por quien no tiene potestad o competencia para ello[8].
37. Respecto del desarrollo jurisprudencial contenido en la sentencia No. 24717SEPCC, la Corte Constitucional ha considerado que los criterios allí expuestos resultaban limitados para que los jueces constitucionales puedan hacer frente al universo de situaciones que debían resolverse al momento de conocer acciones de hábeas corpus. En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia No. 207-11-JH/20 ha complementado las definiciones ya establecidas con base en el desarrollo que ha tenido esta garantía en el derecho internacional de derechos humanos, determinando que:

    35. [...] Con relación a la privación ilegal de la libertad, esta ocurre cuando una detención es ejecutada en contravención a los mandatos expresos de las normas que componen el ordenamiento jurídico. Por ello, para considerar legal una privación de la libertad, esta debe analizarse desde un doble aspecto: material y formal. En el aspecto material, la detención debe haberse realizado en estricto apego a las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley y la privación de la libertad debe mantenerse exclusivamente hasta los límites temporales fijados por la legislación. En el aspecto formal, la detención y posterior privación de la libertad debe realizarse y mantenerse en cumplimiento del procedimiento objetivamente definido por la ley. [...]

    40. [...] el concepto de privación arbitraria responde a aquellos casos en que una privación de la libertad, aunque haya sido realizada en cumplimiento de las normas legales, se ha realizado utilizando causas y métodos que puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos humanos del individuo. Así, toda privación ilegal de la libertad será automáticamente una privación arbitraria, ya que en ese caso la arbitrariedad ocurrirá por el incumplimiento de las normas expresas del ordenamiento jurídico. Pero existen además privaciones de la libertad que, aunque se podrían calificar como legales, constituyan privaciones arbitrarias por vulnerar derechos de la persona y son susceptibles de ser remediadas mediante un hábeas corpus. [...]

    43. Finalmente, respecto a la noción de privación ilegítima de la libertad, ésta se definió en la sentencia No. 247-17-SEP-CC como "aquella ordenada o ejecutada por quien no tiene potestad o competencia para ello". Respecto a esta definición, se puede observar que la misma no provee un criterio distinto que la diferencie de las otras dos figuras, por cuanto una privación de libertad ordenada por quien no tiene competencia para ello será automáticamente ilegal y arbitraria[9].
38. En lo referente al ejercicio valorativo que debe hacer el juzgador al conocer una acción de hábeas corpus, la Corte Constitucional en Sentencia No. 207-11-JH/20 de 22 de julio de 2020, ha determinado que: *" el análisis de toda acción de hábeas corpus no puede limitarse únicamente al momento de la detención de la persona, sino que implica un examen más amplio de todo el proceso de privación de la libertad y las circunstancias en las que ésta se desarrolla a lo largo del tiempo"*[10]. Con este criterio la Corte Constitucional ha señalado los parámetros que debe considerar el juzgador al momento de dictar sentencia, siendo:

[8] Corte Constitucional. Sentencia No. 247 17SEPCC de fecha 9 de agosto de 2017, caso No. 001212EP.
[9] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 20711JH/ 20 de 22 de julio de 2020, caso No. 20711 JH.
[10] Ibídem.

i. *Análisis integral*. cuando sea alegado o cuando las circunstancias lo requieran– las y los jueces deberán analizar: (i) la totalidad de la detención, (ii) las condiciones actuales en las cuales se encuentra la persona privada de libertad y (iii) y el contexto de la persona, en relación a si la persona pertenece a un grupo de atención prioritaria. En este sentido, dado que una medida de privación de libertad que en un inicio era constitucional podría convertirse en ilegal, arbitraria o ilegitima o ser implementada en condiciones que amenacen o violen los derechos a la vida o integridad de la persona, las y los jueces que conocen este tipo de acciones se encuentran obligados a verificar, en todo momento, que la detención no se haya tornado arbitraria, ni derivada de una orden de detención ilegal.

ii. *Respuesta a las pretensiones relevantes*. De igual forma, al momento en que las y los administradores de justicia motiven sus decisiones, estas deben responder a todas las pretensiones relevantes expuestas en la demanda y/o audiencia o que sean identificables del relato del accionante de acuerdo al objeto y naturaleza de la acción de hábeas corpus. En particular, se debe brindar una respuesta sobre las violaciones a derechos invocados y a las reparaciones integrales que soliciten los accionantes. Así, estas pueden referirse, entre otros, a que se ordene su libertad considerando si esta es ilegal, arbitraria o ilegitima, se dicten medidas para proteger su vida, salud o integridad personal durante la privación de la libertad, sea esta en un centro de privación de la libertad, por parte de particulares o en cualquier otro lugar donde la libertad de la persona se encuentre sustancialmente restringida sin que dicho lugar se califique necesariamente como un centro de detención.[11]

V. Análisis del caso concreto

39. Establecidos los fundamentos de la acción de hábeas corpus, las consideraciones normativas sobre la posibilidad de recurrir la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* y la naturaleza y fines del hábeas corpus, corresponde a la luz de la normativa y los desarrollos jurisprudenciales mencionados, realizar un análisis integral de la decisión de primera instancia.

Análisis del abuso del derecho como fundamento para negar la acción de hábeas corpus.

40. Como uno de los puntos de respuesta a la acción planteada por parte del Ab. Roberto Salguero a favor del CJMP, el Tribunal accionando señala HACEMOS CONOCER DE IGUAL FORMA SEÑORES JUECES DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE GUAYAS QUE EL MENCIONADO PROCESADO MORA PALMA CRISTHOPER JOHAN, YA PRESENTÓ CON FECHA ANTERIOR OTRO HABEAS CORPUS, EL MISMO QUE RECAYÓ EN LA SALA ESPECIALIZADA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS, CON EL No. 09124-2022-00031, HABEAS CORPUS QUE FUE NEGADO CONFORME SE ENCUENTRA ESTA INFORMACIÓN EN EL SISTMEA (sic) E SATJE DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA. Aunque existe en el informe esta referencia, revisada la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas no hay pronunciamiento alguno sobre este particular.

41. Ahora bien, en Sentencia N 29213JH/19, el Pleno de la Corte Constitucional, al analizar un caso específico, planteó como problema jurídico los efectos y alcances del artículo 23 de la LOGJCC para determinar si presentar una nueva acción por hechos supervinientes constituye un abuso del derecho a accionar y si el derecho a presentar una acción de hábeas corpus precluye por efecto del artículo 23 de la LOGJCC.

42. Como precedente vinculante, la Corte Constitucional estableció que el artículo 23 de la LOGJCC ***no faculta a los jueces constitucionales a negar una acción de hábeas corpus por considerar que el accionante ha abusado del derecho a peticionar***, es más, sostiene que al conocer un hábeas corpus, ***los jueces están obligados a verificar que la detención no sea o no se haya convertido en ilegal, arbitraria***

[11] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 262217EP/21 de 10 de noviembre de 2021.

o ilegítima y, solo una vez constatado esto, podrán negar o aceptar la acción; y, de considerarlo necesario podrán aplicar las facultades correctivas o coercitivas que consideren oportunas.[12]

43. En su análisis, la Corte Constitucional señala que aunque se puede incurrir en un abuso no extingue el derecho a accionar, como tampoco puede servir de fundamento para desechar una demanda de hábeas corpus, más bien considera que por los derechos que se buscan proteger a través de esta acción es necesario que concluya en sentencia a fin de que exista pronunciamiento sobre la legitimidad, legalidad y no arbitrariedad de la privación de libertad como para posteriormente calificar si ha existido abuso de derecho.
44. En razón de lo establecido en los párrafos precedentes, pese a lo referido por los jueces accionados, este Tribunal de apelación considera que la presentación previa de una demanda de habeas corpus que fuese negada en sentencia no constituye un óbice para entrar al estudio de los hechos planteados en esta acción y más bien constituye una obligación del juez constitucional realizar el análisis integral de la privación de libertad.

El alcance del espectro de protección integral. La mayoría de edad como límite de protección.

45. Como fundamento de su acción el abogado Roberto Salguero señala que a la fecha de la detención CJMP estaba cumpliendo 18 años, es decir nació el 02 de agosto de 2003 y fue detenido el 02 de agosto de 2021 al medio día, del mismo modo señala que si bien no fue alegado en las audiencias de calificación flagrancia y formulación de cargos y, en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, la defensa de CJMP debatió este punto en la audiencia de juicio. Sobre este punto planteado por el accionante la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas sostiene lo que sigue:

10.2) Según los argumentos esgrimidos en demanda y audiencia, la reclamación y solicitud del accionante, radica fundamentalmente en que debido a que supuestamente al producirse la detención el 02 de agosto del 2021 a las 12h00 aún tenía la condición de menor de edad, pues sostiene que ese mismo día "estaba cumpliendo los 18 años de edad" , consecuentemente solicita la declaratoria de nulidad de la instalación de la audiencia del día 03 de junio de 2022 por haber sido celebrada por un Tribunal que no es competente para resolver la situación jurídica del accionante. Ahora bien, de la revisión de la copia notariada de la cédula de ciudadanía del referido accionante, que consta en el proceso se puede verificar que nació el 02 de agosto del 2003, por lo que no cabe alegación del accionante respecto a una minoría de edad, que considera este Tribunal, no existe, tanto por la información constante en la cédula de identidad como por la disposición contenida en el artículo 33 del Código Civil que establece con suma claridad que a efectos de calificar la edad se entenderá, respecto de los días, meses y años, correrán completos y a partir de la media noche.

Es importante en igual forma señalar que en la audiencia de calificación de flagrancia, escuchados los audios y verificada el acta resumen, se identifica al defensor técnico del accionante Ab. Milton Butiño (03:33) manifestar: "PATROCINO A CRHISTOFER MORA PALMA, EN CUANTO A LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN EN ESTA PRIMERA PARTE DE LA AUDIENCIA DE FLAGRANCIA, NO TENGO NADA QUE ALEGAR PORQUE SE HA ACTUADO DE CONFORMIDAD CON LA NORMA"

En igual forma, en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio se puede verificar que el defensor técnico del actor Abg. Danés Coronel Palma señaló lo siguiente: " NO EXISTEN VICIOS DE NINGUNA NATURALEZA QUE PUEDAN AFECTAR A LA VALIDEZ DE LO ACTUADO"

El Código Orgánico Integral Penal prescribe en su Art. 38. Personas menores de

[12] Sentencia 29213JH/19 (2019, 05 de noviembre). Corte Constitucional del Ecuador (Daniela Salazar, Jueza ponente).

dieciocho años. Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, sin embargo, conforme se analiza por parte de este Tribunal, incluso, conforme reconoce la propia accionante, el mismo día que fue detenido, estaba cumpliendo 18 años de edad, por otro lado, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 del Código Civil, el cómputo de los días debe hacerse considerando los días COMPLETOS, por lo que, el 02 de agosto del año 2021, día de la aprehensión del ciudadano Cristhopher Johan Mora Palma ya era considerado legalmente mayor de edad, por lo que su juzgamiento debe estar a cargo de los Jueces penales ordinarios y no de los Jueces de Adolescentes en conflicto con la ley penal, en consecuencia, la pretensión de declaratoria de su detención como ilegítima bajo el supuesto de una minoría de edad que jurídicamente esta desvirtuada con el análisis realizado, no tiene asidero, por lo que se considera que las actuaciones del Juez Wilner Jesus Valencia Rodriguez se enmarcan en la Constitución y la Ley, siendo legítima la Boleta de Encarcelamiento N° 09266-2021-000147 de fecha 03/08/2021 y se rechaza esta pretensión.

46. Se responde la pretensión del accionante tomando en consideración la copia notariada de la cédula de identidad que a criterio del Tribunal de primer nivel acredita que el procesado nació el 02 de agosto de 2003 y que de acuerdo a las reglas previstas en el artículo 33 del Código Civil a efectos de calificar la edad se entenderá, que los días, meses y años, correrán completos y a partir de la media noche por lo que el 02 de agosto de 2021 CJMP ya era mayor de edad y por tanto podía ser sometido a la justicia ordinaria.

47. El artículo 44 de la CRE señala 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. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.*

48. Sobre la base de este deber estatal, la misma Constitución genera garantías específicas tendientes a crear condiciones que efectivicen la prosecución de los fines antes descritos, entre aquellas, se reconoce su estatus de vulnerabilidad (artículo 35 CRE) que obliga a generar políticas adecuadas, tanto en la esfera pública como privada, tendientes a brindar una atención preferente y especializada; en este mismo eje, el artículo 175 de la CRE reconoce la necesidad de instaurar una legislación y administración de justicia acordes a las exigencias de protección integral que demandan, diferenciando su competencia para proteger derechos y la responsabilidad de adolescentes infractores.

49. Esto implica que el sistema de justicia que se instaure respecto de los adolescentes infractores, debe integrarse con leyes, procedimientos y órganos jurisdiccionales especializados que necesariamente deben propender a la aplicación de los principios de protección integral e interés superior. Los adolescentes no deben ser enfrentados a un sistema penal ordinario, y en este sentido, resulta necesario que cada una de las instituciones jurídicas que sean aplicadas para la tramitación de un procedimiento penal instaurado en contra de adolescentes, sean observadas detenidamente en atención a los principios antes señalados.

50. El Comité de Derechos del Niño respecto a la justicia de menores es claro en sostener que: *" 10. En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño debe· ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia.* ***Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños****. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores*

delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública."[13]

51. En la sentencia No. 917CN/19[14], la Corte Constitucional del Ecuador, afirmó que la Constitución establece un sistema especializado para el juzgamiento de adolescentes infractores, **con medidas y finalidades distintas a la justicia penal ordinaria,** en cuanto su aplicación está orientada a la protección de los adolescentes y sus derechos, a fortalecer el respeto del adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y a promover la reintegración del adolescente. Por ello, los operadores de justicia deben aplicar el principio del **interés superior del niño** y **la doctrina de la protección integral** como principios rectores respecto de cualquier decisión o medida adoptada en relación con los adolescentes en conflicto con la ley penal.[15]
52. Como se puede observar se diferencia el proceso ordinario y el proceso especializado de adolescente infractores, porque persiguen finalidades distintas y cuentan con normas específicas en atención a la condición jurídica de los procesados, es así que los adolescentes al ser inimputables carecen de capacidad de culpabilidad por tanto, no se puede formular en su contra un juicio de reproche, al contrario una persona adulta si es sometida a un juicio jurídico de reproche penal.
53. Cuando el adolescente comete un delito tipificado en el COIP, los objetivos de esta justicia especializada se dirigen a la protección integral del adolescente y sus derechos y a la promoción de la reintegración familiar y social del adolescente. En consecuencia, de lo expuesto, el juzgamiento de adolescentes infractores no puede contener una sanción penal, sino únicamente la imposición de medidas socio educativas proporcionales a la infracción cometida.
54. En esta clase de procesos no se hace referencia a medidas cautelares o pena sino a medidas socio educativas que conforme el artículo 309 del CONA cumplen el modelo de atención integral, porque toman en cuenta la gravedad del daño, y las circunstancias personales del adolescente teniendo como finalidad el *" asegurar la inmediación del adolescente inculpado con el proceso"*.
55. Pero ¿hasta qué edad se considera a una persona sujeto de protección integral? De acuerdo al artículo 2 del CONA son sujetos protegidos por el Código de la Niñez todo ser humano desde su concepción *hasta que cumpla dieciocho años de edad*, y el artículo 4 ibídem refiere que *[a]dolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad*. La exégesis jurídica de esta expresión requiere la aplicación de las reglas que la legislación nacional prevé al respecto.
56. En el caso, la interpretación legal que la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas reproduce del Tribunal de Garantías Penales accionado respecto a la justificación del juzgamiento de CJMP en el sistema de justicia ordinario desatiende el tenor literal del artículo 33 del Código Civil porque sesga su contenido al no tomar la totalidad de las reglas descritas respecto al cómputo de plazos, pero sobre todo al obviar el análisis del artículo 34 ibídem que describe los efectos jurídicos que se derivan del cumplimiento del plazo.
57. La Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, determinó que CJMP era mayor de edad porque considera algunas de las reglas dispuestas en el artículo 33 del Código Civil para la contabilización de plazos de días, meses o años, la Sala de primer nivel *califica de mayor de edad a CJMP* al contabilizar el plazo en días completos y tomando en consideración la media noche del último día plazo, no obstante, para la calificación de edad relativo a la determinación de la mayoría de edad, no debían excluirse las demás reglas contenidas en los artículos 33 y 34 del Código Civil sobre los plazos y sus efectos jurídicos:

[13] Convención sobre los Derechos del Niño. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO 44º período de sesiones Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007. OBSERVACIÓN GENERAL Nº 10 (2007). Los derechos del niño en la justicia de menores
[14] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 917CN/19 (Juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores) de 09 de julio de 2019.
[15] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 20711JH/20, párr. 55.

58. El artículo 33 señala:

Art. 33. Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los tribunales o juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán, además, hasta la media noche del último día del plazo.

El primero y el último día de un plazo de meses o años deberán tener una misma fecha en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de veintiocho, veintinueve, treinta o treinta y un días, y el plazo de un año de trescientos sesenta y cinco o trescientos sesenta y seis días, según los casos.

Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriere desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes.

Se aplicarán estas reglas a las prescripciones, a las calificaciones de edad, y, en general, a cualesquiera plazos o términos prescritos en las leyes o en los actos de las autoridades ecuatorianas; salvo que en las mismas leyes o actos se disponga expresamente otra cosa.

(énfasis añadido)

59. El caso en estudio comprende la calificación de edad de CJMP y la determinación de si es " mayor de edad" para considerar válido su sometimiento a la justicia ordinaria para su juzgamiento o si de conformidad con el artículo 38 del COIP es *menor de 18 años* debiendo ser sometido al sistema de justicia especializado para adolescentes infractores. Para este ejercicio de contabilización de plazos se debe tomar como ***fecha de referencia el 02 de agosto*** este es entonces el principio de plazo.

60. La primera regla establece que los días deben contarse completos, esto implica que el inicio y el fin de un plazo no podrá fraccionarse en horas, minutos y/o segundos, por lo que no es necesario determinar la hora en que principió un plazo para determinar cuando concluye, concatenada a esta regla, el artículo 33 señala que los plazos concluyen a la media noche del último día plazo, independientemente de la hora en que haya comenzado.

61. Luego la norma señala que el primer y último día, sea en meses o años, deben tener la misma fecha, entonces, si el plazo principia el 02 de agosto contabilizado en meses concluiría el 02 de cada mes; y, en años concluiría el 02 de agosto de cada año, sin que incida el número de días que contenga un mes o año.

62. Determinados los modos de contabilización de plazos, a renglón seguido el artículo 34 del Código Civil establece los efectos jurídicos que se producen en razón de su cumplimiento:

Art. 34. Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ***ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo***; y cuando se exige que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan o expiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen o expiran sino después de la media noche en que termina el último día de dicho espacio de tiempo.

(énfasis añadido)

63. Es claro que la calificación de edad que se realiza en el caso concreto no persigue la ejecución de un acto, sino busca determinar el nacimiento de derechos y la expiración de aquellos relativos a la protección integral de los adolescentes, la regla es clara en determinar que estos nacen o expiran ***después de la media noche en que termina el*** último ***día del plazo*** por lo que los derechos que se derivan de la mayoría de edad surten efectos jurídicos pasado el último día del plazo, esto es que, en efecto CJMP nació el 02 de agosto de 2003 por lo que para el 02 de agosto de 2021 cumplió dieciocho años, sin embargo, los derechos que nacen de la mayoría de edad surten efectos jurídicos desde el 03 de agosto de 2021, y del mismo modo la protección integral que prevé el Código de la Niñez y Adolescencia se extingue hasta la media noche del 02 de agosto del 2021, *máxime* que el artículo 5 del CONA establece que cuando exista duda sobre la edad de una persona, se presumirá que es niño o niña antes que adolescente; y que es adolescente, antes que mayor de dieciocho años.

64. Bajo esta línea de argumentos la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas que conoció la acción de hábeas corpus, no podía limitarse a reproducir las justificaciones del Tribunal accionado sino debía establecer si se desarrollaba una interpretación acorde a las

reglas previstas en la ley, por lo que se evidencia una transgresión del tenor literal de la norma que devino en la vulneración de los derechos de CJMP al ser juzgado como adulto en el procedimiento ordinario, pues en razón de esta exégesis equivocada del artículo 33 del Código Civil se calificó y determinó que era mayor de edad para dar legitimidad y legalidad a las actuaciones jurisdiccionales que habían sido desarrolladas hasta ese momento respecto de CJMP.

65. La Corte Constitucional, haciendo un análisis del procesamiento de adolescentes infractores ha señalado que:

En aplicación de los derechos de los que son titulares los adolescentes, del principio del interés superior del niño y de la doctrina de la protección integral, **el marco jurídico ecuatoriano contempla un proceso distinto y especializado para los adolescentes infractores que, si bien en principio se ciñe al mismo diseño procedimental de la justicia penal de adultos para garantizar el derecho a un juicio justo y a un juzgador imparcial, persigue finalidades distintas y cuenta con normas específicas en atención a la condición jurídica de los procesados.** (énfasis añadido)[16]

66. En consecuencia, una vez revisado el relato procesal se llega a determinar que la privación de libertad se tornó ***ilegítima***, porque ésta no fue dictada por autoridad competente, es así que ante la particularidad de que la presunta infracción se cometió el día en que CJMP cumplía dieciocho años, debió realizarse un análisis jurídico que determine la procedencia de su sometimiento a la justicia ordinaria, tanto más cuando la ley es clara respecto a establecer parámetros para los efectos jurídicos de la calificación de edad. A criterio de este Tribunal de apelación no existió un análisis jurídico al respecto desde su detención hasta la audiencia de juicio, siendo que de interpretar la ley en su tenor literal los jueces debían declarar, en cualquier momento del proceso, su incompetencia en razón de la materia y remitir el proceso a los órganos jurisdiccionales especializados, y en consecuencia deviene en ilegal porque la privación de libertad dictada en contra de CJMP contraviene los principios de protección integral que demanda el sistema de justicia especializado instaurado respecto de adolescentes infractores que también resulta arbitraria porque la interpretación del artículo 33 del Código Civil buscó justificar las actuaciones jurisdiccionales realizadas hasta el momento en el procedimiento ordinario y no atender su sentido literal a fin de determinar las reglas de los plazos y los efectos jurídicos que se derivan de su cumplimiento.

67. En este orden de ideas, es menester señalar que no se trata de superponer la justicia constitucional a la ordinaria o especializada en este caso, sino de verificar si existió un fundamento legal para mantener privado de la libertad a una persona, por lo que el juzgador constitucional no está autorizado para llegar a determinar si una persona es responsable o no de un delito, si existieron pruebas o no para su condena, o determinar si el proceso seguido en contra de determinada persona adolece de nulidad, sino que se verifica si las razones y motivos que mantienen a una persona privada de su libertad se sustentan en la Constitución y la Ley.

68. La Corte Constitucional señala que: *el análisis integral acerca de la legalidad y legitimidad de la privación de la libertad no puede limitarse a verificar la existencia de un procedimiento penal, de una medida cautelar o una sentencia emitida dentro del mismo o de una boleta de encarcelamiento. Dentro de dicho examen integral, los jueces y juezas constitucionales que conocen un hábeas corpus deben tomar las acciones que estén a su alcance para cerciorarse de que tal procedimiento o que la decisión que de él emane no se hayan llevado a cabo o adoptado bajo procedimientos incompatibles con la dignidad humana o las garantías del debido proceso.*[17]

69. En el caso que nos ocupa se procesó a CJMP en el sistema de justicia ordinario y se lo privó

[16] Sentencia No. 18919JH y acumulados/21 (Hábeas corpus y procedimiento penal abreviado) de 08 de diciembre de 2021 Jueza ponente: Daniela Salazar Marín.

[17] Sentencia No. 18919JH y acumulados/21 (Hábeas corpus y procedimiento penal abreviado) de 08 de diciembre de 2021 Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

de su libertad, primero a través de la medida cautelar de prisión preventiva dictada por el doctor Wilner Jesús Valencia Rodríguez, Juez de la Unidad Judicial Penal Multicompetente con sede en el cantón Daule, provincia de Guayas, para actualmente encontrarse privado de su libertad cumpliendo una pena en razón de que el Tribunal de Garantías Penales de Guayaquil integrada por los señores jueces Carlos Walberto Churta Rodriguez (Ponente), Monroy Sotomayor Tania Paola y Glenda Jannet Hernández Vega, dictó sentencia de condena y que ésta se encuentra ejecutoriada, lo que no guarda relación con la protección integral que demanda su condición de adolescente respecto al ordenamiento jurídico.

70. Este tribunal considera necesario dejar en evidencia la actuación de los señores jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, porque en la sentencia impugnada no se realiza el ejercicio valorativo que corresponde en razón de la importancia que relieva la garantía jurisdiccional puesta en su conocimiento. Es obligación del juez constitucional no solo contrastar lo alegado por el accionante con el informe de descargo, sino verificar la veracidad de lo relatado por las partes intervinientes.

71. En el caso, para contestar el cargo relativo a la minoría de edad la mencionada Sala transcribe lo acotado por el Tribunal de juicio para rechazar el cargo, sin que de aquello se realice un análisis que sustente la interpretación del artículo 33 del Código Civil, de igual forma para rechazar este cargo señala que la minoría de edad no fue alegado en audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos y en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, no obstante, por la importancia que reviste la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y ante la particularidad del caso no requiere la alegación de parte, por lo que desde la primera instancia los Jueces debían emitir un pronunciamiento acorde a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

72. Entonces, no se pueden generar instituciones jurídicas o interpretaciones constitucionales y legales que menoscaben derechos, menos aún permitir que persistan los efectos jurídicos de un proceso que vuelve a la privación de libertad ilegítima, ilegal y arbitraria sobre la base de un proceso penal que no cumple las garantías básicas de tutela judicial efectiva, debido proceso relativos al juez competente y al sometimiento al trámite correspondiente, por lo que se declara la vulneración del derecho a la libertad de CJMP.

VI. Decisión

73. Por las consideraciones expuestas *ut supra,* de conformidad con los artículos 89 CRE, y 45.2 LOGJCC, al verificarse la vulneración del derecho constitucional de la libertad, esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, " **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, resuelve por unanimidad:
    1. **ACEPTAR** el recurso de apelación interpuesto por el accionante el señor abogado Roberto Marquez Salguero a favor de la persona afectada CJMP, y en consecuencia se **REVOCA** la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas de fecha de 04 julio de 2022 que acepta parcialmente la acción hábeas corpus deducida por el accionante.
    2. **DECLARAR** que se ha vulnerado el derecho a la libertad consagrado en el artículo 66.14 de la Constitución de la República, toda vez que se instauró un proceso ordinario en contra del adolescente CJMP por lo que su privación de libertad es ilegítima por las consideraciones expuestas en esta sentencia.
    3. **DEJAR SIN EFECTO** la privación de libertad dispuesta en contra de CJMP en el proceso penal No. 09266202100993, siempre que no tenga otra orden en su contra por otra causa, para tal efecto se girará la correspondiente boleta de excarcelación a favor de la persona afectada.
    4. Conforme a lo previsto en el artículo 18 de la LOGJCC, en cumplimiento de las obligaciones de los juzgadores, en especial de realizar la correspondiente tutela judicial efectiva, se dispone que la propia sentencia constituye una forma de reparar la dignidad de la persona privada de la libertad que dará lugar a la difusión la verdad histórica.

5. De conformidad con el artículo 20 de la LOGJCC, se declara la responsabilidad de los señores: abogados Wilner Jesús Valencia Rodríguez, Juez de la Unidad Multicompetente Penal con sede en el cantón Daule; y Carlos Walberto Churta Rodriguez (Ponente), Monroy Sotomayor Tania Paola y Glenda Jannet Hernández Vega, que integraron el Tribunal de Garantías Penales que conocieron la causa y quienes mantuvieron el juzgamiento en la vía ordinaria y la privación de libertad del adolescente CJMP. Del mismo modo se declara la responsabilidad de los señores doctores Andrés Alvarado Luzuriaga, Yanina Peña Correa y Féliz Intriago Loor Jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas por no cumplir con el análisis integral de la privación de libertad que demanda esta garantía jurisdiccional En virtud de lo cual, se dispone remitir copias certificadas de este proceso constitucional al Consejo de la Judicatura a efecto que se tomen las acciones correspondientes respecto a la presunta infracción disciplinaria prevista en el artículo 108 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial.
6. **REMITIR** de conformidad a lo dispuesto por el artículo 436.6 de la CRE, en concordancia con el artículo 25.1 de la LOGJCC, una vez ejecutoriada esta sentencia, copia certificada a la Corte Constitucional.

f) Dr. Byron Guillen Zambrano, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Marco Rodriguez Ruiz, JUEZ NACIONAL; Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL.

IX

Juicio Nro. *05151-2016-00412*
Resolución Nro. *979-2022*
Fecha: *9 de noviembre de 2022, las 16h38*

TEMA: Vicios en la práctica del testimonio anticipado en relación con su valoración como prueba en un delito contra la integridad sexual.

ASUNTO

Fiscalía formula cargos por el delito de violación, con respecto a los hechos acaecidos en donde el procesado, conjuntamente con la víctima, habrían salido a una fiesta y, al no ser aceptados en el evento, deciden quedarse tomando unos tragos de un compuesto de licor, ante lo cual, de retorno a su domicilio, el procesado mantiene relaciones sexuales con la víctima, sin su consentimiento, tanto de manera vaginal como anal.

En el presente caso, se discute la forma como se practicó la prueba consistente en el testimonio anticipado de la víctima, bajo la solicitud de declarar la nulidad de lo actuado por una posible vulneración al derecho a la defensa.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, estima que se ha probado la existencia del delito de violación y la participación del señor J. E. G. C. en el hecho acusado, declarando su responsabilidad en calidad de autor directo de dicha infracción, tipificada y sancionada en el artículo 171, inciso primero, numeral 2, del Código Orgánico Integral Penal, por lo que le impone pena privativa de la libertad de diecinueve años y el pago de 292.800 dólares, por concepto de reparación integral, así como la obligación de someterse a tratamiento psicológico durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

La fundamentación del recurso de apelación del procesado radica en la violación de trámite, por afectar al derecho a la defensa, debido a que en la audiencia de juzgamiento no se pudo reproducir el CD de audio y video del testimonio anticipado de la víctima, ni tampoco acudieron los peritos para dar validez a esa diligencia judicial, por lo que el recurrente considera que no se cuentan con los elementos suficientes dar sustento al testimonio anticipado, por lo que se habría vulnerado el debido proceso.

El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi determina que el acta es suficiente justificar el testimonio anticipado, manifestando que, de lo evidenciado en el fallo subido en grado, se respetan los principios de contradicción e inmediación en dicho testimonio, declarando la validez del proceso.

Por lo tanto, el tribunal resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia subida en grado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 05151-2016-00412

Juez Ponente: Dr. Walter Macías Fernández

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO. Quito, miércoles 9 de noviembre del 2022, las 16h38.

VISTOS.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia constituida en Tribunal de casación e integrada por el doctor Javier de la Cadena Correa, Conjuez Nacional, que intervino en la audiencia por licencia concedida a la doctora Mercedes Caicedo Aldaz, Jueza Nacional encargada del despacho del doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional; abogado Walter Macías Fernández y doctor Marco Rodríguez Ruíz, Jueces Nacionales.

Es ponente el señor Juez Nacional Walter Macías Fernández.

I.- ANTECEDENTE:

1.1.- En audiencia preparatoria de juicio desarrollada el 2 de marzo de 2017, el juez de la Unidad Judicial Multicompetente Penal con sede en el cantón Salcedo dictó auto de llamamiento a juicio en contra del procesado J.E.G.C.[1], por considerarlo presunto autor directo del delito de violación tipificado y sancionado en el artículo 171 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal. Por cuanto el procesado se encontraba prófugo se suspendió la etapa de juicio conforme el artículo 563.14 del COIP.

El 6 de marzo de 2019, la Policía Nacional hizo conocer la ejecución de la orden de localización y captura emitida contra el procesado.

1.2.- Por sorteo practicado el 20 de marzo de 2019 se designó el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi[2].

El 13 de agosto de 2019, el órgano judicial de primera instancia declaró la culpabilidad del procesado J.E.G.C., en calidad de autor directo (Art. 42.1.a COIP) del delito de violación tipificado y sancionado en el artículo 171 inciso primero, numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal. Le impuso las sanciones de pena privativa de la libertad de diecinueve (19) años; la interdicción de sus derechos políticos; multa de ochocientos (800) salarios básicos unificados del trabajador en general vigente a la fecha de los hechos, determinando el valor de 292.800,00 dólares; la obligación de someterse a tratamiento psicológico durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Como medidas de reparación se dispuso la atención y tratamiento de la víctima en el área de psicología del Ministerio de Salud, así como declaró que la sentencia constituye una forma de reparación.

Mediante escrito presentado el 14 de agosto de 2019 a las 08h37, el procesado interpuso recurso de apelación.

1.2.- Mediante sorteo practicado el 10 de octubre de 2019 se designaron los jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi[3].

Por providencias de 28 de febrero, 9 de marzo, 26 de junio de 2020 se efectuaron las convocatorias respectivas. La audiencia de fundamentación del recurso se instaló el 22 de julio de 2020; y, habiéndose acordado la suspensión, mediante providencia de 23 de julio de 2020 se convocó su reinstalación.

[1] Considerando que se trata de una sentencia dictada por el máximo órgano de justicia ordinaria (Art. 178.1 CRE), la cual está sujeta a publicidad, en aplicación directa de las normas constitucionales que garantiza los derechos a la integridad psíquica (Art. 66.3.a CRE), derecho a la intimidad personal (Art. 66.20 CRE) y el principio de privacidad y confidencialidad (Art. 5.20 COIP), en la presente decisión se empleará únicamente las iniciales del procesado y de otras personas, a fin de que no sea posible identificar a la víctima.

[2] El asunto correspondió a los jueces Xavier Torres Villagómez en calidad de ponente, así como Segundo Novillo Rivera y Paul Rosero Sánchez.

[3] El asunto correspondió al doctor José Tinajero Miño en calidad de ponente, doctor José Segovia Dueñas y doctora Rosario Freire Fierro, jueces y jueza.

El 4 de agosto de 2020, la Sala de apelación reinstaló la audiencia y anunció su decisión de rechazar el recurso.

La sentencia se redujo a escrito y fue notificada a los sujetos procesales el 3 de diciembre de 2020.

1.3.- Por escrito presentado el 07 de diciembre de 2020 a las 14h14, el procesado interpuso recurso de casación.

La Sala de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi concedió el recurso y ordenó remitir el proceso mediante auto de 11 de diciembre de 2020, las 16h11.

1.4.- El proceso fue recibido en la Corte Nacional de Justicia el 21 de diciembre de 2020; y, mediante sorteo realizado el 22 de diciembre de 2020 se designó al Tribunal de Casación quedando integrado por el doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo, Juez Nacional encargado en calidad de Ponente; doctor Marco Rodríguez Ruíz y doctor Iván Saquicela Rodas, Jueces Nacionales.

1.5.- En virtud del proceso de renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia, por resorteo practicado el 21 de junio de 2021 se designó nuevo Juez Nacional Ponente.

1.6.- La audiencia de fundamentación del recurso de casación se desarrolló el 02 de agosto de 2022. El Tribunal de casación escuchó la fundamentación oral del recurso por parte del procesado, así como la contradicción de la Fiscalía y la acusación particular; luego de deliberación respectiva hizo conocer la decisión de forma oral.

II.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

En aplicación de lo previsto en los artículos 76 numeral 7 literal k, 167, 168 numeral 1, 172, 178 numeral 1,184 numeral 1 de la Constitución de la República; 7, 141, 183 numeral 3, 184, 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 398, 400, 402, 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal, esta Sala es competente para conocer y resolver el recurso de casación presentado por la persona procesada.

III.- VALIDEZ PROCESAL:

En virtud de que el procesado planteó una alegación de nulidad, la validez procesal será examinada más adelante.

IV.- FUNDAMENTACIÓN Y CONTRADICCIÓN DEL RECURSO:

A la audiencia de fundamentación del recurso de casación compareció el procesado J.E.G.C., en calidad de recurrente, asistido profesionalmente por el abogado Iván Durazno; el abogado Alfredo Rodriguez Ramos en calidad de delegado de la Fiscal General del Estado y el abogado David Amores en calidad de defensor de la víctima.

4.1.- El abogado Iván Durazno a nombre de procesado señaló:

Conforme lo dispuesto en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, corresponde en este recurso de casación presentar mis alegatos sobre los vitium in procedendo y los vitium in iudicando, y se deberá resolver sobre la petición de nulidad y luego sobre la casación, es decir, si este proceso y esta sentencia a la que impugna es casable. Para establecer los cargos casacionales refiere sucintamente a los hechos acaecidos el 16 de julio del 2016, en Salcedo, sector Panzaleo barrio Paitan en la que el recurrente conjuntamente con la víctima habrían salido a una fiesta con una amiga de nombres [V.A.], a un cumpleaños de uno de los amigos, a las cinco de la tarde, asisten y no son recibidos en esa fiesta y acuden conjuntamente a las ocho de la noche, aparentemente habrían tomado unos dos tragos de un compuesto de licor, de acuerdo a la teoría presentada por Fiscalía, y en el sector cerca de su domicilio de Paitan, vía al cementerio de Salcedo, es dónde se producirían la violación, tanto vaginal como anal. La teoría de su defendido fue que había consentimiento, la relación fue consensuada y no había ningún tipo de relación anal, ya habrían tenido otro tipo de relación sexual anteriormente.

La sentencia impugnada con el recurso de casación es la dictada por la Sala Penal de Cotopaxi, de fecha 3 de diciembre del 2020, en la que se le condena a una pena de diecinueve años por haber adecuado su conducta al tipo penal del artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal, esto es de violación sexual a la señorita que a la época tenía dieciocho años de edad, ante esto, los cargos casacionales son los siguientes y solicito que se tenga en consideración la nulidad de acuerdo a lo que dispone el artículo 652 numeral 10 literal c) del Código Orgánico Integral Penal, por violación de trámite y por afectar al derecho a la defensa, esto consta tanto en el acápite segundo de la sentencia impugnada, porque los Jueces Ad quem, en la que niegan la nulidad en el numeral 2.1 pide la nulidad, porque en la audiencia de juzgamiento no se pudo reproducir

el CD de audio y video del testimonio anticipado de la víctima, aparentemente se habría perdido ese CD o bien habría estado en blanco, es decir, nunca comparecieron los peritos, pero en la audiencia de juzgamiento, para dar validez sobre esa diligencia judicial, los peritos señalan que si existía el CD, ante esto, los Juzgadores, se sustenta en lo dispuesto en el artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal, indicando que el acta es suficiente para probar y demostrar el testimonio anticipado, manifestando que se habría ejercido el principio de contradicción y el principio de inmediación en dicho testimonio; sin embargo, declaran la validez procesal, prevista en el artículo 604 del COIP, y no otorgan la nulidad, y refieren que eso debía haberse planteando en la audiencia preparatoria de juicio, no obstante, por lealtad procesal los Jueces Adquem, también manifiestan que se sustentan en el artículo 560 del cuerpo legal antes citado, esto es, en la oralidad.

Es así que existen la dos circunstancias, violación de trámite previsto en la Ley, de acuerdo al artículo 76.13 de la Constitución de la República del Ecuador, puesto que el trámite propio de ese procedimiento era respetar lo dispuesto en el artículo 456 del Código Orgánico Integral Penal, es decir, la cadena de custodia de ese CD, para llegar al Tribunal de Garantías Penales y a través de los peritos tener presente la legalidad del artículo 457 ibídem, legalidad, la autenticidad y fundamentalmente, para que pueda valorar una prueba, en este caso, una prueba ilegal ya que se rompió, se violó la cadena de custodia. Se afecta el derecho a la defensa, porque la ley es muy clara, el artículo 76.4 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que las pruebas actuadas en contra de la ley, la Constitución y los Instrumentos Internacionales, carecen de sustento legal, porqué se afecta el derecho a la defensa, el principio de contradicción, y al violentarse la cadena de custodia y en la legalidad de la prueba, se afecta la facultad que los sujetos procesales tenemos o debemos saber la fuente de la prueba, sin embargo, no sólo el medio de prueba, es decir, el testimonio anticipado que constaba en actas, su origen, su legalidad, para que tenga valoración jurídica. Por lo tanto, al violentarse ese trámite, afecta el derecho a la defensa del artículo 76.7. a), b) y c) de la Constitución de la República del Ecuador, señalo que se ha violentado el principio de autenticidad, de fidelidad y por supuesto de legalidad de la prueba en este sentido solicito como remedio a esta violación flagrante bien sea la nulidad desde la etapa de juicio, o desde la audiencia de apelación, de acuerdo al principio iura novit curia, ustedes señores Jueces, sabrán analizar.

Sobre el cargo casacional in iudicando consta en el acápite séptimo de la sentencia impugnada, cuando realizan el análisis los Juzgadores y aplican indebidamente el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal, en relación con el artículo 42 ibídem, esto es en calidad de autor, si bien es cierto en el acápite 7.2, hacen referencia a la existencia material de la infracción, la forma en la que se demostró con el testimonio anticipado, el examen médico, el examen psicológico e inclusive un informe de los señores policías, que dicho sea de paso, en el Tribunal de Garantías Penales, llamó la atención a la Fiscalía por no haber cumplido bien su trabajo, sin embargo, en el acápite 7.4, 7.5 y 7.6 de la sentencia atacada, hacen referencia a la intención de mi patrocinado de haber cometido la violación, que la víctima si fue "violada" vía vaginal. En tal sentido, debo manifestar que la indebida aplicación del artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal y el artículo 42 del cuerpo legal acabado de citar, viola la ley y en consecuencia el remedio jurídico de casación debía haber sido el artículo 619.5 del Código Orgánico Integral Penal, es decir, ratificar el estado de inocencia de mi defendido.

El último cargo casacional, consta en la sentencia en el acápite octavo de la misma, en el que se hace referencia a la prueba, específicamente a la valoración de la prueba, en este sentido debo manifestar que existe de acuerdo al artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, indebida aplicación de los artículos 501, esto es sobre el testimonio; 503 sobre el testimonio de terceras personas; 454 sobre los principios de inmediación y de contradicción a la que se refiere la sentencia. Como remedio jurídico, está

el artículo 619.5 Código Orgánico Integral Penal, y el por qué es una indebida aplicación de las normas a las que ha hecho referencia, porque en la valoración de las pruebas por parte de los Juzgadores Adquem, no existe la debida congruencia, es decir los hechos manifestados con el derecho, con las normas violadas, hacen una indebida aplicación de las mismas, y la decisión precisamente es una sentencia injusta y hasta una sentencia ilegal, con todo lo manifestado señores Jueces, se ha violentado lo dispuesto en los artículos 75, 82 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, como son, la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el sistema procesal como medio para la realización de la justicia, irrespetando las garantías judiciales y el debido proceso, precisamente el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, nos da la garantía del debido proceso, en las garantías judiciales y precisamente en la primera parte de mi argumentación sobre la nulidad, la violación del principio de legalidad procesal penal garantizado también en el artículo 5.1 del Código Orgánico Integral Penal, y por supuesto en forma concreta este recurso de casación, no es más que la violación de la ley en los vicios in procedendo y los vicios in iudicando a los que me he referido en forma sucinta.

4.2.- El delegado de la Fiscalía General del Estado, en síntesis señaló:

Sobre el vicio de trámite, refirió que "ya tiene un juicio de análisis y una declaratoria de improcedencia, puesto que efectivamente el mismo reproche que se realizó en sede de apelación es traído en este momento a sede de casación". Aunque aceptó que la "vulneración de trámite" puede efectuarse en "cualquier etapa", señaló que "la respuesta jurídica que le dio la Sala de Apelación, fue que en primer lugar estas exclusiones de pruebas tienen su fase procesal donde deben ser alegadas eso es en la audiencia preparatoria de juicio".

Respecto del "testimonio anticipado" indicó que se trata de un "elemento probatorio tiene dos soportes, el primero, es que se debe realizar en medio digital, es decir un CD; y, el segundo soporte probatorio, es la reducción a escrito en un acta, en la que se plasma la declaración de la víctima".

Argumentó que el "acta es la que contiene toda la declaración que fue objeto de contradicción por parte de la defensa técnica tanto del procesado como de la víctima" y que la Sala de apelación habría indicado que en "la audiencia de juicio, [el acta] se introdujo como prueba documental", siendo "perfectamente analizable y debatido en audiencia de juicio, analizado sobre el contenido de esta acta que tenía el testimonio anticipado de la víctima". Por lo tanto, consideró improcedente el argumento.

En relación a la "indebida aplicación del tipo penal y de la autoría", hizo alusión de la tecnicidad del recurso de casación y aceptó que la defensa del recurrente cumplió "con el principio de taxatividad, esto es, se ha enunciado a norma que se considera vulnerada". Sin embargo, en su opinión, se incumplió "el principio de autonomía", ya que debería considerarse " que para confrontar el razonamiento del juzgador en cuanto a la interpretación de una norma que se estima vulnerada, hay que considerar que cuando se trata de una indebida aplicación, en este caso de una norma hipotética". Expuso que debe considerarse "la interpretación que el Tribunal hace respecto de estos elementos objetivos y subjetivos [del tipo penal] y como subsumió los hechos que se ha dado por probados a esta norma jurídica que vendría a considerar la parte recurrente que no debió haber sido aquella, sino otra norma que se debió haber aplicado.

Dijo referirse a los hechos probados, precisando que habrían sucedido "el 16 de julio del 2016", así como que se habría analizado "a prueba documental que contenía el testimonio de la víctima" para determinar "la forma de producción del delito de violación, es decir, con fuerza, y violencia"; se habría considerado "el testimonio del médico legal que dio fe de los dichos de la víctima y a pesar de eso los vestigios que dejó esto es lesiones en el brazo y cuello de la menor, desgarro poco sangrante a las cinco en el sentido de las manecillas del reloj, y que esta situación se debe a la penetración de un objeto vulnerante" e indicó que "el testimonio de la psicóloga en el que estableció el estado de la víctima".

A su criterio, "existió incriminación al sujeto activo, es decir, identificando al sujeto activo, persistencia en la incriminación, puesto que ninguna de las pruebas tanto testimoniales como de los peritos establecieron contradicciones que puedan decirse que no existía esa pertinencia y finalmente existió corroboración, es decir, lo que se señaló por parte de la víctima fue corroborado por estos testimonios y se estableció la materialidad de la infracción

y luego la responsabilidad del procesado, y es aquí donde efectivamente se hace un juicio de tipicidad, es decir, cómo la conducta del procesado se subsumió al tipo penal, esto es, al verbo rector de introducción, total o parcial del miembro viril" , siendo la misma "figura jurídica" analizada y respecto de la cual la Sala de apelación efectúa la "verificación de la tipicidad tanto objetiva como subjetiva y hace un juicio de antijuridicidad y efectivamente uno de culpabilidad". Por ello, expuso que no se cumplen los principios de autonomía, ni trascendencia; argumentó que el planteamiento constituye una " inconformidad".

Sobre el cargo de "indebida aplicación de las normas procesales en torno a la valoración de las pruebas de los artículos 501, 503 y 454 del Código Orgánico Integral Penal" señaló que "normas de regulación de la actividad probatoria" que el "Tribunal está obligado a tomarlas en cuenta para emitir resolución". Argumentó que cuando "se habla de una imputación objetiva, estamos hablando de un nivel de análisis jurídico, entonces, no se puede considerar que estas normas hayan sido indebidamente aplicas, puesto que son las normas con las cuáles se sustenta el análisis de valoración respecto del caudal probatorio, más allá, de considerar que efectivamente en este segundo cargo tampoco se cumple con los principios de economía y trascendencia, pues no se ha explicado al Tribunal de Casación cuál sería la trasgresión a estas normas de carácter procesal en torno a las interpretaciones que hace la Sala sobre estas para decir que los hechos no se subsumen a estas normas porque se estaría entrando a hacer un análisis de la parte fáctica para considerar que este cuadro fáctico que revelan las pruebas no se ajustan a estas normas y por ende la indebida aplicación".

En la parte final de su intervención indicó que "no existe vulneración a los artículos 75, 82 y 169 de las Constitución de la República", ya que la Sala de apelación ha " dado respuestas a estas alegaciones sobre la responsabilidad penal del procesado" , así como que la nulidad fue resuelta en la instancia y que "se está cuestionando lo mismo que ya se analizó en sede de apelación, y no puede ser traídos nuevamente como alegatos de casación". Concluyó solicitando el rechazo del recurso.

4.3.- El doctor David Amores, en calidad de defensor de la víctima:

Indicó que lo expresado en audiencia de casación "debieron presentar en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio en donde ampliamente se tuvo el tiempo y la disponibilidad de tratar sobre dichos temas, y no lo hizo, inclusive sobre la exclusión de prueba que eso no se lo manifestó en la audiencia del Tribunal Penal" e hizo alusión al tiempo que el procesado estuvo en calidad de prófugo.

Sobre el "segundo reproche" argumentó que " ha sido muy inconclusa la petición puesto que no se ve, no se puede localizar el yerro a la ley, según lo que dispone el artículo 656 segundo inciso del Código Orgánico Integral Penal".

También señaló que " los argumentos aquí traídos ya fueron discutidos y resueltos en la sentencia de apelación, exponiendo con claridad las pruebas valoradas de manera efectiva, como el examen médico legal, examen psicológico, testimonios presenciales, como de peritos que han sido unívocos y secuenciales, no habiendo ningún tipo de duda razonable peor aún no existe yerros o mala interpretación a la ley en la sentencia impugnada". Solicitó el rechazo del recurso

4.4.- Al ejercer la réplica, el abogado del procesado señaló:

Sobre lo manifestado por la Fiscalía "los vicios de procedimiento, eso no se establece en la audiencia preparatoria de juicio, en el artículo 604 sobre exclusión de pruebas que nada tiene que ver sobre la preclusión e inclusive constituye fraude procesal y nosotros presentamos una denuncia a la Fiscalía, debo manifestar que no es vicio de procedimiento, eso es violación al trámite previsto en la ley conforme el artículo 652 numeral 10 del Código Orgánico Integral Penal", así como indicó que "es facultad de los Jueces declarar la nulidad precisamente por la doctrina Pope, la prueba tiene que ser debida, ordenada, practicada e incorporada conforme a derecho para saber el origen, el desarrollo y darle la validez legal".

Expresó que "la acusación particular hace referencia a que mi defendido estuvo prófugo, que nada tiene que ver y a la exclusión de pruebas que tampoco tiene nada que ver en este recurso de casación" e indicó que ha dado "técnicamente el yerro de la ley, y he solicitado porque en el recurso de casación también se puede declarar la nulidad constitucional precisamente para precautelar los derechos fundamentales de mi representado".

V.- ANÁLISIS PRELIMINAR:

La observancia del trámite propio de cada procedimiento del y juez competente constituye garantías del debido proceso (Art. 76.3 CRE). En el ámbito de la administración de justicia, el trámite propio consiste en la regulación prevista en la ley sobre la

estructura del proceso; y, la competencia es la adscripción de la facultad de un órgano para conocer y resolver un asunto.

La Corte Constitucional ha señalado que esta norma constitucional determina que las "facultades jurisdiccionales estén reconocidas previamente en la ley, y *en obediencia al trámite procesal correspondiente*." (Destacado nos pertenece)[4]; que "tutela [...] una **dimensión objetiva**, atinente a la conservación de la estructura del proceso.", precisando que se encuentran previstas en " normas adjetivas, en cuanto son aquellas las que regulan la forma en que las autoridades participan de la jurisdicción, y el trámite de los distintos procesos que dichas autoridades conocen"[5], permite "hacer previsible para las partes procesales la aplicación de la norma adjetiva"[6]; y, que los asuntos deben sustanciarse con arreglo a los procedimientos establecidos[7].

Existen normas procesales tanto para adscribir la facultad de un órgano judicial para decidir, así como normas procesales que rigen la sustanciación de un asunto; y, ello se orienta a garantizar la regularidad y conservar la estructura del proceso judicial. El régimen de impugnación va delimitando el ámbito de debate procesal, así como la facultad del juez superior.

Otra garantía del debido proceso es el derecho a recurrir el fallo (Art. 76.7.m CRE). Esta norma constitucional reconoce la posibilidad de impugnar una decisión; no obstante, esto no significa que sea posible impugnar cualquier decisión o que a través del recurso sea posible plantear cualquier aspecto, ya que este derecho es de libre configuración del legislador[8].

La libertad del legislador para configurar los recursos es amplia. No debe olvidarse que la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a recurrir depende de "la naturaleza de los diferentes procesos, como también por *la propia naturaleza del medio de impugnación que se pretende ejercitar*"[9] (Cursiva nos corresponde).

En ese sentido, las decisiones susceptibles de impugnación, el trámite aplicable, la naturaleza y límites del medio de impugnación; y, en una vertiente negativa la delimitación del ámbito de decisión del órgano jurisdiccional se encuentran regulados por la ley. Ante de analizar el fondo de los planteamientos, consideramos oportuno hacer notar la inobservancia de la naturaleza del recurso de casación por parte de la defensa del procesado.

5.1.- Decisión susceptible de recurso de casación:

La Corte Nacional de Justicia, a través de sus Salas, tiene facultad para conocer el recurso de casación (Art. 184.1 CRE), de manera que la competencia se limita a dicho medio de impugnación.

La calidad de máximo órgano de justicia ordinaria que ostenta la Corte Nacional de Justicia (Arts. 178.1 y 168.3 CRE), no permite que sus Salas puedan resolver cualquier cuestión; mucho menos, el ejercicio de jurisdicción originaria para juzgar directamente los hechos, tampoco resulta viable controlar o corregir cualquier aspecto del proceso.

La aplicación de la garantía de observancia de trámite propio de cada procedimiento y la naturaleza del derecho a recurrir determina la obligación de aplicar las normas que regulan la configuración del recurso para establecer su naturaleza y límites.

La ley establece que "la administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La *casación* y la revisión *no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad* y del error judicial en los fallos de instancia." (Énfasis fuera del texto, Art. 10 COFJ); es decir, se trata de un medio de impugnación extraordinario y su objeto queda delimitado al control de legalidad. La ley precisa la naturaleza y objeto del recurso de casación como parte del principio de unidad jurisdiccional y de gradualidad.

Por su parte, el Código Orgánico Integral Penal prevé que "el recurso de casación es de competencia

[4] Sentencia No. 250416EP/ 21, de 5 de mayo de 2021.
[5] Sentencia No. 270616EP/ 21, de 29 de septiembre de 2021.
[6] Sentencia No. 16819EP/ 21, de 16 de junio de 2021.
[7] Sentencia No. 147817EP/ 22, de 15 de junio de 2022.
[8] Sentencias de la Corte Constitucional No. 00310SCNCC, de 25 de febrero de 2010; No. 04515SEPCC, de 25 de febrero de 2015; No. 180213EP/ 19, de 20 de agosto de 2019, entre otras. También nos hemos pronunciado en ese sentido en el proceso No. 01283201801637, sentencia de 7 de febrero del 2022.
[9] Sentencia No. 174114EP/ 20, de 27 de mayo de 2020.

de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las *sentencias*, cuando se haya *violado* la ley, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. (Art. 656, Cursiva fuera del texto).

No cualquier aspecto puede ser objeto del recurso de casación, pues conforme su regulación procesal este medio de impugnación se limita a la violación de la ley, esto es, la infracción de derecho ocurrida en el último fallo ordinario. El recurso de casación no es un mecanismo de control de la integridad del proceso.

El recurso de casación se limita a la sentencia dictada por la última instancia ordinaria. Si bien el proceso penal tiene previsto diferentes etapas procesales donde se adoptan decisiones y dos instancias, el recurso de casación no permite el control de todas las *decisiones* dictadas en el proceso, sino únicamente la dictada por la Sala de apelación.

De acuerdo a las normas de procedimiento, se determinan unos requisitos concretos para la sentencia de primera instancia (Art. 622); y, existen otras normas que rigen la resolución del recurso de apelación, ya que debe centrarse de manera principal en los argumentos del recurrente (Art. 654.4 COIP) y resolverlos (Art. 654.5 COIP). Aunque los fallos de apelación pueden efectuar un análisis o examen amplio por tratarse de un recurso ordinario, ello no significa que la sentencia de primera instancia y de apelación sea uno solo a los efectos del recurso de casación.

El recurso de casación debe plantear un debate directo con la sentencia de apelación, más no con decisiones de otra naturaleza adoptadas en el proceso judicial. Por ello, hemos declarado que es improcedente limitarse a reiterar cuestiones que fueron objeto de apelación, porque ello determinaría que, en realidad, se resuelva una segunda apelación, ignorando que el objeto del recurso de casación es la acreditación del error del derecho[10], así como que deben rechazarse alegaciones relacionadas con el fallo de primera instancia[11].

En el presente caso, la defensa del procesado dijo solicitar que "se tenga en consideración la nulidad de acuerdo a lo que dispone el artículo 652 numeral 10 literal c del Código Orgánico Integral Penal". Esta solicitud pretende que la Sala de casación efectúe un control sobre las actuaciones de la "audiencia de juzgamiento"; y, más concretamente, sobre la forma en que se practicó la prueba

En el denominado segundo cargo, la defensa del procesado manifiesta que "el remedio jurídico de casación debía haber sido el artículo 619.5 del Código Orgánico Integral Penal". Se advierte que se invoca como de procedimiento que regula la decisión judicial del Tribunal de Garantías Penales.

Dado que tales planteamientos ni siquiera se dirigen contra la sentencia dictada en primera instancia, sino contra actuaciones de la audiencia de juicio, la pretensión es manifiestamente improcedente.

5.2.- Falta de fundamentación:

Dentro de los principios que rigen la administración de justicia se prevé que la sustanciación de los procesos se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y *dispositivo* (Art. 168.6 CRE). La ley determina que " [l]as juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso [...]" (Art. 19 COFJ); de manera que el principio dispositivo impone una carga al recurrente, en relación a expresar argumentos o cuestiones a resolver.

En aplicación de la garantía de trámite propio de cada procedimiento (Art. 76.3 CRE), se deben observar las normas procesales específicas del asunto. El Código Orgánico Integral Penal, dentro de las normas de trámite del recurso de casación, determina que "el recurso se sustanciará y resolverá en audiencia que se realizará dentro del plazo de cinco días contados desde la convocatoria. El recurrente *deberá fundamentar su pretensión* [...]" (Cursiva nos pertenece, Art. 657.3).

La fundamentación es un presupuesto esencial de la impugnación; y, comprende una cuestión de contenido que apoya o sirve de sustento a la pretensión que se formula en audiencia. Con los argumentos del recurrente y las contradicciones, se fija el ámbito de decisión de la Sala de esta Alta Corte.

[10] Proceso No. 01283201900792, sentencia de 13 de abril de 2022.

[11] Procesos No. 01281201900019, sentencia de 7 de junio del 2022. En el mismo sentido, proceso No. 13281202000581, resolución de 5 octubre del 2022.

Al tratarse de un medio de impugnación extraordinario, para que sea posible resolver el fondo de un planteamiento, el recurrente debe exponer al menos lo siguiente: **(i)** Señalar una norma sustantiva que, a criterio de recurrente, haya sido violada por el fallo impugnado; **(ii)** Especificar la modalidad en que ha ocurrido la violación, debiendo considerar que estas modalidades de violación son autónomas; **(iii)** Expresar argumentos o razones que identifique porque ha ocurrido la violación.

En diferentes decisiones previas hemos indicado que la fundamentación del recurso no se cumple con la exposición de "discursos genéricos o desordenados, confusos e inentendibles; mucho menos, en afirmaciones como que el error resulta evidente"[12]; es insuficiente limitarse a mencionar normas[13], así como que debe ofrecerse una argumentación o razones tendientes a demostrar cómo se ha producido la infracción de derecho, siendo insuficiente la inconformidad[14].

Al solicitar la nulidad, la defensa del procesado invoca los artículos 456 y 457 del COIP, así como el 76.4 y 76.7 literales a b y c de la Constitución de la República. Es imprescindible hacer notar que el artículo 652 numeral 10 del COIP establece las causas de nulidad procesal; y, particularmente el literal c prevé la violación de trámite.

Sin embargo, el artículo 456 y 457 del COIP se refieren a la cadena de custodia y los criterios de valoración de la prueba respectivamente; el artículo 76.4 de la CRE reconoce la ineficacia de la prueba; y, los literales del numeral 7 del artículo 76 de la CRE reconocen diferentes garantías del derecho a la defensa, como "nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento" (literal a), "contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa" (literal b); y, "ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones" (literal). Debido a que ni siquiera consta que se haya considerado el contenido de dichas normas y se limita a invocarlas, el recurso es improcedente respecto de estas normas.

Como segundo cargo, la defensa del recurrente afirma que se ha aplicado indebidamente los artículos 171 y 42 del COIP: la primera norma tipifica el delito de violación y la segunda regula los autores y su estructura comprende dos numerales y varios literales, lo cual determina que el recurrente se limita a mencionar las normas. Además, consta que se limita a indicar que se debió aplicar el artículo 619.5 del COIP, sin exponer ningún argumento, lo cual llevaría a su rechazo.

En el tercer cargo, el abogado patrocinador mencionó varias normas que se refieren a las reglas generales del testimonio (Art. 501 COIP), testimonio de terceras personas (Art. 503 COIP), los principios de la prueba (Art. 454 COIP); y, aquellas que reconocen el derecho a la tutela efectiva (Art. 75 CRE), seguridad jurídica (Art. 82 CRE) y la finalidad del sistema procesal (Art. 169 CRE). No obstante, el argumento –en lo que dicho término cabe emplearse– radica en que no existiría "la debida congruencia, es decir los hechos manifestados con el derecho", cuestión que no tiene relación con ninguna de las normas invocadas.

5.3.- Inconformidad con los hechos probados:

El Código Orgánico Integral Penal prevé que "[n]o son admisibles los recursos [de casación] que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba." (Art. 656).

Los hechos probados, esto es, aquello que se considera cierto, real o demostrado son determinados por los órganos judiciales de instancia. Lo que se considera probado se efectúa por el Tribunal de juicio "en relación a las pruebas practicadas" (Art. 622.2 COIP); y, la vía para exponer la inconformidad con la valoración de los medios probatorios o los errores en las conclusiones o inferencias debe efectuarse a través del recurso de apelación.

Con la sentencia dictada por la Sala de la Corte Provincial de Justicia concluye el debate sobre las cuestiones fácticas o de hecho. En ese sentido, cuestiones como si una prueba es suficiente, si todas las pruebas permiten o no establecer una conclusión o si pese a las contradicciones entre una y otra prueba debe declararse probado un hecho no son susceptibles de analizar en casación.

[12] Proceso No. 15281201800382, sentencia de 20 de junio de 2022.
[13] Proceso No. 24281202001276, sentencia de 24 de mayo de 2022.
[14] Proceso No. 09285201801420, sentencia de 20 de mayo de 2022, entre otras.

Cuando se plantea la pretensión de casar la sentencia de apelación, el recurrente debe respetar los hechos declarados probados en la sentencia de apelación; de manera que el error de derecho alegado no puede sustentarse o basarse en una modificación de la determinación fáctica efectuada por la instancia definitiva; mucho menos, prescindir de los hechos que la sentencia de apelación declara como verdaderos[15].

El ordenamiento jurídico reserva la valoración de las pruebas a los tribunales de juicio y el control de dicha valoración a las Salas de apelación mediante un recurso ordinario como es la apelación (Art. 178 CRE). La Sala de casación tiene limitado su ámbito de decisión al error de derecho que habría incurrido el fallo dictado en apelación (Art. 184.1 CRE y 10 COFJ); de manera que no existe "la posibilidad de modificarlos o de volver a considerar las pruebas para efectuar una nueva valoración"[16].

El recurso exige el respeto de los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al *control de juridicidad*, de tal manera que la tesis del recurrente no puede pretender la anulación del fallo impugnado sin respetar aquello que se consideró probado[17]. Hemos declarado la improcedencia del recurso de casación cuando se sustenta en un error de derecho que se plantea sobre la base de un hecho que no se determinó como probado por la sentencia de apelación[18] o prescinde de ellos, circunscribiéndose a una inconformidad sobre las conclusiones de hecho de la sentencia impugnada[19].

Además, tenemos presente que la jurisprudencia constitucional ha indicado que el recurso de casación permite un "control del producto de la actividad jurisdiccional"[20]; procede cuando "se haya efectuado una transgresión a la normativa jurídica"[21]; no constituye "una instancia adicional en la cual se pueda realizar un nuevo examen de los elementos fácticos del caso concreto"[22]. Al resolver el recurso de casación "solo es posible el análisis de cuestiones de estricto derecho"[23], de manera que existen "varias limitaciones que lo configuran como un remedio procesal de carácter extraordinario"[24]; y, en esa perspectiva, existen dos cuestiones imposibles de resolver, como son la solicitud de modificación de los hechos probados y la pretensión de que se declare que las conclusiones de la apelación se basan en pruebas insuficientes o son erróneas.

En el presente caso, la alegación expuesta al solicitar la nulidad procesal y lo expresado en el tercer cargo constituyen una inconformidad con los hechos declarados probados. Lo analizado sería suficiente para rechazar el recurso de casación; no obstante, en la medida que debemos dictar una sentencia, pasamos a resolver el fondo, en lo que resulte posible.

VI.- FUNDAMENTO DE DERECHO:

La alegación de nulidad y el denominado último cargo de casación, aunque se orientan a pretensiones distintas están íntimamente relacionadas y se circunscriben a una objeción respecto de que se haya considerado el acta de testimonio anticipado; por lo tanto, estas cuestiones se abordarán de forma conjunta. Posteriormente analizaremos, el denominado segundo cargo.

6.1.- Valoración del testimonio anticipado contenido en acta y no en CD:

Resulta innecesario profundizar en la ausencia de argumentos o razones sobre una innumerable cantidad de artículos invocados por la defensa del recurrente; pero, si debemos indicar que la alegación de nulidad, ni siquiera se basa en la supuesta inobservancia del trámite para sustanciar el proceso.

Se trata más propiamente de una objeción que puede sintetizarse así: la aceptación y valoración

[15] Proceso No. 13281202000581, resolución de 5 de octubre del 2022.
[16] Proceso No. 15281201600841, sentencia de 23 de noviembre de 2021.
[17] Procesos No. 1727020141797, sentencia de 14 de junio de 2021; No. 01283201900792, sentencia de 13 de abril de 2022, entre otros.
[18] Proceso No. 17282201901155, sentencia de 23 de marzo de 2022.
[19] Proceso No. 07710201900026, sentencia de 20 de julio de 2022.
[20] Sentencia No. 00113SEPCC, de 6 de febrero de 2013.
[21] Sentencia No. 15615SEPCC, de 6 de mayo de 2015.
[22] Sentencia No. 19618SEPCC, de 6 de junio de 2018.
[23] Sentencia No. 217018EP/ 20, de 29 de julio de 2020
[24] Sentencia No. 52716EP/ 21, de 14 de abril de 2021.

del acta de testimonio anticipado de la víctima por parte del Tribunal de juicio y confirmada por la Sala de apelación generó la nulidad del proceso conforme la causa prevista en el artículo 652 numeral 10 literal c del COIP e infringe los artículos 501, 503 y 454 del COIP. En su opinión, el testimonio anticipado de la víctima *únicamente* podía valorarse si se presentaba o practicaba ante el Tribunal de juicio un CD que contenga el audio y video.

El planteamiento es improcedente, tanto respecto de que esa circunstancia ha generado la nulidad procesal, así como que constituye infracción de ciertas normas sobre la prueba, conforme pasamos a explicar.

(i) Violación de trámite:

> El Código Orgánico Integral Penal prescribe:
>
> 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.

Es de suficiente consenso y claridad que, debido a que esta norma se encuentra prevista dentro de las reglas que rigen la impugnación (Título IX), resulta aplicable al resolver cualquier recurso; así, las Salas de la Corte Provincial de Justicia y esta Sala tienen facultad para declarar la nulidad del proceso al resolver los recursos de apelación, casación o de hecho respectivamente. Sin embargo, esta norma no prevé una circunstancia discrecional de los órganos judiciales superiores, ni permite declarar la ineficacia de las actuaciones basado en motivos superfluos o cuestiones irrelevantes; contrariamente, es una facultad regulada por la ley, la cual debe ser aplicada de forma estricta.

El Código Orgánico Integral Penal también establece:

> Art. 652.- **Reglas generales.** La impugnación se regirá por las siguientes reglas: 10. [...]
>
> 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.

La mera lectura de esta norma permite evidenciar que existen tres situaciones legales que pueden ser consideradas como motivo de nulidad procesal; y, debido a que la nulidad procesal es una consecuencia grave, deben ser interpretados de forma restrictiva, esto significa que no resulta posible simplemente invocar situaciones genéricas, sino que corresponde efectuar un análisis del caso concreto en relación con la causa legal especifica. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha indicado:

> [...], 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, 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.[25]

Cuando un sujeto solicita o plantea la declaratoria de nulidad procesal, debe especificar la causa legal en que sustenta su pretensión, identificar una norma de trámite que considere violada; y, exponer un argumento respecto de por qué las actuaciones específicas deben considerarse una violación de trámite que afectó el derecho a la defensa y no pueden considerarse válidas. Cabe recalcar que la nulidad procesal constituye una consecuencia procesal

[25] Sentencia 02517SEPCC, de 25 de enero de 2017.

extrema y procede declararla únicamente en los casos regulados por la ley, más no por apreciaciones o discrepancias sobre la aplicación de las normas de procedimiento.

Sobre lo que debemos entender por *violación de trámite*, consiste en el quebrantamiento o transgresión de una norma procesal en la sustanciación de un asunto. En esa perspectiva, hemos indicado que la expresión trámite proviene del latín *trames* e *itis*, que significa senda o ruta y comprende una idea de actos sucesivos orientados a un fin; así como que gramaticalmente, el trámite comprende " cada una de las gestiones que hay que recorrer en la resolución de un asunto"; es decir, el paso a paso que debe observarse o cumplirse.

También hemos dicho que cuando la ley procesal establece como motivo de nulidad la violación de trámite, debemos examinar si existe un quebrantamiento de los actos sucesivos que debían cumplirse en el proceso judicial para adoptar la decisión[26]. Si toda persona tiene garantizado el derecho a ser juzgado con la observancia del trámite propio de cada procedimiento, no resulta superfluo señalar que una violación de trámite que conlleve una afectación del derecho a la defensa es justificación para declarar la nulidad procesal.

Aunque la oralidad es la forma preponderante de sustanciación de los procesos (Art. 168.6 CRE), parece necesario recordar que no existe un proceso exclusivamente oral. De hecho, la garantía de trámite propio habilita al legislador a configurar el trámite especifico que debe darse a un asunto; y, por ello, entre los principios procesales se prevé que "el proceso se desarrollará mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia; se utilizarán los medios técnicos disponibles para dejar constancia y registrar las actuaciones procesales; y, los sujetos procesales *recurrirán a medios escritos en los casos previstos en este Código*" (Énfasis añadido, Art. 5.11 COIP).

De acuerdo con esta norma, la circunstancia de si una cuestión es exclusivamente oral, debe cumplirse de forma oral y escrita o exclusivamente por escrito depende de la previsión de la norma procesal; y, para ello basta una lectura de las normas previstas en el COIP, siendo innecesario profundizar en el análisis[27].

Si lo indicado no fuera suficiente, dentro de las normas generales de procedimiento se prevé en términos concluyentes:

> Art. 560.- **Oralidad.** El Sistema procesal penal se fundamenta en el principio de oralidad que se desarrolla en las audiencias previstas en este Código. Deberán constar o reducir a escrito:
> [...]
> 2. Las constancias de las actuaciones investigativas, los partes o informes policiales, informes periciales, las versiones, *testimonios anticipados*, testimonios con juramento y actas de otras diligencias. (Cursiva nos pertenece)

Está claro que existe una previsión legal expresa respecto de que el testimonio anticipado debe reducirse a escrito; y, dentro de las reglas que rigen el auto de llamamiento a juicio se determina que los "anticipos probatorios" deben ser enviados al Tribunal de Garantías Penales (Art. 608.6 COIP).

Dentro de las normas que rigen la audiencia de juicio, se determina que la declaración personal " no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que consten anteriores versiones, declaraciones u otros documentos que las contengan, *salvo el caso de prueba anticipada*" (Énfasis añadido, Art. 615.3 COIP); es decir, existe una regla general para la prueba que se haya practicado de forma anticipada y no exclusivamente para el testimonio de la víctima.

Estas normas son aplicables al caso en concreto; y, de acuerdo a lo indicado por el propio recurrente, el testimonio de la víctima se practicó de forma anticipada y el Tribunal de juicio consideró el contenido del acta escrita, sin que ello implique una violación de trámite; menos aún, que pueda alegarse vulneración del derecho a la defensa.

Considerando que se alega una violación de trámite, la Sala también hace notar que, al exponer su alegato de conclusión, la defensa del procesado ni siquiera se pronunció sobre la ausencia de CD (Núm. 6.3 de la sentencia de primera instancia). Si

[26] Véase procesos No. 193042017,00179, resolución de 16 de noviembre de 2019; No. 10281201801513, resolución de mayoría de 20 de junio de 2022, entre otras.

[27] Basta revisar las normas sobre la formulación de cargos (exclusivamente oral), sobre el juicio que contiene decisión judicial y sentencia, así como el sobreseimiento en caso de dictamen abstentivo que es exclusivamente escrito.

consideraba que la presentación del acta de testimonio anticipado implicaba causa de nulidad debió haberlo puesto de manifiesto cuando se apreció tal circunstancia, más no una vez que conoció que el fallo fue adverso a sus pretensiones.

Finalmente y no menos importante, debemos indicar que esta Sala ha fijado un criterio previo en el sentido de que el recurso de casación no es un medio de impugnación para controvertir la decisión de la Corte Provincial que declaró la validez procesal; y, tal criterio debe reiterarse en esta oportunidad.

Decíamos en aquella oportunidad que nuestro ordenamiento procesal ha configurado un procedimiento específico para resolver las cuestiones de validez procesal. Ante el juez de garantías penales en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio (Art. 604 COIP) y ante las Salas de la Corte Provincial de Justicia en doble faceta: (i) Cuando el juez de garantías penales declara la nulidad procesal se prevé el recurso de apelación contra dicha decisión (Art. 653.2 COI); y, ii) Luego de pronunciada la sentencia de primera instancia cuando se fundamente " el recurso [de apelación] y expongan sus pretensiones" (Art. 654.4 COIP), ya que entre los motivos de la apelación puede solicitarse la declaratoria de nulidad procesal.

Hacíamos notar que la Salas de las Cortes Provinciales de Justicia ejercen jurisdicción de apelación (Art. 178.2 CRE y 208 COFJ). En esa perspectiva, declarada la nulidad o validez procesal por la Sala de la Corte Provincial de Justicia (órgano judicial previsto legalmente para resolver estas cuestiones), no es procedente solicitarse un reexamen de esa declaratoria, ya que ello equivaldría a extender o continuar el debate procesal.

Hay que insistir que en la estructura de la Función Judicial se establecen las Cortes Provinciales de Justicia y a la Corte Nacional de Justicia (Art. 178 numerales 1 y 2 CRE); de manera que, existen distintos órganos jurisdiccionales a los que corresponde resolver situaciones concretas en función de las normas procesales y atendiendo a su competencia. Cuando el legislador ha previsto que la declaratoria de nulidad procesal sea susceptible de impugnación mediante recurso de apelación, ha determinado que esta cuestión sea resuelta con *carácter definitivo* por las Corte Provinciales de Justicia, sin que resulte posible un reexamen por parte de la Corte Nacional de Justicia, pues el recurso de casación no comprende una corrección de las actuaciones procesales, sino únicamente cargos contra la decisión final adoptada en la apelación[28].

En este caso, de la lectura de la decisión impugnada, se advierte que la defensa del procesado planteó la misma alegación ante la Sala de la Corte Provincial de Justicia; y, el Tribunal Ad quem, resolvió respecto de sus alegaciones en el considerando segundo. En particular, abordó expresamente si el testimonio anticipado ingresado en un documento escrito carecía de validez o generaba la nulidad del proceso, rechazando su pretensión.

La reiteración de ese planteamiento por la defensa del procesado, no sólo que se basa en una incomprensión de la naturaleza del testimonio anticipado, sino que pretende además un reexamen o una nueva "apelación" de la declaratoria de validez efectuada por la Sala de la Corte Provincial de Justicia. Lo expuesto, conlleva a la desestimación de la pretensión de nulidad.

(ii) La práctica del testimonio anticipado:

La ley establece que el testimonio es un medio de prueba (Art. 498 COIP) y consiste en la declaración que efectúan distintas personas que puede ser procesada, víctima o terceros sobre hechos presenciados o circunstancias que conocen (Art. 501 COIP).

El abogado del recurrente, como profesional del derecho, debería conocer que la ley establece dentro de las reglas generales del testimonio que el juez "podrá recibir como prueba anticipada los testimonios" en distintas circunstancias, entre ellas, de las víctimas, que se "podrá receptar el testimonio anticipado bajo los principios de inmediación y contradicción" (Art. (Art. 502.2 COIP), así como que "el testimonio se practicará en la audiencia de juicio, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia, con excepción de los testimonios anticipados" (Art. 502.10 COIP).

Dicho en palabras sencillas, la realización del testimonio anticipado consiste en una excepción a la regla general del juicio oral, no respecto de la anulación de principios como la contradicción o inmediación, sino respecto del momento en que la

[28] Proceso No. 17282201703061, sentencia de 13 de abril de 2022.

prueba se práctica. Es más, en los casos de delitos sexuales el testimonio anticipado tiene una particular importancia porque constituye un mecanismo para evitar la revictimización (Art. 78 CRE).
El abogado del procesado " cuestiona" la cadena de custodia (Art. 456 COIP) e invoca los criterios de valoración de la prueba (Art. 457 COIP), pero al parecer ni siquiera ha considerado el contenido de dichas normas.
La cadena de custodia es un aspecto para conservar la identidad de un medio de prueba, desde la fijación en el lugar donde la evidencia o elemento de prueba es ocupada hasta su práctica ante el Tribunal de juicio; pero, incluso si se acreditase una ruptura de tal cadena de custodia, ello no implica automáticamente la ilegalidad, ni conlleva a la exclusión del medio de prueba.
Ello, dejando de lado que el testimonio no es un indicio, evidencia o elemento probatorio ocupado por ciertos agentes del Estado, sino que consiste en la práctica adelantada de una prueba ante juez competente, esto es, de forma previa al juicio. De ahí que, el ejercicio de la contradicción debió efectuarse en el momento de la práctica de la diligencia, más no en la audiencia de juicio.
En todo caso, carece de las más elemental consideración procesal, planteamientos como que se debía respetar el artículo 456 "es decir, la cadena de custodia de ese CD, para llegar al Tribunal de Garantías Penales y a través de los peritos tener presente la legalidad del artículo 457 [...], la autenticidad y fundamentalmente, para que se pueda valorar la prueba, en este caso, una prueba ilegal". Es el abogado el que no parece tener claridad sobre el significado del testimonio anticipado como medio de prueba.
Además, debe clarificarse que una cosa es la violación de trámite que deriva en la nulidad procesal y otra totalmente distinta el valor de una prueba específica.
El abogado patrocinador pretende que se declare la nulidad procesal o que se determine que se ha violentado "el principio de autenticidad, de fidelidad y por supuesto de la legalidad de la prueba" porque, a su criterio, el testimonio anticipado debe acreditarse en el juicio *exclusivamente* a través de una grabación de audio y video. Se obvia considerar o tener presente –quizá por ignorancia o tal vez de forma deliberada– el principio de libertad probatoria (Art. 454.4 COIP); es decir, que no existe prueba tasada.
Si esta Sala accediese a declarar que únicamente el video del testimonio anticipado constituye prueba, en realidad, estaríamos determinando que existen medios de prueba exclusivos; y, con ello se privaría al Tribunal de juicio de su facultad natural de valorar las pruebas en su conjunto.
Por lo expuesto, debemos rechazar la solicitud de nulidad procesal, así como el planteamiento de infracción sobre las normas de la pruebas, ya que son improcedentes.

6.2.- Indebida aplicación de los artículos 171 y 42 del COIP:

Conforme se ha anticipado en el numeral 5.2 del fallo, el artículo 171 del COIP tipifica y sanciona el delito de violación y por su parte el artículo 42 regula la participación penal, en particular respecto de los autores.
Antes de entrar al fondo de la cuestión, debemos indicar que el error de derecho por indebida aplicación de normas exige que el recurrente ofrezca una norma de contraste. La Sala hace notar que la defensa del procesado indicó como norma de contraste el artículo 619.5 del COIP, ya que en su opinión debió ratificarse el estado de inocencia.
La norma que se invoca como contraste para sustentar el error de derecho, revela la incomprensión del abogado sobre la naturaleza extraordinaria del recurso de casación. No se entiende como, esta Sala respetando los hechos declarados probados, puede ratificar la inocencia aplicando una norma que regula los requisitos de la decisión judicial del Tribunal de juicio.
La alegación del recurrente, contrario a explicar porque los hechos probados no pueden considerarse que satisfacen la tipicidad (Art. 171 COIP) o no se enmarcan en la participación de autor directo (Art. 42.1.a COIP), cuestiona que el Tribunal de juicio llamó la atención a la Fiscalía y la decisión impugnada " hace referencia a la intención de [su] patrocinado de haber cometido violación, que la víctima si fue violada vía vaginal" . Aunque el planteamiento no supera la inconformidad con lo resuelto, pasamos a examinar el fondo siempre respetando los hechos que se han declarado probados.
Dado que a la Sala de casación le corresponde resolver exclusivamente sobre los errores de derecho, no puede alterar lo probado, ni valor nuevamente los medios de prueba. De revisar estas cuestiones, la Sala se estaría reemplazando al Tribunal de juicio y a la Sala de apelación, asumiendo funciones que no le corresponde.

No parece superfluo recordar que el recurso extraordinario de casación no constituye "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"[29], así como que la Corte Constitucional ha señalado que " [...] las acciones, recursos o peticiones que se propongan ante los órganos jurisdiccionales deben ajustarse necesariamente a los requisitos, condicionamientos y características propias de cada herramienta procedimental; caso contrario los operadores de justicia no podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o petición"[30]. Estas consideraciones serían suficientes para rechazar el cargo, por la deficiencia de planteamiento.

Al margen de lo expuesto, la primera norma invocada tipifica el delito de violación en los siguientes términos:

> Art. 171. **Violación.-** Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:
>
> [...]
>
> 2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.

No parece necesario detenernos a reflexionar sobre el significado de las expresiones que usa la ley para prescribir el delito de violación, la conducta típica consiste en *acceder carnalmente* a la víctima; y, en lo que resulta de interés a este caso, mediante la introducción del miembro viril por vía vaginal.

Por supuesto, la sola introducción del miembro viril no es determinante de la conducta típica; y, en ese sentido, cuando el acceso carnal fue consentido por una persona que tenga capacidad para hacerlo no existiría delito.

En ese sentido, además del acceso carnal debe acreditarse algunas de las circunstancias previstas en la norma en sus tres numerales. Para este caso, el hecho de que el procesado haya empleado la violencia, amenaza o intimidación para la introducción del miembro viril en la vagina de la víctima; y, de esa forma ejecutar el acceso carnal.

En el presente caso, la sentencia impugnada en su considerando séptimo concluye que el procesado accedió carnalmente a la víctima; y, efectúa esa determinación con fundamento en el testimonio anticipado de la víctima y conforme los resultados de un frotis vaginal sobre la proteína P30 y la investigación de fluidos biológicos, cuyos resultados fueron positivos con el procesado. De hecho, el acceso carnal ni siquiera fue objeto de controversia, pues el procesado en su testimonio aceptó que mantuvo relaciones sexuales con la víctima, indicando que esta expresó su consentimiento.

Entonces, la cuestión controvertida no se circunscribió al acceso carnal, sino a la acreditación de las circunstancias previstas en el numeral 2 del artículo 171 del COIP. Sobre este particular, la sentencia de apelación considerando el testimonio anticipado de la víctima, el testimonio de la amiga de la víctima D.V.A.C., la pericia médico legal de la doctora Margarita Salazar y el testimonio del policía Carlos Chiliquinga Procel determina que la víctima salió de su casa para ir a una fiesta en el local Imperio Real de Salcedo con su amiga y se encontraron con el procesado cuando estaban esperando un carro en La Ganga.

El procesado estaba en su carro con un amigo y les invitó a dar vueltas mientras bebían alcohol, posteriormente fueron al baño de una gasolinera para cambiarse de ropa e ir a la fiesta. Cuando llegaron a la fiesta no les dejaron entrar, la víctima indicó que se sentía mal y quería irse, por lo que a las 20h00 el procesado se ofreció a dejarle en su casa, pero se desvió a un lugar desolado como es el cementerio donde le agredió físicamente, le amenazó con matarle a la víctima y a su madre si no accedía a tener relaciones sexuales con él y le viola vía vaginal; la víctima le decía que no lo haga, pero fue amenazada de muerte.

[29] Gilberto Martínez Rave, Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992.
[30] Sentencia No. 234517EP/ 21, de 21 de abril de 2021.

Luego la abandonó en la entrada al cementerio golpeada y con la ropa rota. La víctima presentaba lesiones en brazo y cuello realizadas con objeto contundente; lesiones en muslo interno por manos y uñas; y, que la policía le encontró con la ropa rota.

El numeral 2 del artículo 171 del COIP determina que es constitutivo del delito de violación el empleo de violencia y amenazas como mecanismo para obtener el acceso carnal. Si bien la violencia y la intimidación son cuestiones materialmente distintas, pues la primera consiste en la ejecución de actos contra la humanidad de la víctima que producen un resultado tangible; y, las amenazas se materializan generalmente a través de palabras o actos que producen un resultado intangible, ambas cuestiones se advierten en este caso conforme los hechos probados.

La sentencia impugnada determina la existencia de lesiones en el cuerpo de la víctima situadas en brazo, cuello y muslo interno, así como considera acreditado que posterior a la agresión sexual su ropa se encontraba rota.

También considera acreditado que el procesado profirió amenazas como el hecho de matar a la propia víctima y su madre, expresiones que no pueden tener otra finalidad sino el anular la libertad de la víctima para decidir. De hecho, la decisión impugnada refiere que " la intimidación en este caso se ha dado por cuanto se hallaba sola la víctima, en un lugar despoblado, que sumado a la amenaza de terminar con la vida de la víctima y de su madre, doblega a la víctima para que acceda a las pretensiones del procesado, intimidación que es evidente por estas circunstancias y que no pudo oponer resistencia, y que después de los hechos es ayudada por personas del sector...".

La Sala de apelación también determina que "incluso actuaciones previas que lo puso al descubierto [al procesado]" como el hecho de " haberle bajado de manera exabrupto, a la amiga de la víctima...", luego "desviarse por el cementerio hacia adentro para poder estar a solas y proceder a intimidarla, amenazarla y utilizar la fuerza para violarla; por ello, no ha opuesto resistencia, identificando la intención que tuvo el procesado; la víctima no actuó contra su voluntad [...]".

Coincidimos con tal determinación, debiendo precisar que la valoración del temor que puede infundir en una persona el uso de ciertas expresiones o conductas debe valorarse en el contexto en el que son manifestadas o empleadas. No obstante, debemos precisar que para determinar el supuesto de amenazas o intimidación a la víctima como medio para el acceso carnal no es relevante, peor aún indispensable, que la víctima haya ejecutado *actos de resistencia* o más propiamente la ejecución de una conducta activa para rechazar la agresión.

No parece superfluo recordar que la Constitución de la República reconoce el derecho a la integridad personal, el cual comprende la integridad sexual (Art. 66.3 CRE) y la libertad personal para decidir (Art. 66.29 CRE); y, en ese sentido, el consentimiento de una persona no puede ser asumido por el hecho de no resistirse o ejecutar una conducta activa frente a la agresión. Contrariamente, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer denominada "Convención de Belem Do Para" reconoce, entre otros aspectos, el derecho de la mujer a que se "respete su integridad física, psíquica y moral", la "libertad y a la seguridad personales" y "a que se respete la dignidad inherente a su persona" (Art. 4).

En los términos analizados y conforme los hechos que la sentencia impugnada ha declarado probados, no existe indebida aplicación de los artículos 42 numeral 1.a y 171 numeral 2 del COIP, ya que la conducta fue ejecutada por el procesado y pretensión se basa en una alteración de los hechos probados.

VII.- EJERCICIO DE FACULTADES:

El Código Orgánico de la Función Judicial establece: "Art.- 124- **Facultad de supervisión de la actuación jurisdiccional.** El juez que conozca de una causa, en virtud de la interposición de un recurso, está obligado a revisar si las servidoras y servidores de la Función Judicial observaron los plazos y leyes que norman la tramitación y conclusión de los procesos, [...]"; y, en el mismo sentido, es deber jurisdiccional "vigilar que las servidoras y los servidores judiciales y las partes litigantes que intervienen en los procesos a su conocimiento, cumplan fielmente las funciones a su cargo y los deberes impuestos por la Constitución y la ley" (Art. 130.6).

La Sala debe observar el cumplimiento de los deberes que el ordenamiento jurídico impone a juezas y jueces.

De la revisión de las actuaciones procesales, consta que la audiencia de formulación de cargos se desarrolló el 14 de diciembre de 2016 y la audiencia preparatoria de juicio el 2 de marzo de 2017. Por

su parte, el Tribunal de Garantías Penales recibió el proceso el 20 de marzo de 2019 y dictó la sentencia el 13 de agosto de 2019, siendo concedido el recurso el 30 de agosto de 2019. La Sala estima que el tiempo de sustanciación fue prudencial.

La Sala de apelación fue designada el 18 de octubre de 2019. La audiencia se convocó por primera vez mediante providencia de 28 de febrero de 2020, siendo diferida a petición del procesado.

El 9 de marzo se efectuó una nueva convocatoria, pero la audiencia tampoco se realizó el 4 de mayo de 2020. El 22 de junio de 2020 se efectuó la tercera convocatoria, atendiendo los escritos presentados por el procesado el 26 de mayo y 15 de junio de 2020.

La audiencia se instaló el 23 de julio de 2020, fue suspendida y reinstalada el 3 de agosto de 2020, fecha en que se anunció de forma oral la decisión; y, la sentencia fue notificada el 3 de diciembre de 2020.

Entre la recepción del proceso y la notificación de la sentencia transcurrieron más de un año y un mes; por lo tanto, se comunicará al Consejo de la Judicatura, a efecto de que investigue si durante la sustanciación de la apelación se incurrió en retardo injustificado.

VIII.- DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, conforme lo dispuesto en el artículo 656, 657.6 del Código Orgánico Integral Penal, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**,

8.1.- Rechaza la solicitud de nulidad procesal formulada por el procesado;

8.2.- Declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado;

8.3.- Dispone oficiar a la Dirección del Consejo de la Judicatura de Cotopaxi, a efecto de que investigue si durante la sustanciación del recurso de apelación se incurrió en la infracción prevista en el artículo 107.5 del Código Orgánico de la Función Judicial;

8.4.- Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen. **HÁGASE SABER**.

f) Dr. Walter Macías Fernández, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL; Dr. Javier de la Cadena Correa, CONJUEZ NACIONAL.

X

Juicio Nro. *17721-2019-00002*
Resolución Nro. *110-2023*
Fecha: *25 de noviembre de 2022, las 17h02*

TEMA: Análisis del delito de peculado en el Código Penal y la necesidad de contar con el informe previo de la Contraloría General del Estado.

ASUNTO

Dentro del presente caso se analiza la existencia del delito de peculado, tipificado en el artículo 257, inciso primero, del Código Penal y la necesidad de contar con el informe previo de la Contraloría General del Estado en el que se determine indicios de responsabilidad penal de las personas procesadas.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia declara la existencia del delito de peculado, tipificado en el artículo 257, inciso primero, del Código Penal, estableciendo la responsabilidad de varios procesados en calidad de autores, bajo la modalidad de coautoría, imponiéndoles la pena de 8 años de privación de libertad; la responsabilidad de otro grupo en calidad de cómplices, imponiéndoles la pena de 4 años de privación de libertad; y, ratificando el estado de inocencia de los procesados restantes.

En la sentencia se realizó un análisis respecto al cometimiento del tipo penal de peculado en el manejo de las reservas petroleras del país, así como lo relativo al informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determinaron indicios de responsabilidad penal sobre las personas procesadas.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17721-2019-00002

Juez Ponente: Dr. Luis Rivera Velasco

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, 25 de noviembre de 2022, las 17h02.
VISTOS: En virtud de los recursos de apelación interpuestos, de un lado por los procesados CARLOS EUGENIO PAREJA YANNUZELLI, JORGE DAVID GLAS ESPINEL, WILSON MARCELO PASTOR MORRIS, JOSÉ DAVID BURGOS ZAMBRANO, ANIBAL RAMIRO CAZAR AYALA, CESAR EDMUNDO GUERRA NAVARRETE; y, GUSTAVO ANDRES DONOSO FABARA; y, de otro, por la acusación particular Procuraduría General del Estado (PGE); en contra de la sentencia -de mayoría-, de fecha 26 de enero de 2021, las 07h40, emitida por el Tribunal de Garantías Penales 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 doctores: Iván León Rodríguez (Ponente-Voto Salvado), José Layedra Bustamante y Javier De La Cadena Correa, que declaró, *inter alia*: la existencia del delito de peculado tipificado en el artículo 257, inc. 1º. del Código Penal (CP); la culpabilidad de los procesados JORGE DAVID GLAS ESPINEL, WILSON MARCELO PASTOR MORRIS; CARLOS

EUGENIO PAREJA YANNUZZELLI y, CESAR EDMUNDO GUERRA NAVARRETE, en calidad de AUTORES bajo la modalidad de COAUTORÍA, imponiéndoles la pena de 8 años de privación de libertad; la culpabilidad de los encartados ANÍBAL RAMIRO CAZAR AYALA; GUSTAVO ANDRÉS DONOSO FABARA; y, JOSÉ DAVID BURGOS ZAMBRANO, en calidad de cómplices imponiéndoles la pena de 4 años de privación de libertad; y, ratificar el estado de inocencia de los ciudadanos MARÍA LORENA ESPINOSA ARIZAGA; MILTON ALFONSO JIMÉNEZ LÓPEZ, ALFREDO FABIÁN HERRERA VALENCIA, RENE CHRISTIAN DE MORA MONCAYO, JULIO CÉSAR CÁRDENAS HERRERA, JUAN FRANCISCO SILVA VILLAVICENCIO, JOSÉ HUMBERTO ANDRADE CRUZ; y, SILVANA GISELLE PASTOR TAPIA.

El suscrito Tribunal de Apelación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, integrado por los Jueces Nacionales Luis Rivera Velasco (Ponente), Daniella Camacho Herold y Felipe Córdova Ochoa, avocó conocimiento de la presente causa con la finalidad de sustanciar el recurso vertical ordinario interpuesto por los sujetos procesales ya mencionados; por tal motivo, previa convocatoria, instaló la audiencia para la fundamentación de los recursos el 29 de julio de 2022; de allí que, una vez escuchados los sujetos procesales, este Órgano Jurisdiccional en función de los derechos a la tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa y, de conformidad con lo establecido en los artículos 653, siguientes y otros pertinentes del Código Orgánico Integral Penal (COIP) aplicable al caso *in examine*, en la esfera procesal, resolvió las impugnaciones en el marco de los recursos de apelación interpuestos, de manera oral el día 10 de noviembre de 2022, culminando en dicha fecha con la comunicación de la decisión a los sujetos procesales.

Es así que, sobre la base del artículo 654.6 COIP, una vez concluido el debate y evacuadas todas y cada una de las fases de la audiencia oral pública y de contradictorio de la fundamentación de los recursos de apelación, el suscrito Tribunal entró en tiempo de deliberación acerca de las argumentaciones planteadas por las partes procesales; y, -se reitera- una vez reinstalada la diligencia el 10 de noviembre de 2022, hizo conocer a los sujetos procesales la decisión a la que se arribó - la cual fue por unanimidad-; cabe reparar que -una vez más-, agotada la audiencia referida y, siendo el estado el de dictar la resolución adoptada por escrito; lo cual, dentro de la garantía a ser juzgados en un plazo razonable[1] acorde con la complejidad del caso; de allí que, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, se motiva la presente resolución por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 76.7,l) de la Constitución de la República (CRE), artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); y, las reglas del COIP, al tenor de lo siguiente:

---

[1] Sobre el cumplimiento del plazo razonable en el presente proceso:
Esta garantía que protege a los procesados, deviene *"del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, [que] establece como uno de los elementos del debido proceso que los tribunales decidan los casos sometidos a su conocimiento en un plazo razonable...*
La Corte IDH, en su jurisprudencia ha expresado el contenido de esta garantía en sentencia de 22 de septiembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Párr. 156.
En el caso concreto, cabe recordar que uno de los criterios trascendentales por los que se guía la Corte IDH para determinar la razonabilidad de un plazo, es precisamente:
Sobre la complejidad del asunto [que se debe resolver], Véase, Corte IDH. Caso 19 comerciantes vs. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 190.], que determina los parámetros de "... la complejidad de la prueba [...] [y] la pluralidad de sujetos procesales...".
Con estas premisas, provenientes de la jurisprudencia de Corte IDH, y, por efecto del principio de convencionalidad, este Tribunal establece que:
La complejidad del asunto como tal, se refiere a la naturaleza de la controversia que debe resolverse; así, la jurisprudencia interamericana determina que existen *"... delitos cuya investigación y persecución es compleja, como lo son aquellos que involucran varios imputados acusados de cometer actos de corrupción"*. Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Sentencia de 1 diciembre de 2016. Fondo, Reparaciones y Costas Párr. 159.
En el caso concreto, cabe reparar que el delito que se está juzgando se trata del peculado, el cual de suyo dada su naturaleza reviste cierta complejidad y/o voluminosidad; es así que, se debe recordar, en la especie y a lo largo de lo que va del proceso, sus etapas e instancias, no solo que obran y/o se presentaron abundantes elementos como probanza (por un lado de cargo y por otro de descargo), que inclusive llevaron a generar varias audiencias con una extensión de

PRIMERO JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El artículo 167 CRE, define a la jurisdicción como: *"La potestad de administrar justicia emana del pueblo, y se ejerce por los órganos de la Función Judicial, y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución (...)"*, norma que guarda sindéresis con los artículos: 7, 150 y 151 COFJ.

El artículo 8 COFJ establece también*: "Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial. Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley"*. Esto implica que todo pronunciamiento jurisdiccional, debe estar libre de ataduras o presiones sean estas mediaticas, políticas o de quienes ejerzan el poder público o privado, o de posiciones acomaditicias de quiene ejercen la noble misión de administrar justicia. Razón por la cual el presente fallo es resultado de la independencia y actuación profesional (libre de toda ingerencia y/o cálculo) del presente tribunal.

Acorde con el artículo 156 CRE, la competencia significa: *"La medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados (...)"*; asimismo el artículo 157 *ejusdem*, expone que: *"La competencia en razón de la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley (...)"*, en relación con el artículo 402 COIP que refiere que: *"La potestad jurisdiccional en materia penal está dividida de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en el COFJ"*.

En este orden de ideas, el artículo 404.1 del referido cuerpo legal (COIP), expresa que *"Hay competencia de la o el juzgador cuando se ha cometido la infracción en la circunscripción territorial en la que este ejerce sus funciones. Si hay varios juzgadores, la competencia se asignará de conformidad con el procedimiento establecido por la ley (...)"*.

Una vez que ha quedado precisado el marco jurídico en torno a la competencia, corresponde ahora dejar precisado los actos, también jurídico-procesales, a partir de los cuales se radicó la competencia y jurisdicción en el presente Tribunal; así:

i. El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 182 CRE, 173 COFJ y, por la Resolución No. 008-2021, de fecha 28 de enero de 2021, designó a las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia, nombrando a sus ganadores, quienes fueron posesionados de sus cargos el 03 de febrero de 2021.

ii. Conforme la Resolución No. 02-2021, de fecha 05 de febrero de 2021, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, conformó sus Salas Especializadas en observancia al mandato del artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial.

iii. Según los artículos 186.3 y 192.2 COFJ, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer los recursos de apelación dentro de las causas que se sigan contra las personas sujetas a fuero de Corte Nacional,

varios días también y/o en jornadas extensas a lo largo de la sustanciación del sub lite; todo ello, sumado, a lo agregado al proceso, inter alia, peritajes, documentos y declaraciones con contenido técnico, amplio y complejo, lo que hizo que los juzgadores tengan -y hayamos tenido- que tomar su tiempo en aras de cumplir acuciosamente con lo dispuesto en el artículo 622 COIP.

Finalmente, es necesario puntualizar que la etapa de juicio de la que derivó la sentencia de primer nivel, y porende la etapa de impugnación que nos ocupa, contó con varios acusados, y que por efecto del artículo 622.5 COIP, su responsabilidad debió ser determinada individualmente, en correlación con la prueba presentada, que como se estableció supra, fue extensa y compleja, y que al haberse determinado en primera instancia responsabilidades en diversos grados e incluso ratificaciones de inocencia, conllevan a hacer análisis completos.

Dado lo anterior, se concluye que la presente resolución de segunda instancia se emite dentro de plazo razonable, por sobre los 10 días posteriores a la conclusión de la respectiva audiencia, previstos en el artículo 654.7 COIP; más aún, cuando se observa que de no hacerlo, se estaría precautelando el formalismo sin que exista constatación alguna de que esta extensión del plazo ha llegado a afectar a los derechos de los procesados, cuya situación jurídica resulta inmutable para este Tribunal, desde el pronunciamiento de la decisión oral, tanto más que el expediente que constituye el proceso consta de más de 130 cuerpos; lo que supera con creces el promedio de los procesos penales en general.

y los demás imputados en la misma causa, en concordancia con el artículo 168.2 *ejusdem*.

iv. Previo sorteo realizado con fecha 12 de agosto de 2021, el Tribunal quedó integrado por los doctores Luis Rivera Velasco, en calidad de ponente; Felipe Córdova Ochoa; y, Daniella Camacho Herold, Jueces Nacionales, de conformidad con el artículo 141 COFJ.

v. Bajo ese contexto, este cuerpo colegiado, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de apelación planteados, de un lado por los procesados CARLOS EUGENIO PAREJA YANNUZELLI, JORGE DAVID GLAS ESPINEL, WILSON MARCELO PASTOR MORRIS, JOSÉ DAVID BURGOS ZAMBRANO, ANIBAL RAMIRO CAZAR AYALA, CESAR EDMUNDO GUERRA NAVARRETE y GUSTAVO ANDRES DONOSO FABARA; y, de otro, por la acusación particular PGE.

SEGUNDO

VALIDEZ PROCESAL DEL RECURSO DE APELACIÓN

Nuestra Norma Suprema (CRE) a lo largo de todo su articulado, en específico, en los artículos 1, 11, 44, 45, 46, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167, diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, cuyo máximo deber es respetar y hacer respetar los derechos humanos; garantizando, *inter alia*, los derechos a la vida, a la igualdad formal y material, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación; a ser juzgado por un juez competente, a la facultad de impugnar las decisiones judiciales; a la seguridad jurídica, de la cual, una de sus expresiones es la legalidad; en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas; en que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal; y en que las resoluciones deben estar motivadas.

La Corte Constitucional del Ecuador, en torno a lo que constituye el debido proceso penal, y la seguridad jurídica ha señalado:

> (...) 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 (no empeorar la situación), y el doble procesamiento por el mismo hecho, etc. (...)[2]
>
> (...) [la seguridad jurídica] es la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados. (...).[3]

Desde dicho marco, deviene que el debido proceso establecido en los artículos 76 y 77 CRE, se muestra como un conjunto de garantías con los cuales se pretende que el desarrollo de las actividades en el ámbito judicial o administrativo se sujeten a las reglas mínimas, con el fin de proteger los derechos garantizados por la Norma Suprema, constituyéndose en un límite a la actuación de los jueces; por tanto, no es sino aquel proceso que cumple con las garantías básicas establecidas en la Constitución y que hace efectivo el derecho de las personas a obtener una resolución de fondo, basada en derecho.

Abstrayéndonos al *sub lite*, concretamente en la tramitación del recurso de apelación y particularmente durante el desarrollo de la audiencia de fundamentación y contradicción, tanto a los procesados recurrentes y a la acusación particular como partes procesales en el medio de impugnación de apelación; así como a los demás sujetos procesales (acusación oficial FGE y procesados no recurrentes), sus defensas técnicas, se han respetado dicha

[2] Ecuador. Corte Constitucional. Caso No. 002-08-CN, RO No. 602 de 1 de junio de 2009

[3] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N. 008-O9SEP-CC, caso: 0103-09-EP, RO 602 de 1 de junio de 2009.

garantías básicas; es así que, el presente recurso se ha tramitado de conformidad con el ordenamiento constitucional y legal aplicable al caso, sin advertirse -se insite en esta instancia- vicio u omisión de solemnidad sustancial; es así que, huelga reiterar, durante la tramitación del presente medio de impugación, se han observado las normas del debido proceso establecidas en la CRE y tratados o convenios internacionales de derechos humanos, así como las normas legales aplicables al caso.

TERCERO

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

3.1.- Con fecha **12 de febrero de 2019**, **a las 11h30**, se recibe en la Secretaria General, Documentación y Archivo -Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia; la solicitud suscrita por la doctora Ruth Palacios Brito, Fiscal General del Estado (e), dentro de la Investigación Previa No. 47-2017 (que por delito de peculado tipificado en el art. 257 CP -vigente al momento de los hechos y actualmente tipificada en el art. 278 COIP-, se investiga en contra de CARLOS PAREJA YANNUZZELLI y otros); mediante la cual pide se señale día y hora a efectos que tenga lugar la audiencia de formulacion de cargos.

Es así que, en virtud de lo dispuesto en al Art. 196 COFJ, el proceso se entrega a la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, y se lo signa bajo el No. 17721-2019-00002

3.2.- Mediante sorteo de fecha **12 de febrero de 2019**, **a las 11h30,** la competencia se radica en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, conformado por el Juez Dr. Ivan Patricio Saquicela Rodas.

3.3.- Con fecha **13 de marzo del 2019,** se lleva a cabo la audiencia de formulación de cargos, diligencia en la cual consta -inter alia-:

> (...) Exposición de la Dra. Ruth Jimena Palacios, Fiscal General del Estado (E).- Dando cumplimiento con lo establecido en el Art. 595 del COIP y como así se ha solicitado por parte de Fiscalía General del Estado, hemos procedido a solicitar el señalamiento de la audiencia para formular cargos en contra de las siguientes personas:
>
> La individualización de la persona procesada, incluyendo sus nombres y apellidos y el domicilio, en caso de conocerlo:
>
> Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli, ...
> Jorge David Glas Espinel, ...
> María Lorena Espinoza Arízaga, ...
> Julio César Cárdenas Herrera, ...
> Milton Alfonso Jiménez López,...
> José David Burgos Zambrano, ...
> Alfredo Fabián Herrera Valencia, ...
> René Cristian De Mora Moncayo, ...
> Wilson Marcelo Pastor Morris, ...
> Aníbal Ramiro Cazar Ayala, ...
>
> La relación circunstanciada de los hechos relevantes, así como, la infracción o infracciones penales que se le imputen:
>
> Por otra parte, la relación circunstanciada de los hechos relevantes, es la siguiente; con fecha 30 de abril de 2012, el Estado Ecuatoriano por medio de la Secretaría de Hidrocarburos y el Consorcio DGC, suscribieron el contrato de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, petróleo crudo, en el bloque Singue de la región amazónica, luego que este consorcio fue el único oferente para este bloque, dentro de la Décima Ronda Petrolera, licitación que se inició en junio de 2011. **Respecto a los procesos precontractual, contractual y de ejecución de este contrato, el organismo de control establece indicios de responsabilidad penal en su informe DASE-0044-2017,** pues refiere que no procedía la adjudicación del contrato, porque la oferente no cumplía con los requisitos establecidos en las bases de licitación. En cuanto a la tarifa establecida en el contrato, el consorcio DGC, conformado por varias compañías entre estas: Dygoil Consultoría y Servicios Petroleros Cía. Ltda. y Gente Oil Development Ecuador LLC, había ofertado una tarifa de 34,5 dólares por barril de petróleo, al ser la única oferente conforme el instructivo de licitación establecido por el Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH), se conformó un equipo para negociar dicha tarifa, equipo que fue designado por el Comité de Licitación Hidrocarburífera y que estuvo integrado por: Ing. Julio César Cárdenas Herrera, Ing. Milton Alfonso Jiménez López, Dr. José David Burgos Zambrano, Econ. Alfredo Fabián Herrera Valencia, Dr. René De Cristian de Mora Moncayo, estás fueron las personas que conformaron el comité de negociación.

Además, el equipo de negociación, con memorando 006-CCE-2012 de 3 de febrero de 2012, presentó al presidente y miembros del Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH) el informe final equipo de negociación Bloque Singue; al citado informe se adjuntó como anexo un documento denominado análisis económico financiero que contiene la simulación económica del Bloque Singue desglosando la información utilizada en la negociación y recomendando al Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH), aprobar la negociación con el Consorcio DGC de la simulación económica contenida en el análisis económico financiero; se obtiene que los miembros del equipo de negociación, basaron su proyección en un valor total de 3'154.215 barriles de petróleo, el cual lo desglosan de la siguiente manera: 116.837 barriles pertenecientes al Pozo Singue 1; 1'784.850 barriles pertenecientes a los pozos 2 y 3, con una proyección del 80% de las reservas y, sin ningún sustento técnico incluyen en su simulación un valor de 1'113.759 barriles de petróleo, pertenecientes a un pozo exploratorio, por ello, es importante señalar, que a decir de la Contraloría General del Estado, el volumen de reservas del Bloque Singue oficializadas por la Secretaría de Hidrocarburos al 2010, de acuerdo con la información constante en su libro de reservas, es de 2'040.556 barriles de reservas probadas remanentes, es decir, si la simulación hubiese sido realizada al 100% de las reservas conociendo que ya existía este monto superior de 2'040.556 barriles, la tarifa que debió ser aplicada sería de 32,45 dólares por barril con un TIR, tasa interna de retorno del 19,1% y no la tarifa del 33,50 y un TIR del 19,2 adjudicada en el contrato, lo cual ha ocasionado un perjuicio al Estado, hasta el 30 de septiembre del 2016, de 5.243.132 dólares con 38 centavos, eso **en base al informe que emite Contraloría General del Estado cuando establece indicios de responsabilidad penal**, luego se hará una aclaratoria respecto a ese valor, el informe presentado por el equipo negociador fue aprobado por el Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH), conformado por los funcionarios públicos: Ing. Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli, Viceministro de Hidrocarburos; Ing. Jorge Glas Espinel, Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos, y Dra. María Lorena Espinoza Arízaga, Coordinadora General Jurídica, Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, quienes mediante Acta COLH-014-2012 y resolución COLH-034-2012 de 10 de febrero de 2012, aprobaron el informe y el acta de negociación conforme la recomendación efectuada por el equipo de negociación y recomendaron al Ministro de Recursos Naturales No Renovables, la adjudicación del contrato de prestación de servicios con una tarifa acordada en 33,50 dólares por barril producido, pese a que en el acta COLH-011-2011 de la sesión del Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH), de 26 de diciembre de 2011, se solicita que se analice la conveniencia técnica y económica de la perforación de un pozo exploratorio, dice; en caso de no convenir a los intereses del Estado Ecuatoriano, este pozo exploratorio, es necesario se establezca que la inversión sea realizada en un pozo de avanzada o de desarrollo, esta sugerencia no fue tomada en cuenta de los puntos resolutivos constantes en la resolución No. COLH 0028-2011. Por otra parte, en la Resolución No. COLH 0028-2011, el Comité resuelve disponer al Ing. Ramiro Cazar Ayala, Secretario de Hidrocarburos y Secretario del Comité de Licitación Hidrocarburífera, que recabe informes y certificaciones referentes a las fuentes de financiamiento, entre otros, para el Consorcio DGC y el análisis del informe económico de la capacidad o fuentes de inversión comprometida por las oferentes participantes en la Décima Ronda de Licitación Petrolera; y sin contar con dichos informes, pese a que fueron solicitados con tiempo, el Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH), recomienda al Ministro de Recursos Naturales No Renovables, Wilson Pastor Morris, la adjudicación del contrato, es decir que se vienen violando todo tipo de procedimientos en estas fases precontractual, contractual y de ejecución, a pesar que el Ex Ministro de Recursos Naturales No Renovables, Wilson Pastor Morris, meses atrás había participado en las negociaciones con el Consorcio Petrolero Amazónico, esto de acuerdo al oficio 018-DYG-

2011-YG, de 26 de enero de 2011, cuyos miembros, entre otros, es la Empresa Dygoil parte del Consorcio DGC, decidió adjudicar el contrato con tarifa de 33,50 dólares, pese haber sido partícipe de negociaciones por una tarifa de 29,3 dólares por barril de petróleo, esta información consta del expediente anterior; sin embargo, no se toma en cuenta la tarifa que se había planteado, en cuanto a la fase de ejecución del contrato, se observa que las empresas que conformaron el Consorcio DGC, es decir Dygoil Consultoría y Servicios Petroleros Cía. Ltda. y Gente Oil Development LLC, en septiembre 2012, solicitaron la autorización para la transferencia de la totalidad de sus participaciones en el Consorcio DGC y en el contrato de prestación de servicios a favor de Gente Oil Ecuador Pte. Ltd.; pese a que el Ministro Wilson Pastor, solicitó el 5 de octubre del 2012, al Secretario de Hidrocarburos, Ab. Andrés Donoso, que analice la solicitud formulada por las empresas cedentes y emita el informe correspondiente; pese a ello luego de nueve meses, presenta un informe técnico favorable sin que exista el debido sustento que califique a la empresa extranjera cesionaria Gente Oil Ecuador Pte. Ltd. como exige el Reglamento para la Transferencia o Cesión de Derechos y Obligaciones de los Contratos de Hidrocarburos, pues esta transferencia solo podía haberse realizado únicamente a empresas debidamente calificadas; y, en este caso la Empresa Gente Oil Pte. Ltd., a septiembre del 2012, no estaba domiciliada en Ecuador, ni tampoco calificada como operadora; tanto es así que en su informe, el referido funcionario acude a realizar un análisis de grupos empresariales como Gente Oil Group, que no fueron los adjudicados en el contrato original, en esto hay que hacer una aclaración, pese a que **Contraloría General del Estado establece un perjuicio económico de 5.243.123,38 dólares**, es necesario aclarar que dentro de la investigación y una vez practicada la pericia contable, la señora perita que hace el análisis y en base a la tarifa que debió aplicarse en esa negociación, determina un monto de perjuicio para el Estado Ecuatoriano de 28.479.889 dólares hasta el 30 septiembre de 2016. C**on estos antecedentes, la Fiscalía imputa la infracción penal del Art. 257 inciso primero del Código Penal y de conformidad a la transitoria primera, este delito también está tipificado en el art. 278 del COIP.**

Los elementos y resultados de la investigación que sirven como fundamento jurídico para formular cargos:

Por otra parte, **los elementos con los que cuenta Fiscalía para dar inicio a esta instrucción fiscal, son los siguientes e involucran a todas las personas que han sido convocadas para la formulación de cargos**, es decir el ingeniero Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli, Viceministro de Hidrocarburos; ingeniero Jorge David Glas Espinel, Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos; doctora María Lorena Espinosa Arízaga, Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, miembros del Comité de Licitación Hidrocarburífera (COLH), de lo cual se ha hecho una diferenciación de los elementos que estamos imputando por comisiones: **a (fojas 1 1556), consta el informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, No. DASE-0044-2017 y anexos, realizado por la Contraloría como parte del examen especial a los procesos precontractual, contractual y de ejecución del contrato de prestación de servicios para la exploración y /o explotación de hidrocarburos, petróleo crudo en el Bloque Singue de la región amazónica, suscrito entre el Estado Ecuatoriano a través de la Secretaría de Hidrocarburos y el Consorcio DGC, integrado por las compañías Dygoil Consultoría y Servicios Petroleros Cía. Ltda. y Gente Oil Development Ecuador LLC, su contrato modificatorio No.1 suscrito con la compañía Gente Oil Ecuador Pte. Ltd. y la aclaratoria al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos, Petróleo Crudo en el Bloque Singue de la región amazónica, entre el Estado Ecuatoriano a través de la Secretaría de Hidrocarburos y la Compañía Gente Oil Ecuador Pte. Ltd. en la Secretaría de Hidrocarburos, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 30 de septiembre de 2016**, ...

(...) A (fojas 277) consta el oficio No. 1509-SH-2011 de 30 de mayo de 2011, suscrito por el Ing. Aníbal Ramiro Cazar Ayala, Secretario de Hidrocarburos, quien solicitó al Ing. Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli, Viceministro de Hidrocarburos, quien actuaba como presidente del COLH, la autorización para convocar a los miembros del Comité para la aprobación del Instructivo de Procedimientos para Licitaciones Hidrocarburíferas, bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.
A (fojas 279- 310), consta el memorando 833-SH-SEP-EPH-2011, de 30 de mayo de 2011, suscrito por el doctor José David Burgos Zambrano, Subsecretario de Estudios y Patrimonio Hidrocarburifero de la Secretaría de Hidrocarburos, documento que se adjuntó a la solicitud del Secretario de Hidrocarburos, referida en el numeral anterior, ...
A (fojas 842-845), consta el Acta COLH-10-2011, de 29 de noviembre de 2011, a través de la cual el Comité designó al Ing. Julio César Cárdenas Herrera, Ing. Milton Alfonso Jiménez López, Dr. José David Burgos Zambrano, economista Alfredo Fabián Herrera Valencia y doctor René Cristian De Mora Moncayo, como miembros de la Comisión de Calificación y Evaluación del sobre No. 2, ...
A (fojas 847-854), consta el Acta COLH-011-2011 y Resolución 0028-2011 de 26 de diciembre de 2011, en donde las personas mencionadas, mediante Acta COLH-011-2011 y Resolución 0028-2011, de 26 de diciembre de 2011, resolvieron que mediante Art. 1 disponer al Secretario de Hidrocarburos, recabe informes y certificaciones referentes a las fuentes de financiamiento para los proyectos conforme a las inversiones comprometidas en el sobre No. 2 ...
A (fojas 1127), consta como parte del sobre No. 2 de la oferta, el Consorcio DGC presentó en el Formulario 11 el valor de 34,50 dólares de tarifa por barril ofertada, …
A (fojas 4599-4603), consta el acta de negociación Bloque Singue, Consorcio DGC. negociación llevada a cabo a partir del 12 de diciembre de 2011 hasta el 1 de febrero de 2012, ...
A (fojas 1138-1143), consta el memorando 006-CCE-2012 de 3 de febrero de 2012, elaborado por el equipo negociador presentado al presidente y miembros del COLH, que contiene el informe final equipo de negociación Bloque Singue, ...
A (fojas 1162-1170), consta el acta COLH-014-2012 y Resolución COLH-034-2012 de 10 de febrero de 2012, el COLH de la Décima Ronda Petrolera conformado por las personas ya mencionadas, que aprobaron el informe y el acta de negociación conforme la recomendación efectuada por el equipo de negociación y recomendaron al Ministro de Recursos Naturales No Renovables, la adjudicación del Contrato a la Empresa DGC con un contrato de modalidad de prestación de servicios con una tarifa acordada en 33,50 dólares por barril producido.
A (fojas 40), consta el Decreto Ejecutivo No. 311 de 5 de abril de 2010, mediante el cual se designó al ing. Jorge Glas Espinel como Ministro de Coordinación de Sectores Estratégicos.
A (fojas 1675), consta el Memorando MH-DATH-2017-0206-ME de 9 de agosto de 2017, suscrito por el Director Administrativo de Talento Humano del Ministerio de Hidrocarburos, que sobre Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli, refiere; que laboró como Viceministro de Hidrocarburos desde el 14 de junio de 2010 hasta el 19 de marzo de 2012, ...
A (foja 1795), consta la acción de personal No. 172295 de 3 de octubre de 2011, mediante la cual se norma a la Dra. María Lorena Espinoza Arízaga al cargo de la Coordinación General Jurídica, puesto Subsecretario de Estado, del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables …
A (fojas 1466-1484), respecto a la Dra. María Lorena Espinoza Arízaga, hay que señalar además que, en el proceso de ejecución del contrato con DGC, interviene en el acta COLH-035-2014 con Resolución No. 89 de 27 de junio de 2014, ...
A (fojas 315-330), consta el Instructivo para Licitaciones Hidrocarburíferas, bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, el cual fue elaborado por el COLH, ...

A (fojas 1759-1761), consta la versión de Carlos Aníbal Espinoza Sánchez,
A (fojas 2182-2184), consta el oficio Nro. SH-2017-0901-OF, suscrito por el Secretario de Hidrocarburos, Econ. Francisco Eduardo Rendón Pantaleón, …
A (fojas 2885 a 4146), consta el oficio Nro. SH-2017-0922-OF, suscrito por el Secretario de Hidrocarburos, quien remite copias certificadas de toda la documentación referente al proceso precontractual, contractual y de ejecución del contrato de prestación de servicios. A (fojas 4342- 4924), consta la información remitida por la Secretaría de Hidrocarburos mediante oficio Nro. SH-2017-0949-OF, ...
A (fojas 4940-4942), consta la versión de César Edmundo Guerra Navarrete, A (fojas 1169), consta la versión rendida por Carlos Alfredo Alvear Guzmán ...
A (fojas 17984-18106), consta el informe técnico pericial de audio y afines donde se materializa la información del cd que obra a fojas 5427 del expediente, en el que se hace referencia específica a las reservas originales de la estructura Singue ...
A (fojas 17102 a 17139), consta el informe pericial presentado por el Ing. Fernando Reyes Cisneros, Magister en Ingeniería de Petróleos opción producción, quien realizó la pericia en negociación petrolera, ...
A (fojas 17334 a 17359), consta el informe pericial realizado por la Lic. Nubia Hayde Almeida Llerena, perito en contabilidad y finanzas, en cuyas conclusiones señala que: "1.- existe un presunto perjuicio en marcha de 28´479.889.00 dólares que ha dejado de recibir el Estado Ecuatoriano, por las operaciones de explotación del Bloque Singue, ...
A (Fojas 279 a 310), consta el Memorando 833-sh-sep-eph-2011 de 30 de mayo de 2011, suscrito por el doctor José David Burgos Zambrano, Subsecretario de Estudios y de la Secretaría de Hidrocarburos, que contiene el resumen técnico actualizado referente a los Bloques Armadillo, Chanangue, Charapa, Eno Ron, Ocano Peña Blanca y Singue, ...
A (fojas 17726 a 17728), consta la versión de Ibadango Andrango Cruz Elías, ...
A (fojas 5424 y siguientes), consta el oficio Nro. SH-2017-0994-OF de 13 de septiembre de 2017, remitido por el Secretario de Hidrocarburos Subrogante, al cual adjunta el informe de estudio de interpretación e inversión sísmica de reservorios del proyecto sísmico 3D área VHR, realizado por Geotech Group Limited, en el año 2006.
A (fojas 17984-18106), consta el informe técnico pericial de audio, video y afines de extracción de la información que consta del Cd que obra a fojas 5427, ya mencionado anteriormente. ...
A (fojas 842-846), consta el acta COLH-010-2011, de 29 de noviembre de 2011, que designó al ingeniero Julio César Cárdenas Herrera, Ing. Milton Alfonso Jiménez López, doctor José David Burgos Zambrano, economista Alfredo Fabián Herrera Valencia y doctor René Cristian De Mora Moncayo, como miembros del CCE del sobre No. 2., ...
A (fojas 4599-4603), consta el acta de negociación Bloque Singue que se suscribe el 1 de febrero de 2012, en la que participaron los miembros del equipo negociador y los representantes del consorcio, acordaron una tarifa de 33,50 por barril que produjo el perjuicio al Estado.
A (fojas 1138-1143), consta el memorando 006-CCE-2012, de 3 de febrero de 2012, donde el equipo de negociación presentó al COLH, el informe final del equipo de negociación Bloque Singue, ...
A (fojas 1764-1771), consta la versión de Silvana Giselle Pastor Tapia, ...
A (fojas 42), constan los Decretos Ejecutivos 332, mediante el cual se designó al economista Wilson Marcelo Pástor Morris como Ministro de Recursos Naturales No Renovables, el 21 de abril de 2010 hasta el 30 de abril de 2013.
A (fojas 11.005 hasta 11.017), consta la información proporcionada por la Contraloría General del Estado, mediante oficio No. 6448-DNA6, de 27 de febrero de 2018, ...
A (fojas 11.454), consta la versión Econ. Rafael Vicente Correa Delgado, ...
A (fojas 1171- 1173), consta la Resolución No. 677-2012, emitida por el Ministro de Recursos Naturales No Renovables, Wilson Pastor Morris, con fecha 21 de marzo de 2012, mediante la cual acogiendo la

recomendación del COLH de 10 de febrero de 2012, resuelve adjudicar el Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos Petróleo Crudo en el Bloque Singue al Consorcio DGC. ...

A (fojas 2886-2888), consta el Acuerdo Ministerial 207 de 28 de julio de 2010, Ministro Wilson Pastor, designó al Ing. Ramiro Cazar Ayala, Secretario de Hidrocarburos, cargo que ostentó desde 28 de julio de 2010, hasta 20 de abril de 2012, ...

A (fojas 271), el Ing. Aníbal Ramiro Cazar Ayala, Secretario de Hidrocarburos, mediante Resolución No. 062 de 2 de febrero de 2011, declaró terminado el Contrato para la Explotación de Petróleo Crudo y Exploración Adicional de Hidrocarburos del Campo Marginal Singue, ...

(...) esos son los principales documentos que cuenta Fiscalía, para iniciar instrucción fiscal.

Las medidas cautelares y como es conocimiento, los señores Carlos Pareja Yannuzzelli y Jorge Glass Espinel, se encuentran guardando prisión en la CPL de Latacunga y por haberse reunido los requisitos establecidos en el Art. 534 del COIP, esto es que existen suficientes elementos de convicción que determinan la existencia de un delito de acción pública, existen elementos suficientes de que los hoy procesados son participes en este ilícito y más que indicios, en este momento se determina efectivamente que se encuentran cumpliendo pena en determinado Centro de Latacunga, por lo que, no nos queda de otra que cumplir con el requisito del Art. 534 del COIP, que el delito por el que hoy se inicia y es el delito de peculado, tiene una sanción mayor de un año, reuniéndose así los requisitos del artículo mencionado, para solicitar la prisión preventiva de Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli y Jorge David Glass Espinel. En relación a María Lorena Arízaga, Julio César Herrera, Milton Alfonso Jiménez López, José David Burgos Zambrano, Alfredo Fabián Herrera Valencia, René de Cristian De Mora Moncayo, Wilson Marcelo Pastor Morris, Aníbal Ramiro Cazar Ayala, en base a la objetividad y a que los señores, han venido colaborando de manera efectiva dentro de la investigación, presentados en cuanta diligencia Fiscalía los ha convocado y han acudido a todo llamado de Fiscalía, se considera que conforme lo establece el Art. 522 del COIP, las medidas cautelares contempladas en los incisos número 1 y 2, esto es: la prohibición de ausentarse del país y la presentación periódica de todos y cada uno de los que han sido instruidos en este día ante la autoridad y en el horario que usted establezca. Como medidas reales para todas las personas que han sido procesadas, solicito se impongan las establecidas en el Art. 549 del COIP, esto es la retención de fondos y la prohibición de enajenar bienes por el monto del perjuicio que ya ha sido mencionado. La duración de la instrucción será de noventa días.

Intervención del juez Iván Saquicela Rodas.- Una vez que ha concluido la intervención de Fiscalía General del Estado, por nuestra parte nos corresponde notificar a los ciudadanos que han sido procesados con el inicio de la instrucción fiscal, por el delito de peculado, en los términos con la exposición fáctica y la fundamentación jurídica que ustedes han escuchado de Fiscalía General del Estado, es decir que lo importante de que con esta notificación que yo hago ahora mismo de manera oral, la defensa tenga absoluta claridad de cual es el acto fáctico y cuál es el delito que imputa que atribuye la Fiscalía, esto es el delito de peculado, de manera tal que procedo a notificar al ciudadano Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli, su abogado está presente aquí, el doctor Miguel Gregory; notifico al ciudadano Jorge David Glas Espinel, su abogado es Harrison Salcedo; procedo a notificar a la ciudadana María Lorena Espinoza Arízaga, su abogado es el señor doctor Pedro Crespo Cabrera; al señor Julio Cárdenas Herrera, el abogado es el señor Pablo Sevilla Peralta; al señor Milton Jiménez López, el señor doctor Raúl Rosero Rivas; al señor José Burgos Zambrano, abogado doctor Paul Ocaña Medina y la doctora Ana Cristina Ruiz; al ciudadano Alfredo Herrera Valencia, el abogado es doctor Raúl Rosero Rivas; y finalmente al ciudadano Wilson Cristian De Mora Moncayo, el abogado es el doctor René Cristian De Mora Moncayo;

al ciudadano Wilson Marcelo Pastor Morris, el abogado es Esteban Ballesteros Hurtado; al ciudadano Aníbal Cazar Ayala, el abogado es el señor Genaro Cruz Abril, y el abogado Oliviares Peña Peña. **De modo que quedan legalmente notificados con el inicio de la instrucción fiscal, hemos reiterado que es por el delito de peculado, por los términos que ha expresado la Fiscalía General del Estado**, adicionalmente debemos indicar que la Fiscalía ha indicado como plazo de instrucción fiscal de noventa días. El procedimiento que está implícito, es el ordinario y obviamente es por imperativo legal. Por último la Fiscalía General del Estado, ha solicitado medidas cautelares de orden personal y orden real, las medidas cautelares de orden personal para el caso de los ciudadanos Carlos Pareja Yannuzzelli y Jorge David Glas Espines, ha solicitado la prisión preventiva, y para todos los demás ciudadanos hoy procesados, han solicitado la prohibición de salida del país y la presentación periódica ante este Juez en el día y hora, ante la periodicidad que este Juez disponga. En cuanto a las medidas cautelares de orden real, ha solicitado la prohibición de enajenación y la retención de fondos y estas medidas lo ha hecho, conforme lo dijo por el monto de $28. 479. 889 dólares americanos, de modo tal que, vamos a solicitar que puedan expresarse libremente, sólo pidiéndoles que sea en forma concreta exclusivamente sobre el objeto de debate, que son las medidas cautelares en forma concreta. Por favor una vez que ya conocen la imputación y la solicitud de las medidas, vamos a conceder la palabra en el orden que se hizo la imputación; una vez que haya sido notificada y que empiece la contradicción, vamos a dar la palabra en forma breve, ya que están otras instituciones del Estado y esta cuestión de la palabra, es por cuanto aparecerían como víctimas en el caso del Ministerio de Energía o en el caso de la Procuraduría General del Estado, por último, en el caso de la Contraloría General del Estado, que de conformidad con las normas del Código Orgánico Integral Penal, puede participar dentro del proceso que hoy se ha iniciado, por favor de forma breve porque el acto fáctico ha sido dado ya por la Fiscalía, por favor quien va a intervenir por parte de Contraloría General del Estado. ...

[siguen intervenciones de los suejtos procesales].

Intervención del juez Iván Saquicela.- Ha concluido el objeto de la audiencia y ha concluido el debate de los sujetos procesales, particularmente con lo que tiene que ver con las solicitudes que ha revisado fiscalía a partir de la imputación, esto es las medidas cautelares de orden personal y de orden real, se deja en expresa constancia de que este Juez, no ha hecho otra cosa sino cumplir su deber de permitir igualdad de condiciones en el debate y hacer que el mismo sea ordenado. El Juez tiene que revisar variada documentación por que la Fiscalía, se ha referido a elementos de convicción respecto de la existencia de infracción y la presunta responsabilidad de los procesados; además, han existido ciertos requerimientos particulares de varios de los procesados con documentación también particular, individualizada de cada uno de los procesados, de modo tal que este Juez tiene la obligación Constitucional de motivar la resolución y para ello es importante que se revise todo lo que se ha hecho referencia y cuando haga este estudio exhaustivo, poder pronunciarme de manera motivada, por tanto vamos a suspender esta audiencia para poder reinstalarnos y dar conocer la resolución, la misma que se reinstalara a las 17h:30 min.

RESOLUCIÓN

El señor Juez Nacional de Garantías Penales luego de haber escuchado las intervenciones de los sujetos procesales indica:

Concluido el objeto de la audiencia, ha tenido lugar el debate correspondiente y que es propio de la misma, por lo que corresponde a este Juez adoptar la resolución, nada más y exclusivamente sobre las medidas cautelares de orden personal y real que fueron solicitadas y debatidas. Otros aspectos que son materia de resolución, como la notificación a los sujetos procesales con el inicio de instrucción fiscal, el plazo de duración de la instrucción fiscal, que fue resuelto previo a la reinstalación de la audiencia. Para poder resolver se debe tomar en consideración, un elemento fáctico de Fiscalía General del Estado,

que en forma breve vamos a recordar, sin perjuicio, de que todos los que estamos en esta audiencia ya escuchamos y sobre todo porque los procesados tienen el derecho de estar claros en el relato fáctico de los elementos de convicción, a fin de poder controvertir y así lo hicieron. La Fiscalía se refirió a que el 30 de abril del 2012, el Ecuador por medio de la Secretaría de Hidrocarburos, celebró un contrato con el Consorcio DGC, el mismo que tiene relación con el campo Singue, y se trata de una licitación en materia petrolera. **También, parte la Fiscalía de un informe de Contraloría General del Estado, mismo que da cuenta de dos aspectos; por una parte, un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, en la medida de que este informe de la Contraloría General del Estado determina indicios de responsabilidad penal, lo cual he de reiterar justifica el cumplirse la procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por parte de FGE y que este Juez tiene que velar por el cumplimiento de dicho requisito en aras de un debido proceso; y de otra parte constituye un evento de convicción, naturalmente no el único. Fiscalía se ha referido, a que se hizo un examen especial por parte de Contraloría a los procesos precontractual, contractual y ejecución de este contrato, así como, del contrato modificatorio y la respectiva aclaratoria, este examen se refiere a la exploración y explotación petrolera sobre el campo Singue, y la Contraloría General del Estado establece indicios de responsabilidad penal en el informe DACE-0044-2017**. Entre otras cosas, se dice por parte de Fiscalía, que hay indicios de convicción y el informe de Contraloría General del Estado, órgano de control determinó algunos hallazgos, que no procedían la adjudicación del contrato por cuanto no cumplía el oferente con los requisitos establecidos en las bases contractuales. De otra parte, hubo una preocupación con relación a las tarifas y se ha llegado a determinar que se adjudicó pese a que no había detalle del desglose para determinar la tarifa, también se expresó una precaución respecto a la tasa de retorno que habría sido arbitraria. Finalmente, se llegó a determinar, respecto a irregularidades de las reservas petroleras, que estuvieron alejadas de la realidad, entre otros elementos que son relevantes para entender el relato fáctico que ha presentado la Fiscalía y que coincide con la Procuraduría General del Estado y la Contraloría General del Estado, ha dicho que el perjuicio al Estado, en un principio por el propio informe de la Contraloría General del Estado, sería aproximadamente 5 millones de dólares, aunque la Fiscalía lo dijo de manera precisa y eso constará en el acta que hay algunos números que digo simplemente de manera oral en esta audiencia, pero aproximadamente son 5 millones de dólares. Sin embargo, hay una pericia que posteriormente dentro de la indagación previa llega a determinar por un monto superior a los 28 millones de dólares. La Fiscalía, en forma amplia y en una exposición extensa nos ha dicho cuáles son los elementos de convicción con los que cuenta Fiscalía, no queremos ser repetitivos o extendernos, pero naturalmente todos pudimos escuchar a Fiscalía, sin perjuicio, de que eso puede ser revisado dentro del expediente, a pesar de aquello vamos a referirnos a unos elementos de convicción importantes que ha presentado Fiscalía. Es así que, Fiscalía ha solicitado medidas cautelares de orden personal y real, las medidas cautelares de orden personal para el ciudadano Carlos Pareja Yannuzzelli y Jorge Glass Espinel, ha sido la prisión preventiva y para el caso de los demás procesados ha dicho, que por un principio de objetividad, no pide la privación de la libertad, sino otras medidas diferentes a la prisión preventiva, concretamente la prohibición de salida del país y la presentación periódica ante este Juez. Y en relación a las medidas cautelares de orden real, ha solicitado la prohibición de enajenar bienes y la retención de valores y bienes, esto fue debatido, se lo resolverá punto por punto. Para resolver lo que tiene relación con las medias cautelares de orden real, así no sea la prisión preventiva, hay restricción de derecho, desde luego esas restricciones son legítimas y tienen que ser motivadas y ajustadas a derecho, para ello tiene que partirse de la necesidad que se acredite con elementos de convicción, tanto de la existencia de la

infracción, como de la presunta responsabilidad, porque de lo contrario al dictar medidas cautelares restringiendo derechos en este caso las medidas personales, serían no sólo ilegales, sino arbitrarias en la medida en que no estén acreditados los elementos de convicción. **Este Juez considera, que de la revisión de los elementos presentados por Fiscalía General del Estado, se puede concluir que existen importantes elementos de convicción, tanto de la existencia de la investigación, como de la presunta responsabilidad de los procesados, tanto más que se ha presentado un informe de Contraloría General del Estado, que como decíamos, además de constituir un requisito de procedibilidad, es un elemento de convicción y ahí existe una auditoría que llega ha hacer un amplio estudio de la fase precontractual, contractual y de ejecución de este contrato en materia petrolera y que llega a conclusiones importantes determinantes, esto se encuentra de fs. 1 a 1556 el informe de Contraloría General del Estado.** También, se encuentran por ejemplo, actas que dan cuenta del tratamiento de cómo se dio este proceso contractual, diferentes actas que dan cuenta quiénes son los ciudadanos miembros de los comités contractuales; así mismo, éstas resoluciones que han sido adoptadas dentro de este proceso precontractual y contractual e inclusive las decisiones que se habrían ido adoptando, esto tiene que ver con la intervención, según lo acreditado por Fiscalía en estos elementos de convicción con la intervención de diferentes procesados, unos que participarían en el proceso contractual, reuniéndose, participando con voz y voto, adoptando resoluciones; y, otros, elaborando recomendaciones para que se llegue a dar la adjudicación, Fiscalía ha hecho la separación entre unos y otros funcionarios, pero ha destacado que los diferentes funcionarios actúan sabiendo que están violando expresas disposiciones legales, que habría la necesidad de revisar desde el punto de vista técnico y financiero de la adjudicación contractual, es decir, no solamente que se viola disposiciones legales, sino que sabían lo que sucedía y eso Fiscalía, ha dicho que presenta como elementos de convicción a través de las distintas resoluciones, actas, versiones, etc., que se habrían incorporado al expediente de Fiscalía. - Además, ha particularizado respecto a quienes conformaron el equipo de negociación, y de esta forma ha ido individualizando como habría sido la participación de las diferentes personas procesadas, aunque en una parte dijo que muchos de estos elementos de convicción de todo el proceso eran atribuibles a los diferentes procesados. Se debe entender, que el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, establece un deber para todos los funcionarios, pero particulariza a los jueces, de motivar las resoluciones y constituye a su vez un derecho y garantía de los ciudadanos para que conozcan las razones que adopta una resolución que tiene que ser apegada a derecho, no puede ser arbitraria, ni meramente discursiva, sino que implica relevantemente adecuar los hechos de forma pertinente al derecho. De modo tal, que este Juez acata lo dispuesto en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución, en lo que hace relación con las resoluciones de los actos de poder público, en este caso jurisdiccional, haciendo realidad la múltiple y amplia jurisprudencia en materia de derechos humanos, la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en varios casos como "Tristán Donoso Vs. Panamá", por ejemplo, el caso que se ha citado sobre "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador", se dice que la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. Sobre este respecto, tanto la Corte Constitucional del Ecuador como la Corte Nacional de Justicia, han sido muy claros en cuáles son los parámetros y contenidos de una motivación, tomando en cuenta que no se trata de una sentencia, pero si una importante resolución en la medida que nos referimos a derechos. Por lo tanto, con esta consideración respecto de los elementos de convicción que hemos referido, este Juez considera, que en principio se cumple con lo preceptuado en el Art. 534 del COIP numerales 1 y 2, mismos que establecen que para solicitar la prisión preventiva debe acreditar elementos de convicción suficientes sobre la existencia de

un delito de ejercicio público de la acción, como el que nos ocupa se trata de un delito de peculado y elementos de convicción claros y precisos de que al procesado o procesados podrían ser autores o cómplices de la infracción. Debemos estar claros que un proceso penal constituye etapas sucesivas, estás van de menos a más hasta llegar a la sentencia, con la certeza o certidumbre respecto de la existencia del delito. Por ahora, tiene que haber elementos de convicción, todavía no son pruebas, pero sí, elementos importantes para que el pedido de Fiscalía y la resolución del Juez, no raye en arbitrariedad, y este Juez declara que los elementos de convicción que presenta Fiscalía, son suficientes en relación a la existencia de la infracción y la presunta responsabilidad.

Pero esto no es suficiente para dictar una prisión preventiva, tiene que tratarse de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año y que en este caso sobra cualquier comentario adicional. Por último, indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad resultan insuficientes y que se hace necesario la prisión preventiva. A este respecto, vale la pena señalar que de parte de los procesados; Carlos Pareja Yannuzzelli y Jorge Glass Espinel, han manifestado que sería una vulneración, en lo principal al derecho de igualdad, cuando en relación a los otros procesados se solicitan medidas de prohibición de salida del país y presentación periódica, y más no ha solicitado la prisión preventiva; también, que es absurdo dictar una prisión preventiva, cuando con elementos de hecho y derecho, se encuentran los ciudadanos privados de la libertad, no hay riesgo, ni peligro de fuga, bien podría dijo un defensor, cumplir con otras medidas y comparecer a un llamado del Juez. Por lo cual, se considera que sí es necesario dictar la prisión preventiva, ... En relación con los demás procesados, no se opusieron respecto de las medidas cautelares de carácter personal, excepto en algunos casos, ... Por otra parte, respecto de las medidas cautelares de orden real, sobre esto hubo algunas posiciones, de alguna parte no oponerse a estas medidas, y de otra parte oponerse -, por tanto, claro que es necesario y legítimo dictar bajo este concepto las medidas cautelares de orden real, considerando además que **la imputación que hace Fiscalía es un delito de peculado, que en la tesis de Fiscalía, la Procuraduría General del Estado y Contraloría General del Estado, que además realizó el informe referido tantas veces, se llega a determinar un monto importante de perjuicio al Estado y es deber del Juez otorgar la tutela judicial efectiva**, que entre otras cosas muy lejos de pensarse que implica solo el acceso al sistema judicial, implica la posibilidad real de una sentencia firme, ejecutoriada, ejecutada y con reparación integral. **Por último, en cuanto al monto, Fiscalía sostiene que el informe de Contraloría General del Estado, hay un monto** y en un informe pericial existe otro monto, ciertamente, este Juez debe observar que se dijo en esta audiencia que el monto varía más allá, casi al triple, sin embargo, se considera lo siguiente, eso no es prueba, yo no puedo valorar este momento, tal vez cuando llegara a existir un auto de llamamiento a juicio y en algún momento si llegare a haber juzgamiento, sabrán valorar las pruebas, por ahora existen elementos de convicción, mismos que hacen pensar a este juzgador que deben dictarse las medidas que hemos dicho, **hay un elemento de convicción que es un informe de Contraloría General del Estado que determina un monto** y que no es una pericia, sino que constituye un examen y hay una pericia practicada dentro de la indagación previa, pericia que es un elemento de convicción y en términos procesales en un futuro cercano eventual podría ser prueba, Fiscalía, sostiene eso y ha dicho que son 28 millones o más de dólares, de modo tal que lo que hace este Juez es acoger elementos de convicción que existen, porque eso corresponde en derecho, sin perjuicio de que la investigación y la defensa dentro de la investigación pueda arrojar resultados diferentes y que las medidas cautelares personales y reales finalmente pueden ser revisadas dependiendo los elementos de convicción. Con todo lo manifestado, al parecer no se deja de lado ningún aspecto, se cumple con el deber de motivar de manera oral, sin perjuicio de referirnos a los diferentes aspectos relevantes motivo

de la audiencia y **este Juez sobre la base de lo expuesto resuelve lo siguiente; dicto prisión preventiva en contra de los ciudadanos Jorge Glass Espinel y Carlos Pareja Yannuzzelli, dicto la prohibición de salida del país de todos los demás procesados que imputó Fiscalía y que debatieron en esta audiencia** y sin el ánimo de ser repetitivos en este momento no se repetirá los nombres, pero constan expresamente dentro de la audiencia de formulación de cargos y aquí han debatido las medidas cautelares de orden personal y real; dicto la medida de presentación periódica y que sea ésta los días lunes, una vez por semana, entre las 14h00 a 17h00, directamente en el despacho de este Juez, mismo que queda en el edifico de la Corte Nacional de Justicia en el séptimo piso; por tanto, se dispone que por Secretaría, se oficie a los funcionarios y autoridades pertinentes, a fin de hacer realidad estas medidas. Además, **dicto medidas cautelares reales de prohibición de enajenar bienes de los procesados, así como la retención de los bienes y valores de los procesados**, puntualizado que se trata de bienes y valores, aclarando para que no haya confusión alguna respecto de que no recae sobre las remuneraciones, sobre aquello, se oficiará a través de Secretaría a los registros de la propiedad y registros mercantiles, para hacer realidad y concretar esta resolución adoptada sobre las medidas de orden real. Los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución y la ley prevén un derecho, que en forma expresa se encuentra contenido en el Art. 76 numeral 7 literal m) de la Constitución, ciudadanos procesados si ustedes están inconformes con esta resolución, tienen todo el derecho de impugnar la misma de acuerdo a lo que prescribe la ley y las posibilidades procesales a este respecto, sin perjuicio de que ese es un derecho que lo deben conocer, yo lo patentizo a viva voz en esta audiencia, si están inconformes pueden impugnar.

Siendo las dieciocho horas treinta minutos se da por terminada la presente audiencia, en el caso de haberse realizado algún error en la presente acta, se estará a lo que consta en el audio.

[subrayado y negrilla fuera de texto]

- Cabe reparar que con relación a la medida cautelar de prisión preventiva, aquella fue apelada por el encartado GLAS ESPINEL JORGE, cuyo conocimiento se radicó en el Tribunal de Apelación integrado mediante sorteo de fecha 13 de mayo de 2019, por los Jueces Nacionales: Sylvia Sánchez Insuasti (ponente), Daniella Camacho Herold y Miguel Jurado Fabara, quienes en audiencia de fecha 22 de mayo de 2019, negaron tal recurso y confirmaron la medida cautelar, cuya decisión se reduce a escrito en auto de 10 de junio de 2019, las 10h35.

3.4.- Con fecha **31 de mayo del 2019**; la doctora Diana Salazar Méndez, Fiscal General del Estado, solicita: *"(...) Por cuanto de la presente instrucción fiscal han aparecido datos de los que se presume la participación de los ciudadanos JUAN FRANCISCO SILVA VILLAVICENCIO, JORGE HUMBERTO ANDRADE CRUZ, CÉSAR EDMUNDO GUERRA NAVARRETE, GUSTAVO ANDRÉS DONOSO FABARA, SILVANA GISELLE PASTOR TAPIA, en el hecho objeto de la instrucción fiscal, de conformidad con lo que establecen los Arts. 195 de la Constitución de la República y el Art. 593 del Código Integral Penal, solicito se sirva señalar día y hora a efecto de que se celebre la Audiencia de Vinculación con la instrucción fiscal (...)".*

3.5.- Con fecha **10 de junio de 2019,** se evacua audiencia de vincuación, en la cual se dispone -en lo medular-:

> (...) El señor Juez Nacional de Garantías Penales de conformidad con lo dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal, declara instalada la audiencia de vinculación y concede la palabra a la Fiscalía General del Estado, para que exponga sus argumentos.
>
> * Intervención de la Dra. Diana Salazar Méndez, Fiscal General del Estado.- De conformidad a lo que establece el Art. 593 del Código Orgánico Integral Penal y por cuanto dentro de la instrucción fiscal aparecen datos de los que se presume la participación de otras personas a quienes Fiscalía, en su momento solicitó su vinculación a la presente instrucción fiscal, y cuya audiencia se está realizando el día de hoy, dando cumplimiento con lo establecido en el Art. 595 del Código Orgánico Integral Penal, Fiscalía consigna lo siguiente concerniente a la presente vinculación:
>
> 1. La individualización de las personas procesadas, incluyendo sus nombres y apellidos y el domicilio, en caso de conocerlo:

Juan Francisco Silva Villavicencio: ...
Jorge Humberto Andrade Cruz: ....
César Edmundo Guerra Navarrete: …
Gustavo Andrés Donoso Fabara: …
Silvana Giselle Pástor Tapia: ...
2. La relación circunstanciada de los hechos relevantes, así como la infracción o infracciones penales que se le imputen:
Por corresponder a una audiencia de vinculación, los hechos y la relación circunstancial ya fueron establecidos en la audiencia que se llevó acabo el día que se formularon cargos;
La infracción penal que se les imputa, es obviamente el tipo penal por el cual se dio inicio a la instrucción fiscal y que corresponde al delito de peculado contemplado en el Art. 257 inciso primero del Código Penal vigente a la fecha de cometimiento de los hechos; y que fue subsumido en el Art. 278 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal.
3. **Los elementos y resultados de la investigación que sirven como fundamento jurídico para formular cargos**, respecto a los procesados: Juan Francisco Silva Villavicencio y Jorge Humberto Andrade Cruz, tenemos elementos compartidos para los dos:
De fojas 1 a 1556, el **informe con indicios de responsabilidad penal No. DASE-0044- 2017 y anexos**, en donde refiere sus actuaciones como miembros de la Comisión de Calificación y Evaluación del sobre No. 1; …
A fojas 23272, consta la ampliación de la versión rendida por el jefe de equipo de auditoría de la Contraloría General del Estado, Diana Elizabeth Ontaneda Bedoya, …
A fojas 21768, se encuentra la información proporcionada por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, y que refiere que Dygoil sólo se registra como operadora con el contrato suscrito el 30 de abril de 2012; …
A fojas 727, se encuentra el oficio circular 3304-SH-2011 de 30 de septiembre de 2011, el Secretario de Hidrocarburos notificó a los miembros de la Comisión de Calificación y Evaluación del sobre No. 1, entre ellos, Humberto Andrade y Francisco Silva, que habían sido designados como miembros de la Comisión por el Comité de Licitación Hidrocarburífera .
De fojas 12447 a 12457, consta el memorando 001-CCE-2011, de 09 de noviembre de 2011, dirigido al presidente y miembros del Comité de Licitación Hidrocarburífera, con copia al Ministro de Recursos Naturales No Renovables y Secretario de Hidrocarburos, con el informe de calificación y evaluación del sobre No. 1 Décima Ronda Petrolera, de 9 de noviembre de 2011, ...
De fojas 17695 a 17696, consta el acta del Comité de Licitación Hidrocarburífera No. COLH-009-2011 de 21 de noviembre de 2011, a través de la cual, el comité conoce el informe de la Comisión de Evaluación y Calificación del sobre No. 1.
De fojas 755 a 756, consta la resolución del Comité de Licitación Hidrocarburífera COLH- 0023-21-11-2011, del 21 de noviembre de 2011, a través de la cual, el comité de licitación aprobó el informe de la Comisión de Calificación y Evaluación sobre No. 1.
De fojas 23461 a 23464, consta la ampliación de la versión rendida por el Econ. Alfredo Herrera Valencia, …
De fojas 17334 a 17359, reposa el informe pericial realizado por la Licenciada Nubia Almeida Llerena, perito en contabilidad y finanzas, en cuyas conclusiones señala que existe un presunto perjuicio en marcha de US. $28´479.889.00 millones de dólares,...
[sigue detalle de elementos de convicción de forma individual para cada vinculado] (...)
- RESPECTO A MEDIDAS CAUTELARES
A efectos de garantizar la presencia de los procesados a juicio, actuando con apego estricto al principio de objetividad, Fiscalía General del Estado, solicita a su autoridad dicte las medidas cautelares previstas en el Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal numerales 1 y 2, esto es prohibición de salida del país y que los procesados, ahora vinculados, se presenten con la periodicidad que usted disponga, ante la autoridad que designe; ...
* INTERVENCIÓN DEL DOCTOR IVÁN SAQUICELA RODAS, JUEZ NACIONAL DE
GARANTIAS PENALES.- **Se notifica a Juan Francisco Silva Villavicencio, Jorge Humberto Andrade Cruz, César**

Edmundo Guerra Navarrete, Gustavo Andrés Donoso Fabara, Silvana Giselle Pástor Tapia, los ciudadanos que acabo de mencionar por resolución, quedan legamente notificados con el inicio del proceso penal en contra de ellos. - Ahora bien, Fiscalía General del Estado, ha solicitado medidas cautelares de orden personal y real; sobre lo primero, ha dicho que solicita la prohibición de salida del país y la obligación de presentarse periódicamente ante este Juez con la periodicidad que en su calidad de Juez lo considere, de manera que invoca el Art. 522 numerales 1 y 2 del Código Orgánico Integral Penal, advirtiendo que si incumplen ésas medidas, se aplicará lo previsto en la Ley en ese caso, que no es otra cosa, que puede dictarse la medida cautelar de prisión preventiva. En cuanto a las medidas cautelares de orden real, ha solicitado la retención y prohibición de enajenación de bienes hasta el monto del referido de la pericia contable, y ha sido insistente Fiscalía General del Estado, en mencionar cuál es el monto que determina la pericia. ...
[sigue intervención de los sujetos procesales] (...)

RESOLUCIÓN:

De conformidad con la Constitución y la ley, el sistema procesal es oral, particular relevancia tiene el uso de la oralidad en una audiencia, donde es importante que los sujetos procesales puedan escuchar cuales son los argumentos que tiene el juez y son expuestos en la misma audiencia. … Corresponde pronunciarse, sobre las medidas cautelares de orden personal y real que han sido solicitados por Fiscalía General del Estado y se han adherido la Procuraduría General del Estado y Contraloría General del Estado, sobre aquello se debatió y los sujetos procesales en términos concretos, Al respecto, este Juzgador debe resolver de la siguiente manera; respecto de las medidas cautelares de orden personal, Fiscalía ha solicitado la imposición de las medidas previstas en el Art. 522 numerales 1 y 2, esto es, la prohibición de salida del país y la obligación de presentarse periódicamente ante el Juez que conoce el proceso o autoridad o institución que designe; respecto de la prohibición de ausentarse del país, este Juez considera que las medidas cautelares de orden personal tienen que ser necesariamente fundamentadas en la medida que va a constituir una restricción de derechos, desde luego, la prisión preventiva constituye una restricción mayor y una que por lo tanto, en el criterio de los instrumentos internacionales de derechos humanos, haya expuesto normativa y en la nacional también suele considerarse excepcional; sin embargo, la Fiscalía a criterio de este Juez ha solicitado que guardando el principio de proporcionalidad, objetividad e incluso, ha sido reconocido por parte de los procesados, el principio de igualdad entre los sujetos procesales en la medida de tener iguales patrones fácticos. Este juez considera que la prohibición de salida del país resulta absolutamente indispensable,
En relación a la medida de presentación periódica, no existe discusión, por lo tanto, este Juez de conformidad con lo expuesto de forma clara, concreta, comprensible que se hace, resuelve aplicar las medidas previstas en el Art. 522 numeral 1, esto es la prohibición de ausentarse del país, y numeral 2 obligación de presentarse periódicamente ante este Juez, los días lunes desde las 14h00 hasta las 17h00. En cuanto a las medidas cautelares de orden real, sobre esto Fiscalía General del Estado, ha solicitado las medidas de la retención y prohibición de enajenar, los sujetos procesales no han presentado oposición en relación a la prohibición de enajenar; ... Consideramos que con lo que se acaba de exponer, se ha tratado, debatido y resuelto todos los puntos que ameritaban ser objeto de esta audiencia, de modo tal que, cuando faltan 15 minutos para las 16h00, este Juez no tiene nada amas que tratar, en consecuencia, se declara cerrada la audiencia. (...) [subrayado y negrillas fuera de texto]

3.6.- Con fecha **23 de septiembre de 2019,** se evacua la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, en la cual -en lo medular- consta:

(...) 1. CUESTIONES REFERENTES A LA EXISTENCIA DE REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD, CUESTIONES PREJUDICIALES, COMPETENCIA Y CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO QUE PUEDAN AFECTAR LA VALIDEZ DEL PROCESO.

1.1 INTERVENCIÓN DEL ABOGADO JOSÉ MOLINA, EN REPRESENTACIÓN DE SILVANA GISELLE PASTOR TAPIA:

Para tener claro los sujetos procesales, quisiéramos conocer sobre la participación de Contraloría General del Estado, quien está presente en la diligencia por lo siguiente, evidentemente Fiscalía es titular del ejercicio de la acción penal, la Fiscal General está presente, se encuentra Procuraduría General del Estado y que presento acusación particular contra algunos de los procesados en el caso concreto, contra mi defendida no, y en la presente audiencia quisiera saber cuál es la participación de Contraloría, porque al no haber presentado acusación particular no sería parte procesal, entonces debido a eso solicita que se pueda inteligenciar sobre el particular. Esto con el fin, en primer lugar saber cuál es la participación de Contraloría, y en segundo, al no haber participado ni intervenido como acusador particular y no ser Contraloría el titular del ejercicio de la acción penal, la Contraloría no puede intervenir en la audiencia, no obstante es su derecho a estar presente como todo ciudadano, más aun, cuando **el informe de indicios de responsabilidad penal que presentó Contraloría el día de hoy ya no es un requisito de procedibilidad para el ejercicio de acción penal por el delito de peculado** ...

[sigue intervención de CGE] (...)

INTERVENCIÓN POR PARTE DEL DOCTOR GENARO CRUZ ABRIL, EN REPRESENTACIÓN DE ANÍBAL RAMIRO CAZAR AYALA:

Coincide con el abogado José Molina, que **no siendo en esta época el informe de indicios de responsabilidad penal un requisito de procedibilidad**, la Contraloría General del Estado no es sujeto procesal en la presente causa, no debería realizar intervenciones respecto al tema que hoy se va a tratar.

RESOLUCIÓN DEL DOCTOR IVÁN PATRICIO SAQUICELA RODAS RESPECTO DE LA PRESENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO DENTRO DE LA PRESENTE CAUSA.

La Contraloría General del Estado, por una parte ha venido interviniendo, no ha existido ninguna impugnación al respecto durante el proceso, **el hecho del informe de Contraloría General del Estado que hoy se considera que no es necesario, es un requisito de procedibilidad que no quita la posibilidad que se encuentra previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, de que deba intervenir en las causas que tenga interés**. Por lo demás, obviamente en cuanto ya a la acusación particular se encuentra la Procuraduría General del Estado y como ejercicio de la acción penal la Fiscalía General del Estado, pero la propia Corte Nacional de Justicia en diferentes oportunidades se ha pronunciado al respecto en relación a la intervención de Contraloría General del Estado es posible de acuerdo a su ley Orgánica, de modo tal que se deja constancia de este aspecto y se reitera que ha venido interviniendo durante la instrucción fiscal, de tal forma se considera que no puede incidir en ningún aspecto de validez y mucho menos del proceso. (...)

[siguen interevciones de sujetos procesales varios]

(...)1.6 ALEGACIÓN POR PARTE DEL DOCTOR PEDRO ANDRÉS CRESPO CABRERA, EN REPRESENTACIÓN DE MARÍA LORENA ESPINOZA ARIZAGA:

Efectivamente en esta alegación corresponde pronunciarse sobre lo establecido en el Art. 604 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, sobre temas de prejudicialidad, procedibilidad, competencia, vicios de procedimiento, únicamente en esta primera alegación me pronunciaré **sobre la procedibilidad, sobre la extemporaneidad del informe del examen especial DASE-0045-2017**, al respecto, el Art. 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, determina: ... De este artículo, también se trata en la sentencia 5-13-IN/2019 de la Corte Constitucional que me referiré en su debido momento. Cabe destacar, que la orden de trabajo 0077-DASE-2016, en cumplimiento de la cual se realizó el examen especial DASE-0045-2017, que dio origen al IRP DASE0044- 2017, fue emitida el 12 de septiembre del 2016, tal como se señala

en el informe mencionado en el que textualmente se lee, en el examen especial de la Secretaría de Hidrocarburos se realizó en cumplimiento de la orden de trabajo 0077 DASE 2016 de 12 de septiembre del 2016, con cargo al plan operativo de control, mientras que, la aprobación del informe, se produjo el 01 de agosto del 2017; es decir, habiendo trascurrido doscientos veinte y un días desde la emisión de la orden de trabajo. También en este caso, corren los plazos y términos establecidos en la Ley; y, en tal virtud como señalé anteriormente, se determina que **estos informes serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría hasta la aprobación del informe en el término máximo de ciento ochenta días improrrogables, y habiendo trascurrido en este caso doscientos veinte y un días término, entre la orden de trabajo y la aprobación del informe se observa que caducó la facultad del órgano de control para emitir dicho informe. La Corte Nacional de Justicia claramente ha establecido que el Art. 26 de la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado, prevé un plazo fatal que al no ser cumplido por sus servidores, acarrea la caducidad de la facultad de determinar responsabilidades derivadas del informe, el cual se emitió extemporáneamente**. A continuación detallo sentencias que derivan de recursos de casación interpuestos por Contraloría General del Estado, que fueron desechados por la Corte Nacional relativas a la extemporaneidad de estos informes; Resolución 663-2017, de 07 de junio del 2017, dictada por la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia de los Contencioso Administrativo dentro del juicio No. 17811-2016-01237; así también, existe la resolución 903-2017 del 10 de agosto del 2017 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional dentro del juicio No. 17811-2016-01694, y sobre esto resalto una parte de la sentencia, la cual dice: "aún en el caso de que no exista petición de parte", ya que esa institucionalidad jurídica pertenece al orden público en favor del interés colectivo y no puede dejarse ad infinitum, a disposición de los administradores y la propia administración pública, derechos y obligaciones que pueden afectar este interés social, pues eso constituiría una violación al principio de seguridad jurídica consagrado en el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador. Así también cita, la Resolución No. 904- 2017, de 10 de agosto del 2017 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo dentro del juicio No. 17811-2016-01414. Como se observa, **tanto los jueces del Tribunal Contencioso Administrativo, como los de la Sala correspondiente de la Corte Nacional, coinciden en que los términos previstos en el Art. 26 de la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado, no son de cumplimiento facultativo, son de obligatorio cumplimiento; es decir, en el presente caso caducaron las facultades del orden de control para pretender imponer responsabilidades.** El Art. 604 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, establece que en esta audiencia se podrán resolver temas o vicios de procedimiento; sin embargo, mi alegación no se enfoca en vicios de procedimiento, sino procedibilidad; sin embargo y siendo puntual en mi intervención, **solicito se declare la nulidad en el presente caso porque Fiscalía no contaba en su debido momento con el IRP como debía haberse llevado a cabo dentro de los términos preestablecidos dentro de la Ley**, se debe recordar que dentro del Código Orgánico Integral Penal existe un principio de legalidad y como bien usted lo ha dicho en la audiencia se necesitaba y era un requisito de procedibilidad el IRP, por lo que discrepan con el criterio del abogado Molina, y sí es necesario contar con los indicios de responsabilidad penal previa porque en ese momento estaba vigente.

INTERVENCIÓN POR PARTE EL ABOGADO PABLO ENCALADA HIDALGO, EN REPRESENTACIÓN DE JULIO CESAR CÁRDENAS HERRERA, MILTON JIMÉNEZ, ALFREDO HERRERA Y RENÉ DE MORA:

En esta primera parte, como todos en la Sala conocen se debe hacer un control de legalidad de la acusación, por estrategia procesal quisiera pasar a la siguiente etapa y se dicte el sobreseimiento como corresponde. Sin embargo, habiendo tantas afectaciones y

dos particularmente graves al desarrollo del debido proceso, tengo que hacer referencia a ellas fundamentadamente para al final solicitar se declare la nulidad, son dos las pretensiones que plantearé. La primera de ellas, es que efectivamente como dijo el colega que antecedió la palabra, **Contraloría perdió a la competencia para determinar los indicios de responsabilidad, siendo esa mi primera pretensión de nulidad**; y, la segunda la indefensión en el trámite de este proceso penal. Entonces, efectivamente **la orden de trabajo con la cual inicio este proceso penal es el oficio No. 007DASE2016 de fecha 12 de septiembre del 2016, dirigido a la jefa de equipo Diana Ontaneda, eso consta de fs. 64 y 65 del expediente con esto empieza el informe de auditoría, y luego la remisión, aprobación y remisión del IRP a la Fiscalía General del Estado se lo hace mediante informe No. DASE442017, de 01 de agosto del 2017. Es solo un tema aritmético, objetivo donde no cabe subjetividades y donde se puede advertir que si el inicio de la auditoria empezó el 12 de septiembre, el término que dice la ley de Contraloría General del Estado expiraba el 11 de marzo del 2017, cuando se cumplían los 180 días término, tal como lo dice el Art. 26 de la ley de Contraloría General del Estado** que no hace falta repetirlo porque ya se lo conoce. Sobre aquello, también se ha referido de manera clara a varias sentencias, tengo 8 sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo, leeré solamente una en la parte pertinente, por ejemplo en el juicio No. 17811-2017-00438, de 06 de julio del 2018, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo dice en la parte pertinente: "la falta de pronunciamiento oportuno por parte del equipo auditor, así como la no aprobación oportuna del informe por parte del Contralor General del Estado invalida todo el resto de actos emitidos en función del referido informe viciado de incompetencia, ya que la caducidad de la referida facultad de control produce un vicio de nulidad de pleno derecho". No solo eso, sino **todos quienes fueron los auditados con el IRP, también fueron determinados glosas en su contra por el informe general que estableció responsabilidades administrativas, mis cuatro patrocinados, sino que interviene por Julio Cárdenas, Fabián Herrera, Alfonso Jiménez y Rene de Mora, ellos presentaron la correspondiente acción ante el Tribunal Contencioso Administrativo y como evidencia de ello, presenta las aceptaciones de las demandas y avoco conocimiento de los jueces**, en el caso de Fabián Herrera el juicio No. 17811-2018-01185 del Tribunal de los Contencioso Administrativo de Pichincha, acciones que todavía no han sido resueltas, sin embargo, en aquella determinación de responsabilidades administrativas también fue sancionado administrativamente Carlos Alvear Guzmán y él es uno más de todos aquellos que constan en esta resolución de Contraloría General del Estado entre ellos sus defendidos, lo destacable de aquello es que si bien **Carlos Alfredo Alvear también presentó una acción ante el Tribunal, se resolvió ya en primera instancia, y la sentencia del Tribunal que todavía está pendiente del recurso de casación en esta Corte Nacional dice en la parte pertinente; de lo verificado el Tribunal señala que 'a fs. 38 del expediente administrativo consta la orden de trabajo 077 DASE2016, de 12 de septiembre del 2016, como se había dicho, y a fs. 4 de dicho expediente consta la aprobación del informe con fecha 01 de agosto del 2017, mismas fechas que se habían manifestado. Evidenciando que desde la emisión de la orden de trabajo hasta la aprobación del informe transcurrieron en exceso de 180 días que fijaba el Art. 26 de la Ley de Contraloría General del Estado, lo que determina que la facultad de control feneció por falta de un oportuno pronunciamiento del equipo auditor y de la autoridad competente para aprobar el informe, el efecto de tal hecho produce que ninguna de la actuaciones posteriores puedan tener validez, ya que para ello no debía caducar la facultad de control de Contraloría General del Estado y por lo tanto resuelve aceptar la demanda planteada por Carlos Alfredo Alvear y declarar la nulidad que contiene la responsabilidad administrativa culposa'**. Finalmente, es importante mencionar lo

que dijo Contraloría General del Estado, meses atrás, se llevó a cabo la resolución de la demanda de inconstitucionalidad del requisito de la procedibilidad que significaba el informe de contraloría para el ejercicio de la acción penal, este fue el juicio No. 513 y acumulados en la Corte Constitucional, donde compareció en calidad de representante de Contraloría General del Estado el Dr. Wilson Vallejo Basante, el día 03 de abril del 2019, y él dijo para sostener que se debía declarar la inconstitucionalidad; si pasaron 180 días desde la emisión de una orden de trabajo, la contraloría ya no puede emitir su pronunciamiento, lo reconoce la Contraloría porque es obvio no puede estar en contra de lo que dice la ley. Entonces, insisto que el tiempo trascurrido es incontrovertible, porque solo se debe revisar el tiempo entre la orden de trabajo y la aprobación, por qué nuestros patrocinados y todos los que están en la Sala no han interpuesto una acción ante el Tribunal Contencioso Administrativo del IRP? porque el Art. 69 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no lo permite, que en su parte pertinente dice: decisión susceptibles y no susceptibles de impugnación, en la parte pertinente 'no podrán en consecuencia impugnarse los informes de auditoría de exámenes especiales, los que existan en dictámenes o informes que les corresponde emitir de acuerdo con la ley ni las actuaciones que declaren indicios de responsabilidad penal'. Es decir, no se podía acudir al Tribunal Contencioso Administrativo por mandato legal que prohíbe, por eso acudieron sobre la determinación de la glosa administrativa, entonces eso planteo la pregunta: cuál es el juez competente para hacer un control de legalidad de esta actuación abiertamente contraria que establece la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado? Además, si está vetado el Tribunal Contencioso Administrativo de hacer un control de legalidad de esa actuación, al que **le corresponde es a usted como juez de garantías penales, porque esa disposición del Art. 26 que establece el plazo para la realización de los informes de auditoría** incluso fue tratado en las reformas al Código Orgánico Integral Penal, este es un tema que trasciende hacia el sistema penal, en las reformas publicadas el 10 de agosto del 2014, en la disposición reformatoria decimosegunda, el legislador considero que los 180 días plazo no eran suficiente para que Contraloría realice su auditoria, entonces amplio la posibilidad y lo subieron a término, para que Contraloría cuente con más tiempo. Entonces consideran que al verse imposibilitado hacer una demanda por vía administrativa, **no existe otra autoridad que usted, para hacer el control de legalidad de la acusación conforme corresponde con el Art. 604 del Código Orgánico Integral Penal, pidiendo que declare la nulidad** y aquí se plantean ante otras dos posibilidades que seguramente puede decir Fiscalía y Contraloría, la primera es que si usted es el que tiene que resolver, porque **probablemente digan que los actos administrativos se presumen y al no haber sido declarado nulo, este informe de Contraloría sigue siendo un documento válido, por contrapartida decimos que si nadie puede declarar la invalidez porque este informe es inobjetable por vía administrativa por mandato del Art . 69 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, hay que hacer una interpretación porque la ley expresamente no dice que usted es el juez competente, pero si usted es el competente para realizar un control de legalidad de la acusación, como es esta primera parte de la audiencia preparatoria de juicio, entonces no es nadie más que usted quien tenga que responder aquello.** Y lo segundo que podría decir Fiscalía General del Estado o Contraloría General del Estado, y que lamentablemente discrepo con el colega que le antecede, **que el informe de Contraloría ya no es un requisito, si lo es, porque este proceso penal inicio cuando ese requisito era todavía un requisito, si usted declarara la nulidad a partir del inicio del proceso penal, entendemos que ya no sería un requisito de procedibilidad porque no se habría ejercido la acción penal, pero para este proceso penal que inicio con la reglas vigentes al tiempo de formulación de cargos y conforme al Art. 581 ultimo inciso, el IRP era un requisito de procedibilidad, entonces a este**

momento ese requisito al no cumplirse por falta de incompetencia, el proceso penal es nulo por falta del informe de Contraloría, por lo cual solicito declare la nulidad de este proceso penal desde el inicio del mismo por falta del informe de Contraloría, por haber perdido la competencia por el exceso del plazo previsto en la ley. Sobre este punto una disgresión, y es que sobre la falta del informe que ha hecho referencia, es importante que se considere lo siguiente, en el IRP remitido a Fiscalía no hay claridad respecto de que se trate de un informe con indicios de responsabilidad penal por delito de peculado, no lo es, en la parte de las conclusiones del informe este dice: 'en virtud de los hechos y documentos analizados se desprenden indicios de responsabilidad penal al haberse favorecido por parte de los funcionarios públicos con ocasión del ejercicio de sus cargos a la contratista permitiéndole en contra de expresas disposiciones legales la explotación del campo Singue y la obtención de beneficios económicos'. Es decir, si se lee como esta descrita la determinación de responsabilidades, es claramente una determinación de tráfico de influencias, antes peculado menor, y no por peculado, eso lo dice la redacción del propio informe de Contraloría, en esas circunstancias, si estamos frente a una determinación por tráfico de influencias, tampoco existe el IRP por peculado y por lo tanto no se cumple con el requisito de procedibilidad. **La segunda pretensión, sobre respecto de lo que podría causar la nulidad, es por vicios de procedimiento en el proceso penal que ha provocado la indefensión de mis patrocinados**, ...

INTERVENCIÓN POR PARTE DEL DOCTOR PAUL OCAÑA MERINO, EN REPRESENTACIÓN DE JOSÉ DAVID CRUZ ZAMBRANO:

En esta primera fase debo referirmea los vicios que constan el proceso, establecidos en el Art. 601 en concordancia con el Art. 604 numeral 1, donde habla de prejudicialidad, competencia, procedimiento y procedibilidad. **Esta defensa considera, que existe un vicio de procedibilidad** al cual voy hacer referencia. La resolución 513-IN de la Corte Nacional de fecha 24 de febrero del 2010, publicado en el R.O 154, del 19 de marzo del 2010. Segundo, el Art. 581.3 que fue publicado en el Código Orgánico Integral Penal, el 10 de agosto de 2014, donde hace referencia al requisito de procedibilidad el IRP, realizado por Contraloría. Tercero, (el 02 de julio del 2019) la sentencia de Corte Constitucional del caso 513-In que habla sobre la constitucionalidad del IRP. Cuarto, el Art. 7 del Código Civil que indica: "la ley no dispone sino para lo venidero, no tiene efecto retroactivo y en conflicto de una ley posterior con otra anterior se observaran las reglas siguientes". Quinto, el principio de temporalidad establecido en el Art. 16.1 del Código Orgánico Integral Penal, el cual indica que toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión. Sexto, el principio de favorabilidad establecido en el Art. 52 del Código Orgánico Integral Penal en concordancia con el Art. 76.5 de la Constitución, que nos indica 'en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción'. Séptimo, principio de seguridad jurídica, establecido en el Art. 82 de la Constitución y en el Art. 25 del Código Orgánico de la Función Judicial que indica el derecho a la seguridad jurídica se funda en el respeto a la Constitución y la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades correspondiente'. Octavo, tutela judicial efectiva, en el Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial hace relación al mismo sobre la tutela judicial que debe operar en los procesos y dice; 'la función judicial por intermedio las juezas y jueces tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución'. El inicio de la investigación es el 02 de agosto del 2017, la formulación de cargos es el 13 de marzo del 2019, la vinculación fue el 10 de junio del 2019 y el fin de la instrucción fiscal fue el 11 de julio del 2019, si bien es cierto existe la sentencia de 02 de julio del 2019 donde declara la inconstitucionalidad referente al caso 513-IN de la Corte Constitucional, pero hay que

caer en cuenta que este proceso penal que inicia con formulación de cargos e instrucción fiscal fue el 13 de marzo del 2019, es decir que se necesitaba el IRP establecido en el Art. 581.3 del Código Orgánico Integral Penal, no porque exista una sentencia posterior quiere decir que vamos a devolver y ahora ya no vamos a exigir este requisito de procedibilidad. Superada la primera etapa sobre la obligación del IRP, hago relación a la segunda que habla sobre la caducidad del examen especial, esto porque la Contraloría incumplió los términos establecidos en el Art. 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Contraloría debía realizar su informe dentro o hasta los 180 días término y presentar la aprobación de dicho informe, en el caso específico la orden de trabajo No. 0077-DASE-2016 dio inicio al examen especial el 12 de septiembre del 2016, y el informe fue aprobado el 01 de agosto del 2017, esto quiere decir que 221 días que duro esto, en otras palabras, mucho más allá de los 180 días termino que determina la norma a la que se hace referencia. Respaldando lo que indico, existe la sentencia de Tribunal Contencioso Administrativo que ahora está en casación del juicio 17811-2017-01304, de fecha 19 de junio del 2018, que consta como actor Carlos Alvear Guzmán, parte del equipo y como demandado Contraloría General del Estado y Procuraduría General del Estado, en el cual y su parte pertinente: la orden de trabajo No. 0077-DASE-2016 de 12 de septiembre del 2016 y a fs. 4 de dicho expediente, consta la aprobación de dicho del informe el 01 de agosto del 2017, evidenciándose que desde la emisión de la orden de trabajo hasta la aprobación del informe trascurrieron en exceso el plazo de 180 días que fijaba el referido Art. 26 de la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado. Entonces porque unos si es aceptado y esta con sentencia y porque nosotros en este proceso penal que se exige el IRP, no puede ser aceptado la caducidad, si seguimos en este proceso y ese es criterio del juez, obviamente se pasara a la audiencia de juzgamiento, donde se determinara que este IRP al que se hace referencia tiene caducidad y al existir caducidad ya no puede seguir adelante y no se puede establecer una sentencia que vaya atado a los principios jurídicos que determina nuestra norma. Si es que usted atiende mi solicitud que ya ha sido pedido por otros colegas, debería declararse la nulidad y retroceder el proceso hasta antes de la formulación de cargos, donde ahí si ya no se necesita el IRP como requisito de procedibilidad, por ello solicito que se declare la nulidad del mismo.

1.9 INTERVENCIÓN POR PARTE DEL ABOGADO ESTEBAN ALEJANDRO BALLESTEROS HURTADO, EN REPRESENTACIÓN DE WILSON MARCELO PASTOR MORRIS:

Los abogados que me han antecedido en la palabra, han hecho alusión a elementos de los cuales se nutre esta defensa, y son elementos que son presentados ante su autoridad y a los cuales me sumo, pero siendo un poco más explícito, puntualiza algunos de los elementos presentados por parte de los abogados de la defensa que me han antecedido en la palabra. En primer lugar, **se hizo alusión a la resolución de la Corte Nacional en la Sala Contencioso Administrativo en el juicio 17811-2016-01237, proceso que no le será ajeno de la revisión del sistema SATJE se puede verificar que usted fue conjuez dentro de esa sala y conocimiento de esa causa**, en este proceso se trató lo mencionado por el Dr. Pedro Crespo, esto es la caducidad de la facultad de Contraloría General del Estado de pronunciarse en atención a los plazos determinados por la ley y uno de los elementos fundamentales dentro de esta sentencia, es que lo que había argumentado Contraloría General del Estado, es que ese plazo que se había extendido en demasía para su análisis, era debido a que se tenía que considerar la complejidad y la serie de documentos que tenían que ser analizados por parte del centro de control para emitir ese pronunciamiento, la Corte Nacional en esa sentencia hace alusión a que independiente de la complejidad de la cantidad de documentación que se tenga que analizar no se puede extender ad infinitum esta potestad de emitir un pronunciamiento, sino que tiene que ceñirse a los plazos y tiempos establecidos en la normativa ecuatoriana brindándonos seguridad jurídica

que es lo que la Corte manifiesta y expresa en todos y cada uno de esos pronunciamientos a los cuales se refirieron las defensas anteriores. En el desarrollo de la instrucción fiscal, se solicitó a la Contraloría General del Estado que informe si cumplió o no con el plazo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, esto es los 180 días para emitir este pronunciamiento, y se lo puede verificar a fs. 11441 del expediente de investigación, el oficio No. 08218DNP de la Dirección Nacional de Patrocinio en el cual pone en conocimiento de Fiscalía General del Estado, que había una extensa cantidad de documentación que tenía que ser revisada por parte de Contraloría General del Estado y con conocimiento de que se habían extendido en el plazo, pues se encontraba realizándose las distintas solicitudes de nulidad del pronunciamiento de Contraloría General del Estado, no se refiere precisamente a ese hecho fundamental de que habían caído en la caducidad del tiempo porque tenían pleno conocimiento de eso, lo único que le dice Fiscalía General del Estado al pedido de la defensa, es que existía demasiada documentación, manteniendo esos argumentos que la Corte ha establecido que no son válidos para que se pueda extender ese tiempo por parte del ente de control, con esto **me sumo a los pedidos realizados de declarar la nulidad en atención a la caducidad del tiempo de Contraloría General del Estado en pronunciarse y emitir ese informe de indicios de responsabilidad penal independientemente de lo que correspondían a las glosas civiles, responsabilidades administrativas, al pronunciamiento de la Contraloría General del Estado que debía darse dentro de los 180 días termino señalados por la ley de la institución y que no fueron cumplidos por parte de ellos**. ... Otra de las pretensiones que mantiene esta defensa, tiene que ver con las distintas violaciones al procedimiento, principalmente al derecho a la defensa que se mantuvieron en el desarrollo de la instrucción fiscal, ...

INTERVENCIÓN POR PARTE DEL DOCTOR GENARO CRUZ ABRIL, EN REPRESENTACIÓN DE ANÍBAL RAMIRO CAZAR AYALA:

El sistema acusatorio adoptado para el desarrollo del proceso penal, separa la función de investigación en la persona del Fiscal y la función de juzgamiento en la persona del juez. La función de investigación, obliga a que el representante del Ministerio Publico se sujete a las reglas del debido proceso que se encuentran consagradas en la Constitución de la Republica, Convenios Internacionales y la ley de la materia, principalmente lo que respecta a principios y garantías; y particularmente en el presente caso en el Art. 76.3 de la Constitución de la Republica que se refiere a lo siguiente en la parte final; solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Principio de legalidad que en el presente caso se ha inobservado, en virtud de que **se ha tomado como premisa para el inicio de la investigación penal, un informe de responsabilidad penal caducado, pues se inició la investigación penal el 02 de agosto del 2017 a las 13h00, estando vigente como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción pública en los casos de peculado según el Art. 581 del Código Orgánico Integral Penal**. En virtud de lo cual, se establecía que el informe de Contraloría tenía un plazo de 180 días para su aprobación, eximiéndose de dar lectura al Art. 26 de la Ley de Contraloría General del Estado, ... En el caso que ocupa, **la orden de trabajo 077-DASE-2016, que genero el informe de responsabilidad penal DASE-044-2017, es de 12 de septiembre del 2016 y la aprobación del informe es de 01 de agosto de 2017, el tiempo trascurrido entre uno y otro acto es de 221 días, consecuentemente se superaron los 180 días en un numero de 41 días de exceso. Consecuentemente, se lo emitió cuando ya había caducado la facultad de Contraloría General del Estado para emitir dicho informe por lo que este informe de responsabilidad penal que sirvió de punto de partida conforme lo establecía el Art. 581 del Código Orgánico Integral Penal, carece de validez y no surte efectos jurídicos, por tanto no se cumplió con el requisito de procedibilidad**, mismo que se encuentran evaluando en esta diligencia de conformidad con el Art. 601 del

Código Orgánico Integral Penal en concordancia con el Art. 604, **al haber caducado esta facultad, la Corte Nacional de Justicia en sentencias de casación ha declarado reiteradamente que el Art. 26 de la norma antes invocada, establece un plazo fatal condicional, que determina la facultad de control de la Contraloría General del Estado a los examinados, a lo cual señala lo siguiente; pues las actuaciones que se realicen fuera del tiempo legalmente concedido no serán válidas y se convierten en atentatorias a los derechos de los examinados**. Como referencia han sido citados varias resoluciones dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, por lo que se exime de mencionarlas por cuanto ya se encuentran descritas; sin embargo, reitera que este requisito de procedibilidad que es una exigencia legal sin la cual los actos se vuelven jurídicamente inválidos, también afecta además del principio de legalidad, al principio de seguridad jurídica, en virtud de que ya existen varios fallos de la Corte Nacional de Justicia que señalan que el documento carece de validez y no surte efectos jurídicos. Por lo expuesto, siendo como juez de garantías el llamado a realizar el control de legalidad y al respeto de principios de legalidad y seguridad jurídica, solicito que **al no haberse observado el requisito de procedibilidad que obliga a que el informe de responsabilidad penal sea emitido dentro de los 180 días sin justificación alguna, se sirva declarar la nulidad de todo lo actuado...**

[sigue intervención de Juan Silva Villavicencio y Jorge Andrade Cruz en cuanto que a no se tiene alegaciones en esta primera fase], ...INTERVENCIÓN POR PARTE DEL ABOGADO DIEGO FRANCISCO YÉPEZ GARCÉS, EN REPRESENTACIÓN DE GUSTAVO DONOSO FABARA:

He escuchado atentamente las alegaciones que tienen que ver con el elemento de procedibilidad, de caducidad, las cuales las acojo como parte de nuestra defensa, ...

1.15 INTERVENCIÓN POR PARTE DEL ABOGADO JOSÉ MOLINA, EN REPRESENTACIÓN DE SILVANA PASTOR TAPIA:

Corresponde la alegación y análisis sobre vicios, cuestiones de procedimiento, prejudicialidad, competencia que puedan afectar a la validez del proceso. En primer lugar, ejerciendo la defensa técnica de la Ing. Silvana Pastor Tapia, mencionar lo siguiente; no existe ningún tipo de situación en cuanto a la competencia, usted es el competente en razón de las personas y la materia, de igual manera, el asunto que es sujeto a este análisis no es prejudicial, sin embargo, en cuanto a la procedibilidad y asuntos relativos a la marcha del proceso, tengo que indicar lo siguiente; Contraloría General del Estado, en mi alegación al inicio de la audiencia fue en cuanto a su presencia como sujeto procesal, a fin de cuenta que el Art. 604 numeral 1 menciona que su autoridad en calidad de juez de Garantías Penales concederá a los sujetos procesales, y al referirse quien es sujeto procesal, obviamente se tiene que determinar quién puede ser víctima y el Art. 11 del Código Orgánico Integral Penal, claramente dice y refiere a la persona que ha sufrido un daño a un bien jurídico protegido, para ello la Fiscalía General del Estado como titular del ejercicio de la acción penal publica está aquí, y los señores de Procuraduría también están presentes, lo que mencioné es que el sujeto procesal evidentemente no cumple la calidad como tal, independientemente de lo que alegado. **Pero el requisito de procedibilidad del informe de indicios de responsabilidad penal, es un requisito que ha estado presente y estuvo presente al momento del inicio de este proceso, caso contrario la Dra. Ruth Palacios no pudo haber dado inicio a esta instrucción fiscal y la Dra. Diana Salazar tampoco habría podido vincular como en ejercicio de su competencia y facultades lo hizo**. Es así, que en el Art. 31 numeral 13 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado claramente establece que es función decidir la intervención, pero no le da la calidad de sujeto procesal, para eso hay Procuraduría General del Estado que defiende a la víctima, Estado, Fiscalía General del Estado titular del ejercicio de la acción penal; entonces **para la fecha en el cual se inicia esta instrucción fiscal se encontraba vigente el requisito de procedibilidad**

establecido en el Art. 581 ultimo inciso del Código Orgánico Integral Penal y adicionalmente que en el Art. 16 del Código Orgánico Integral Penal indica que la aplicación de la ley tiene que ser al tiempo del cometimiento de la supuesta infracción y siempre aplicando la ley más benigna determinado en el numeral 1 y 2. Así también, en el Art. 13 numeral del Código Orgánico Integral Penal se indica que no hay interpretación extensiva, hay interpretación restrictiva, en tal virtud para esa fecha se tiene que observar que el informe DASE044-2017, determina que el informe de indicios de responsabilidad penal se lo emitió cuando existían requisito de procedibilidad y la orden de trabajo 077DASE data del 12 de septiembre del 2016, y la aprobación el 01 de agosto del 2017, 221 días. Para esto, solicita a fs. 24158 del expediente consta la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la cual se conoce una situación de este mismo caso, en que el señor Carlos Alvear quien hizo el análisis respecto de la capacidad financiera, se ha determinado en aplicación a la ley, porque aquí no hay como interpretar extensivamente, que el plazo administrativo caduco y en tal virtud ese informe cuando fue presentado al entonces Fiscalía General del Estado, Carlos Baca Mancheno, porque **este proceso ha pasado por 4 Fiscales Generales, ya se encontraba con esta potestad caducada y no se puede convalidar un hecho que nació muerto, caducado administrativamente conforme acabo de mencionar**. El Art. 82 de la Constitución reza claramente el principio de la seguridad jurídica y precisamente es tener normas claras, previas en las cuales se puedan circunscribir el análisis que le corresponde como juez de garantías penales, en tal virtud en este primer aspecto el proceso es nulo desde el momento que en el 01 de agosto del 2017 se presentó a la Fiscalía General del Estado un informe que tiene a parte de esta caducidad un sinnúmero de deficiencias que lo nulita, ...

INTERVENCIÓN POR PARTE DE LA DRA. DIANA SALAZAR FISCAL GENERAL DEL ESTADO:

Efectivamente nos encontramos en el momento procesal oportuno establecido en el Art. 601 del Código Orgánico Integral Penal y que básicamente corresponde a conocer y resolver sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento, nada se ha alegado al respecto de cuestiones de prejudicialidad y competencia, por lo cual se da por descartado y desde ya se solicita se declare la validez de todo lo actuado hasta este momento procesal. Ahora bien, **todas las intervenciones se han basado en cuestiones de procedibilidad y de procedimiento, se ha dicho y se hace referencia a que el informe de indicios de responsabilidad penal remitido por Contraloría General del Estado es nulo, está caducado, se practicó de manera extemporánea y se ha referido que es inconstitucional. Además, se ha hecho referencia a varias resoluciones de la Corte Nacional de Justicia, pero son resoluciones que tiene que ver en el ámbito de lo contencioso administrativo y se quiere llevar a la confusión, de que se tome una decisión de manera errada olvidándose que únicamente estos informes pueden ser impugnados de manera administrativa y cuando corresponde a responsabilidades administrativas y civiles, no penales**. También, se ha hecho referencia a la interpretación restrictiva y se está pretendiendo de que usted haga una interpretación al contrario de lo que establece la norma, se ha requiere que se interprete extensivamente la ley y dicte la nulidad, caducidad o inconstitucionalidad de un acto administrativo cuya competencia no le corresponde a usted. **Exclusivamente, lo que establecía el Código Orgánico Integral Penal como requisito de procedibilidad para iniciar una acción penal por peculado, era la presencia de un informe con indicios de responsabilidad penal, y es lo que tiene la Fiscalía General del Estado para superar esta etapa, con fecha 01 de agosto del 2017, se remite este informe DASE 0044-2017, donde se llega a establecer varios indicios de responsabilidad penal,** y es que a las autoridades **en materia penal no nos corresponde hacer interpretaciones ni análisis que tengan que ver sobre la validez o no del informe, porque**

eso como ya se lo dijo, tiene que ser en materia contencioso administrativo, tanto es así, que este informe tiene que ver con lo que establece el Art. 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, adema esta acción de control se inició 3 años antes de que pueda operar la caducidad, por tanto es perfectamente vigente. Así mismo, cabe recordar y como se ha hecho alusión a varias resoluciones de sede administrativa, hace alusión al junio 2017-0139, en el caso denominado como caminito, se está llevando a efecto una audiencia preparatoria de juicio y en la primera parte de esta audiencia de caminito, de análisis sobre la caducidad o extemporaneidad de este informe con indicios de responsabilidad penal y el pronunciamiento del juez Richard Villagómez, igualmente en un delito de peculado, indica que **la instancia penal no es la apropiada para controvertir la legitimidad administrativa del IRP**, lo que establece el Art. 130 numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que se debe propender a la unificación del criterio judicial sobre un mismo punto del derecho y eso es lo que corresponde ahora, que los jueces de la Corte Nacional de Justicia vayan unificado sus criterios porque así corresponde según la Constitución y la ley. Por tanto y para no ahondar más, porque han sido reiterativas, pero se ha hablado incluso de premisas, de inconstitucionalidades, pero no hay mucho que ahondar en este tema, **Fiscalía tiene un IRP cuya nulidad, caducidad o inconstitucionalidad no ha sido presentada y por tanto se tiene que superar porque ese requisito tiene que ser subsanado, tanto porque ya no sería incluso un requisito para continuar con el procedimiento** y que en eso si el abogado Molina ha caído en contradicción, porque en la primera fase para solicitar que Contraloría no participe ha indicado que no se necesitaría la presentación de este informe, pero ahora para la defensa de los intereses de su defendida dice que si es necesario, hay que ser lógicos y coherentes con nuestras decisiones. Por lo tanto, **Fiscalía, al tener el requisito de procedibilidad para continuar con la prosecución de la causa, solicita se deseche esta pretensión**. Con relación a vicios de procedimiento que se han plantado por parte de las defensas y donde se pretende además inobservar lo que establece el Art. 82 de la Constitución y que no es otra cosa que el principio de seguridad jurídica, que establece que es por todos conocidos que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas, previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

INTERVENCIÓN POR PARTE DE LA ABOGADA NATHALY ZULEMA CEVALLOS, EN REPRESENTACIÓN DE PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO:

Se ha dejado claro tres puntos, pero la defensa de Procuraduría se va a establecer en lo siguiente, la aprobación del informe fuera de un término de una posible caducidad, supuesta falta de conocimiento de los auditores de la Contraloría General del Estado, y el pronunciamiento emitido por la Procuraduría General del Estado. **Con relación a la supuesta aprobación del informe de Contraloría General del Estado fuera de un término o posible caducidad, si necesita informar que existen dos diferenciaciones, el Art. 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece que la Contraloría General del Estado tiene siete años de facultades para realizar examen especiales o de auditoria, está dentro dl caso y cumple el periodo, ya que va desde el año 2012, es decir que todavía está dentro de sus facultades el examen especial realizado por Contraloría General del Estado**, eso en el primer punto, no es el tema que los abogados han tratado de confundir a su autoridad al establecer que existe caducidad de estas facultades. Por otro lado, el Art. 26 de la misma ley, establece; los informes serán tramitados desde la emisión del orden y trabajo de la auditoría hasta la aprobación del informe en el término máximo de 180 días improrrogables, los informes luego de suscritos por el director de la unidad administrativa pertinente, serán aprobados por el Contralor o su delegado en el término máximo de 30 días. **La misma norma establece que estos términos, son, el uno de 180 días**

para la firma del director de auditoria y otros 30 días para la aprobación del señor Contralor, tal es así que incluso existen un pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, que con oficio 00827 del 15 de abril del 2015 a una consulta realizada por el Contralor General del Estado a la época hizo que nos pronunciemos con relación a este tema, y en la parte pertinente señala; la reforma introducida por el Código Orgánico Integral Penal establece dos fases en el procedimiento de auditoria gubernamental, cada uno con el respectivo periodo de tiempo que se debe desarrollar, la primera de 180 días para la sustentación del proceso de auditoría contando desde la emisión de la orden de trabajo hasta la suscripción del informe, y la segunda de 30 días para la aprobación del informe por el Contralor General del Estado, es decir que se trata de un procedimiento que al reforma introducida por el Código Orgánico Integral Penal ha dividido en dos fases claramente diferenciadas. Con estas dos partes, quiere que quede claro que hablan de dos fases y que la suma de estos 180 días y los 30 días da un total de 210 días término, eso es lo primero que debe quedar claro. Además, aquí se ha hablado por parte de los abogados de la defensa, de la orden de trabajo de fs. 64 que es la No. 0077DASE-2016 de 12 de septiembre del mismo año. Sin embargo, a usted no han informado que existe una modificación a esta orden de trabajo, que consta a fs. 65 Del expediente fiscal y que es la 29862-DASE del 14 de octubre del 2016, es decir que el tiempo que están estableciendo los mismos abogados de los procesados debe ser contado desde esta fecha, en realidad desde el 17, porque el 14 de octubre de ese año era viernes, y si ese notifica el siguiente es hábil, es decir el día lunes, pero eso los abogados no han informado me imagino que es parte de su estrategia. Además, en efecto también comparto con la Fiscal que esto es una materia penal y se debe discutir y poner a su conocimiento sentencias de la misma, pero los abogados de la defensa han mencionado algunas, es así que el proceso judicial No. 17811-2018-01154 del 02 de julio del 2019 demanda que fue presentada por una de las procesados en este mismo tema pero con relación al informe general y la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo en su numeral 7 estableció; hay que destacar necesariamente que la modificación de la orden de trabajo incluye un análisis de contrato modificatorio No.1 y aclaratoria al contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el bloque Singue, suscrito entre el Estado Ecuatoriano a través de la Secretaría de Hidrocarburos y la compañía Gente Oil Ltd., es decir un volumen más grande de documentos. Pero la parte importante es, que en su numeral decimo dice; por lo expuesto, es evidente que el termino establecido en el Art. 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado para la aprobación de informe del examen especial no ha sido rebasado por el órgano de control, ya que la modificatoria del 14 de octubre del 2016 fue debidamente autorizada con una carga adicional de actividades y un período mayor de examen que debía realizar el equipo auditor, por lo tanto desde el 14 de octubre del 2016 hasta el 01 de agosto del 2017, fecha de aprobación, no ha superado los 210 días termino previsto en la referida norma, por lo tanto corresponde al Tribunal continuar con el análisis del proceso. Es decir que respecto a los vicios alegados por las defensas, solicito que lo que se acaba de analizar sea considerado por usted. ...

[sigue intervención de CGE y ejercicio de contradición de los sujetos procesales]

RESOLUCIÓN DEL JUEZ NACIONAL DE GARANTÍAS PENALES, RESPECTO DE LOS VICIOS DE PROCEDIBILIDAD, PREJUDICIALIDAD, COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO.

Dando resolución a lo manifestado en la audiencia, aspectos que puedan afectar la validez del proceso, de modo tal que de conformidad con lo previsto en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución del Ecuador, es necesario que la resolución sea debidamente motivada, así es como se va a hacer de manera oral. En primer lugar, se había dicho antes de hacer la pausa para revisar las diferentes alegaciones que hicieron los sujetos procesales, que estas se resumían fundamentalmente; uno en relación al informe

de la Contraloría General del Estado; dos, en relación a podría haber indefensión por cuanto no se habría dado paso a ciertas peticiones para ejercer el derecho a la defensa que hicieron los procesados y que Fiscalía General del Estado no habría permitido; y, tres, un elemento particular que hace la defensa del ciudadano Donoso respecto que sería inconstitucional en su caso el informe de la Contraloría General del Estado, y otros aspectos en suma conexos con estos aspectos principales y que tiene que ver con aspectos procedimentales.

En relación al informe de Contraloría General del Estado, al respecto se ha sostenido que el informe de Contraloría General del Estado estaría caducada la posibilidad de haber emitido dicho informe, además se ha dicho que no es impugnable, en los términos del Art. 69 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en sede contencioso administrativa y por tanto siendo inimpugnable en esta vía, no habría otra posibilidad de que el juez competente para hacer ese control de legalidad sea este juez de garantías penales dentro de este caso concreto. Se hizo alegaciones jurídicas sobre este respecto, y además se ha acreditado que existen varias sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional en el sentido de que una vez que ha operado la caducidad de la facultad de Contraloría General del Estado para emitir el informe que corresponde, no puede prosperar ninguna acción posterior, … Para resolver esta cuestión planteada y alegación fundamental, podríamos hacernos algunas interrogantes; es competencia del juez penal revisar o hacer control de legalidad de un acto administrativo que provocaría de ser así la nulidad, que repercusiones tiene un posible vicio sobre la temporalidad en el informe, en la causa presente; que repercusiones tiene la sentencia de la Corte Constitucional en relación a que no es necesario para el ejercicio de la acción penal el informe de Contraloría General del Estado como requisito de procedibilidad; qué efectos jurídicos tiene la imprescriptibilidad que es de rango constitucional en el caso del delito de peculado, que es lo que nos ocupa. Son quizá algunas de las interrogantes que debemos formularnos para dar respuesta motivada a la alegación que han hecho varios de los sujeto procesales, y que al fin y al cabo aunque no haya hecho todos, una resolución obviamente van a repercutir en todos porque forman parte del proceso penal.

Respecto a la alegación de caducidad del informe de indicios de responsabilidad penal: En relación al primer punto, de que se debe considerar que la caducidad del informe en materia contencioso administrativo podría provocar la nulidad del acto administrativo, porque obviamente el acto administrativo habría sido emitido sin competencia y por lo tanto podría ocurrir la nulidad de dicho acto. Si esto es así, no cabe que el juez se pronuncie sobre un aspecto que es control de legalidad en materia contencioso administrativo que está en sede contenciosa administrativa, tanto por el aspecto de competencia, cuanto por el absurdo que implicaría resolver sobre un aspecto que o está tramitándose en el Tribunal Contencioso Administrativo o podría llegar a tramitarse o debatirse en el Tribunal Contencioso Administrativo, y se dice un absurdo porque qué pasaría si como juez de lo penal resuelvo sobre la nulidad o validez y el Tribunal Contencioso Administrativo dice lo contrario, por eso es precisamente que la competencia es restrictiva, tiene un principio de reserva legal y **en este caso el juez solamente le corresponde pronunciarse en relación al informe de Contraloría General del Estado como un requisito de procedibilidad, mas no, respecto de la legalidad de dicho informe que se encuentra en sede contencioso administrativa**, de lo contrario no solamente pronunciarme sobre los plazos sino en suma sobre la legalidad del acto como tal en los diferentes aspectos, y eso no es materia de resolución de este juez. **Además, en el evento que yo me pronunciaría sobre la nulidad, sobre falta de validez de ese informe, eso significaría que este pronunciamiento esta fuera del ámbito contencioso administrativo, al margen de un proceso contencioso administrativo que debe debatirse no en esta instancia sino en un proceso de esta naturaleza, es decir significaría**

resolver al margen de la acción, de las excepciones y de un debate en sede contencioso administrativo. Como bien conocen, un acto administrativo goza de la presunción de legalidad, además se debe considerar y esto dando respuesta a una alegación especifica que decía que no es impugnable, de acuerdo al Art. 69 de la Ley de la Contraloría General del Estado, en efecto no es impugnable lo que tiene que ver con las actuaciones que establece responsabilidad penal, las demás actuaciones son impugnables en sede administrativa, vía recurso de revisión y también en contencioso administrativo, de manera tal que cabe señalar que porque no es impugnable lo que tiene que ver con materia penal, precisamente no cabe, porque no es posible que un juez contencioso administrativo resuelva sobre los indicios de responsabilidad penal, por eso no es impugnable, porque establecidos indicios y dicho sea de paso, no es otra cosa que indicios, nada más que eso. Siendo indicios amerita que sea analizado en el área penal, sea por parte de Fiscalía General del Estado y por parte de los jueces, naturalmente con sus competencias respectivas administrativas y jurisdiccionales, es decir, esos indicios deben ser investigados dentro de la jurisdicción penal. **Al respecto, cabe agregar que en la sentencia de la Corte Constitucional en sentencia No. 513-19 que precisamente se refiere a la declaratoria de inconstitucionalidad de este informe previo que es materia de lo que se estamos exponiendo, en el considerando 38 de la sentencia, se dice que la norma impugnada, esto es la norma que obligaba a que exista el informe previo de la Contraloría General del Estado, contraría el reparto de atribuciones realizado por la Constitución, es decir que las atribuciones que tiene la Contraloría General del Estado y las atribuciones que tiene la Fiscalía General del Estado, esta norma contraría la Corte Constitucional al reparto de atribuciones, porque supedita y condiciona el ejercicio de la acción penal de la Fiscalía General del Estado a un informe de la Contraloría General del Estado, eso dice la sentencia en el numeral 38**. De la misma manera, acogemos ese criterio de motivación de la Corte Constitucional, así mismo, **si la supuesta caducidad del informe la acogería este juez, eso significaría que se volvería al limitar y supeditar las atribuciones de Fiscalía General del Estado a las acciones de la Contraloría General del Estado, lo cual no es posible en nuestro estado**, porque el Art. 195 de la norma normarum determina en forma clara que la acción, refiriéndome a la acción de Fiscalía General del Estado, es exclusiva y excluyente en materia de delitos de acción penal pública, si se acoge este criterio, una vez más la Fiscalía General del Estado estaría supeditada y este aspecto fue sustancial para considerar o adoptar la resolución de la Corte Constitucional, más allá de que no se ha pronunciado sobre este aspecto de la caducidad sino sobre el requerimiento de informe previo de la Contraloría General del Estado, pero entre los considerandos sustanciales esta ese, que no se puede supeditar porque se ha destacado en la sentencia la autonomía que tiene Fiscalía General del Estado, por lo tanto no puede estar supeditada a un informe. **En el supuesto que este Juez declararía la nulidad de este proceso, que es o que se ha pedido, sería con una sola consideración en este punto, que el informe de la Contraloría General del Estado es nulo por cuanto habría caducado y que al haber caducidad para emitir dicho informe el proceso no tiene validez, sin embargo, hoy por las sentencias de Corte Constitucional que no es necesario informe previo de la Contraloría General del Estado para el inicio del ejercicio de la acción penal, en el supuesto que se declare nulo, la Fiscalía General del Estado dentro del mismo proceso, dentro de la misma indagación previa, con los mismos procesados, mismo delito, mismas circunstancias fácticas, podría iniciar el proceso penal sin necesidad de informe, así las cosas y nos preguntamos cual es la trascendencia en que hubiera el vicio. Lo único que se podría hacer, es retrotraer al momento de reiniciar con atentado al tiempo razonable, tutela judicial efectiva, celeridad**, que no solo quiere Fiscalía General del Estado, Contraloría General del Estado y Procuraduría General del Estado sino ustedes

también ciudadanos procesados y lo que quieren es una respuesta del estado respecto de su situación jurídica, lo único que se daría es eso, diferente seria si Fiscalía General del Estado no podría iniciar, formular cargos, en fin, por el requisito de procedibilidad del informe de Contraloría General del Estado. **En este sentido, vale la pena recoger el principio de trascendencia, porque sería sencillamente ocioso una nulidad sin perjuicio de las razones de derecho que estoy manifestado**. De otra parte, la sentencia de la Corte Constitucional, en la página nueve, se encuentra intitulado, efectos de la sentencia, y dice: "resulta necesario precisar los efectos en el tiempo de la declaratoria de inconstitucionalidad del Art. 581 inciso final del Código Orgánico Integral Penal, que en audiencia se escucharon argumentos a favor de los efectos retroactivos de la posible inconstitucionalidad y también a favor de la consideración de que solo tengan efectos a futuro", sobre esto la Corte Constitucional se pronunció, que va a tener efectos al futro esta sentencia o hacia atrás; y, más allá de otros aspectos que no vienen al caso, cabe destacar que entre otras cosas, dice lo siguiente; "la imprescriptibilidad de ciertos delitos relacionados con la administración de fondos, bienes o recurso públicos, peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, se estableció en la Constitución de 1998, el Art. 233 de la Constitución de 2008 tiene una norma semejante y dice textualmente: se entiende que desde el año 1998 cualquier delito de los enumerados en dicho artículo no tiene prescripción de acción ni de la pena", eso señala expresamente la Corte Constitucional. De manera tal, que en el numeral 59 agrega y dice que "en lo administrativo la Contraloría General del Estado no podría iniciar una nueva investigación cuando haya identidad objetiva y en la causa, y que estos casos al Fiscalía General del Estado tiene competencia para iniciar e investigar infracciones penales por los delitos contemplado en el Art. 233", es decir queda claro que desde 1998 es imprescriptible, y solamente deja a salvo, lo cual no podía ser de otra manera, que no se vulnere el principio non bis in ídem, es la única salvedad que hace la sentencia de la Corte Constitucional. **Por estas consideraciones, este juez cree y considera que he sido absolutamente claro en motivar cuales son las razones para no dar paso a la alegación de declarar la nulidad del proceso por la supuesta caducidad del informe de la Contraloría General del Estado, este juez considera innecesario ponernos a revisar las fechas, y en definitiva si esta caducado, conforme dijo el Dr. Molina, Dr. Crespo. Dr. Encalada, incluso haciendo relación a que no cabe el plazo por la nueva orden o referirme a las alegaciones de la abogada de la Procuraduría General del Estado, en relación a que se cuenta a partir de la nueva orden, no viene al caso, porque entrar en eso sería entonces establecer si está o no caducado, y eso es precisamente lo que consideramos conforme hemos dicho que no amerita por parte de este juez. De manera tal, que este juez con la motivación expuesta, declara no ha lugar a la alegación que se ha hecho en este sentido**.

Respecto a la negativa de la recepción de versiones de expertos ... Al respecto, este juez considera que en esta etapa se trata de incorporar elementos de convicción de libertad probatoria pero de conformidad con la ley, porque el mismo principio de libertad probatoria determina que tiene que ser de conformidad con los instrumentos internacionales, Constitución y las leyes, y dentro de lo que tiene que ver las leyes debe considerarse que tipo de elementos de convicción o elaboración de prueba para futuro, me refiero, se va a realizar y sobre esa base de normas dar paso o no. De modo tal, que este juez considera y aquí se ha dicho en esta audiencia con motivo de otra alegación, pero cabe igualmente coincidir en aquello, que se debe establecer o invocar los principios fundamentalmente de trascendencia para saber si incide en una decisión de la causa o en indefensión, porque el juez debe garantizar que por ningún concepto se vaya a causar indefensión o angustiar la defensa, pero debemos ser claros, estos documentos se encuentran incorporados, este mismo juez tendrá que evaluarlos como elementos de convicción, entonces no hay indefensión, porque va a ser considerado;

igualmente, en caso de que se presente un auto de llamamiento a juicio y si ustedes lo consideran como elementos de prueba y si acuden a un llamado al Tribunal de Garantías Penales, se va a poder incorporar los documentos, practicar los testimonios de las personas para acreditar dichos documentos y en definitiva se podría evacuar la prueba en relación aquello y reitero de ser el caso que se esté en sede de un Tribunal de Garantías Penales, ese Tribunal sabrá resolver si da validez o no, o credibilidad en conjunto de los elementos probatorios en una valoración probatoria de conjunto. **De modo tal, que este juez no encuentra que en ese sentido exista indefensión**. ...

Respecto a la inconstitucionalidad del informe de indicios de responsabilidad penal de Contraloría General del Estado, por el control de legalidad previo realizado por Procuraduría General del Estado: Este Juez considera, que la alegación que hace el señor Andrés Donoso Fabara a través de su abogado defensor, más bien tiene que ver con un asunto de fondo, más que de procedibilidad, es decir en su momento este Juez tendrá que resolver si aquel control de legalidad que ha dicho el Dr. Diego Yépez respecto de la actuación de su defendido, tiene una repercusión en relación a su presunta responsabilidad, si este Juez se pronunciaría sobre este respecto tendría que entrar en el fondo de esa valoración o como elementos de convicción del informe y dar credulidad o no, o analizar el contexto de los elementos de convicción para llegar a la conclusión de su participación o no en el ilícito que se le ha imputado, de modo tal que no podría entrar en ese momento en ese análisis, porque más bien es de fondo en esta etapa procesal, más que una situación procedimental que podría llevar a la nulidad conforme a dicho el abogado del ciudadano Gustavo Donoso Fabara, con estas consideraciones, **este Juez declara que no al lugar a esta alegación**.

Con lo manifestado, este juez considera que de manera oral, publica, clara, concreta hemos dado respuesta a las alegaciones que han hecho los sujetos procesales, como es mi deber como juez y como es el derecho de los ciudadanos de saber cómo el Juez resolvió estos respectos.

Por petición de la Doctora Diana Salazar Méndez y por lo expuesto, **declaro la validez procesal**.

2. INTERVENCIÓN FISCALIA GENERAL DEL ESTADO RESPECTO A LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN Y LA ACUSACIÓN.

[sigue intervención de FGE en cuanto a: La individualización concreta de la persona o personas acusadas y su grado de participación en la infracción; La relación clara y sucinta de los hechos atribuidos de la infracción en un lenguaje comprensible, de acuerdo al Art. 603; Elementos en los que se funda la acusación, individualizados, para cada uno de los procesados, describiendo los actos en que participó en la infracción, conforme lo establece el numeral cuarto del Art. 603; Elementos de convicción comunes para todos los acusados; Elementos de convicción individualizados; Resumen de los elementos de convicción y grados de participación; La expresión de los preceptos legales aplicables al hecho que acusa].

De los elementos de convicción que se han consignado, nos llevan a establecer que está justificada la tipicidad y antijuridicidad del tipo penal por el que se realizó la imputación y en sí amerita realizar en contra de ellos el juicio de reproche por el injusto penal establecido en el Art. 257 del Código Penal, vigente al momento que ocurrieron los hechos; conducta que no ha sido despenalizada y se encuentra actualmente tipificada en el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal. … Por lo que solicita se dicte auto de llamamiento juicio contra de: Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli, Jorge David Glas Espinel, María Lorena Espinoza Arizaga, Aníbal Ramiro Cazar Ayala, Juan Francisco Silva Villavicencio, Jorge Humberto Andrade Cruz, Rene Crystian De Mora Moncayo, Julio César Cárdenas Herrera, Milton Alfonso Jiménez López, José David Cruz Zambrano, Alfredo Fabián Herrera Valencia, Wilson Marcelo Pastor Morris, César Edmundo Guerra Navarrete, Gustavo Andrés Donoso Fabara, Silvana Giselle Pastor Tapia en el grado de autores del delito tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal, en concordancia con el artículo 42 ibídem y 233 de la Constitución

de la República, aplicable para quienes no ostentan la calidad de funcionarios públicos antes referido. En relación a las medidas cautelares solicita se ratifique las mismas que fueron resueltas en la audiencia de formulación de cargos y de vinculación. ...
[sigue intervención de PGE, CGE y de defensas técnicas de los procesados; réplicas, anuncio de pruebas de sujetos procesales, pedidos de exclusión, acuerdos probatorios].
(...) Intervención del Doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional de Garantías Penales Han concluido los aspectos del debate, no tenemos nada más que continuar en la audiencia, sino solamente resolver y como pueden entender debemos revisar las diferentes alegaciones y documentos para poder en unos días convocar nuevamente a la audiencia, se la suspende para dar a conocer la resolución oral conforme corresponde. Solo quiero destacar en esta parte, porque es el cumplimiento de mi deber, que he garantizado igualdad de las partes, he respetado los derechos, la voz de todos y tanto que algunos de ustedes con pleno derecho, han manifestado que es político, tengan la absoluta certeza, que en lo que respecta a mí, la Fiscal ha dado su opinión, ustedes la suya, y lo que respecta a mí, será debidamente motivada en derecho, porque sencillamente es lo que corresponde, pero frente a lo que ustedes han expresado, simplemente siento necesario recalcar algo que puede resultar de por orgullo.
Cuando son las dieciséis horas con treinta minutos, no hay nada más que tratar en la audiencia, suspendemos hasta el momento que se vuelva a convocar para dar a conocer la resolución oral. (...)
[subrayado fuera de texto]

3.7.- Con fecha **11 de diciembre de 2019,** se reinstala la audiencia de evaluación y preáratoria de juicio, en la que se hace conocer la resoluciónque señala, inter alia:

(...) En consideración que estamos en el día y hora señalados para que tenga lugar la reinstalación de audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, además que se encuentran presentes los sujetos procesales que son indispensable para que tenga lugar la misma, este Juez declara reinstalada la audiencia. No está por demás recordar porque es un derecho de los ciudadanos, mi nombre es doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional de Garantías Penales, a quien le correspondió conocer este juicio y ahora dar a conocer la resolución oral y motivarla. Cabe recordar a los ciudadanos que se encuentran presentes en esta audiencia, que precisamente por un principio de contraloría social y de garantía para las actuaciones de los jueces, las audiencias son públicas, solamente pedirles que guarden el comportamiento que amerita para esta audiencia. Una vez instalada la audiencia, debo solamente expresar, que hemos demorado unos días; primero porque hemos estado trabajando y analizando; y también, porque ha habido otras audiencias tanto de la Fiscalía, tanto de otros compañeros jueces, y que eso en definitiva, no nos ha permitido dentro de un agendamiento de audiencias, ponerlo más pronto. Valga la pena esa explicación, porque yo me imagino que muchos aspectos son públicos y notorios, de conocimiento de ustedes, así que ustedes, sabrán entender. Continuando con la audiencia, he de recordarles que en esta audiencia hubo alegaciones sobre aspectos procedimentales y que esa parte, ya fue debatida y también fue resuelta, por lo tanto en esta segunda parte de la audiencia, corresponde hacer una exposición en relación fundamentalmente a los elementos de convicción que han sido presentados y debatidos, y para sobre esa base determinar, sí existe o no, de conformidad con la Ley, elementos de convicción que permitan llamar a juicio, o en su defecto dictar el auto de sobreseimiento.
Debemos indicar que la resolución es oral, es lo que exige el sistema procesal y ciertamente por eso nosotros debemos exigir a los litigantes de que también lo hagan oral; sin perjuicio, que hay algunos aspectos que deben ser leídos por la importancia que tienen y también claro está, entendiendo la cantidad e información y la calidad y aspectos que deben ser expresados, la resolución tiene que ser oral y en un lenguaje sencillo que todos podamos entender.
El artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución del Ecuador, determina un derecho y una garantía que es la motivación, esto es

que esta resolución tiene que ser motivada. ... En este momento procesal, corresponde dos posibilidades; dictar un auto de sobreseimiento o dictar un auto llamamiento a juicio, para eso, este Juez debe tener presente cuál es la teoría del caso de Fiscalía General del Estado, cuál es la teoría del caso de la Procuraduría General del Estado; y, cuáles son las teorías de los procesados o en suma, cuál es su planteamiento, su tesis de defensa para oponerse a la tesis acusatoria de Fiscalía General del Estado, cumplo con las normas del COIP, sin perjuicio de que ustedes lo saben, es necesario mencionarlo, además de lo que se estoy expresado, se está grabando y ustedes pueden tener acceso en cualquier momento, por ello paso en primer lugar a identificar a los procesados: ...

En segundo lugar, se va a determinar cuáles son los hechos y que en suma constituyen la teoría del caso de Fiscalía y que es coincidente con la teoría del caso de la Procuraduría General del Estado, cuando menos en lo relevante del relato fáctico, vamos a ser breves y resumir, ustedes conocen cuál es la tesis acusatoria de Fiscalía y lo conocieron para ejercer el derecho a la defensa; sin embargo, vale la pena señalar para precisamente este Juez pueda contextualizar de qué estamos hablando como objeto del proceso penal, con la finalidad de poder luego hacer el análisis de los elementos de convicción que han sido presentados y debatidos y poder sustentar mi resolución. ...

La teoría del caso de la Procuraduría General del Estado, para no se reiterativos, en suma, sustancialmente es lo mismo; es decir, hizo su relato y sustancialmente es exactamente lo mismo en lo sustancial y que fue materia de análisis por parte de la Contraloría General del Estado.

Los ciudadanos procesados han tenido la oportunidad, como es su derecho y justicia de controvertir y presentar sus propias teoría del caso y su tesis de defensa, ... Estos son en síntesis las teorías del caso de Fiscalía General del Estado, de la Procuraduría General del Estado y de los procesados, por lo tanto, la Fiscalía sobre la base de los elementos de convicción que ha copiado, acusa por el delito de peculado, que actualmente consta en el Código Orgánico Integral Penal Art. 278, pero que el momento de los hechos se encontraba tipificado en el Art. 257 del Código Penal, acusa la Fiscalía por el delito de peculado en el grado de participación de autor de acuerdo a lo previsto en el Art. 42 del Código Penal. Es importante para dar a conocer la resolución, analizar estos elementos de convicción, en una parte hay aspectos que son de orden general para todos, como los informes de Contraloría, etc., y hay otros aspectos que obviamente y como es nuestro deber hacerlo, son individualizados, de manera tal que vamos a referirnos a estos aspectos, porque finalmente lo que existen son teorías del caso en concurso en contradicción y lo que corresponde a este Juez, es valorando sus elementos, justipreciando saber si existe la posibilidad de ir a juicio. Se suele destacar en la doctrina, y esto es importante decirlo, ubicarnos exactamente en el momento procesal que nos encontramos, ... Para hacer un análisis de los elementos de convicción, debemos puntualizar que no es una sentencia, y no hay prueba y por tanto, no puedo hacer una valoración de una prueba que no existe; sin embargo, puedo hacer un análisis de los elementos de convicción, más allá de que en una sentencia se hace un análisis técnico, profundo, exhaustivo de las categorías dogmáticas del delito, esto es de la acción, de la tipicidad, de la antijuricidad, de la culpabilidad y las diferentes posibilidades que existen en las categorías dogmáticas del delito; sin embargo, **este Juez encuentra de que la acusación que hace la Fiscalía, en principio puede adecuarse al juicio de tipicidad, puede adecuarse a lo previsto en el Art. 257 del Código Penal, que es el delito de peculado**. Empecemos en ese análisis: ... En el criterio de este Juez hay serios indicios de la existencia de la infracción y esto se basa en los elementos de convicción que acredita Fiscalía y que en buena parte son técnicos; **este Juez observa, analizó el informe de la Contraloría General del Estado, que sin duda ustedes pueden debatirlo y que seguirá siendo debatible, pero es un elemento de convicción importante que el Juez no puede estar con una venda, hay un informe que llega a conclusiones graves, dice el examen practicado por la Contraloría General del Estado, que la**

adjudicación del contrato no procedía; por cuanto, la oferta incumplía los requisitos establecidos en las bases de licitación en el sobre 1. Dice la Contraloría que acoge la Fiscalía, no dice la Fiscal General solamente, dice la Contraloría que la oferta debió ser descalificada y que sin embargo los miembros de calificación y evaluación, conociendo el incumplimiento de normas, sin embargo, calificaron. E**s importante, para que justamente los ciudadanos que nos escuchan y particularmente los procesados sepan que este elemento de convicción es importante para la existencia del delito, pero también para la incriminación particular de cada procesado en la medida en que participa en el proceso, aquí participan justamente en la calificación**, incumpliendo las disposiciones los ciudadanos René De Mora Moncayo, el ciudadano Humberto Andrade, el ciudadano Francisco Silva, el ciudadano Milton Jiménez López, el ciudadano Alfredo Fabián Herrera Valencia. ... **Es importante señalar, de que este informe constituye un elemento muy importante para que sea debatido, porque es incriminatorio desde el punto de vista primero de la existencia de un delito, por el beneficio de empresa, y, de otra parte, de la participación de cada uno de los procesados en los distintos momentos de las fases precontractual, contractual y la adjudicación del contrato**. ... De manera tal, que sin perjuicio de que son elementos de convicción tan importantes, y perdónenme que tenga que extenderme para motivar mi resolución, debo extenderme un poco más en señalar que Fiscalía General del Estado, ha acreditado algunos otros elementos de convicción individualizando la conducta de los procesados, ... **Este Juez entonces lo que ha hecho es un análisis de los diferentes elementos de convicción, también he revisado lo que han presentado como teorías del caso y han presentado como cuestionamientos y elementos de convicción, particularmente lo que tiene que ver con lo que muchos o todos los procesados sostienen que no hay delito, menos responsabilidad pero no es que este Juez deje de tomar en cuenta los elementos para sencillamente analizarlos**, pero yo haciendo una valoración de los elementos de convicción **encuentro con mucho peso en convicción y elementos argumentativos, lo que acreditado Fiscalía como para yo declarar con lugar sus elementos de convicción o sus tesis de defensa, por eso es que considero que en este proceso se ha respetado, porque es mi deber observar, se ha respetado un proceso debido, se ha respetado la defensa, se ha respetado la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva, en este proceso se ha valorado los elementos de convicción y en este proceso, estoy dando a conocer una resolución oral, que es pública, que es la contraloría social** y es que todos los jueces somos evaluados todos los días con nuestras resoluciones y no para el aplauso, ni la crítica, para apegarnos al derecho, con todo derecho han podido decir aquí porque es su derecho expresarse, algunos han hablado de cuestiones políticas, de persecuciones o en fin, es su derecho, yo sólo debo decir que **mi resolución es en derecho, conforme ustedes están apreciando, de conformidad con lo previsto en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución del Ecuador, es motivada, he explicado el bien jurídico protegido, los principios constitucionales, los elementos constitutivos del tipo penal, los elementos de convicción sobre la existencia de infracción y la presunta responsabilidad y además como es mi deber lo he hecho de manera oral**, con lenguaje claro, sencillo, asequible, que todo ciudadano puede entender. **Con estas consideraciones, este Juez de la Corte Nacional de Justicia resuelve; llamar a juicio a los ciudadanos procesados: Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli, Jorge David Glas Espinel, María Lorena Espinoza Arizaga, Julio César Cárdenas Herrera, Milton Alfonso Jiménez López, José David Burgos Zambrano, Alfredo Fabián Herrera Valencia, René Crystian De Mora Moncayo, Wilson Marcelo Pastor Morris, Aníbal Ramiro Cazar Ayala, Juan Francisco Silva Villavicencio, Jorge Humberto Andrade Cruz, César Edmundo Guerra Navarrete, Gustavo Andrés Donoso Fabara, Silvana Giselle Pastor Tapia. Es decir, este Juez considera que de los elementos de convicción acopiados, acreditados por**

Fiscalía y evaluados por este Juez, es necesario que se vaya a una audiencia de juzgamiento, el Juez observa que de diferentes maneras como ya ha expresado, todos los procesados contribuyen con sus actos a que eventualmente pueda haber una conducta típica antijurídica que es el delito de peculado y que hay serios indicios de la existencia de este delito y de la responsabilidad de cada uno de los ciudadanos, por tanto, considero que es indispensable y a eso llamo al juzgamiento, está por demás indicar que un auto de llamamiento a juicio y las declaraciones aquí expresadas, no son irrevocables en el juzgamiento, cito esa disposición legal que es obviamente de su entero entendimiento, pero que es necesario decirlo. (...)

[subrayado y negrillas fuera de texto]

3.8.- Con fecha **27 de diciembre de 2019, las 15h50;** por sorteo de ley, la competencia se radica en el Tribunal de Juicio de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conformado por: León Rodriguez Ivan Xavier (Ponente), Muñoz Moreno Dilza Virginia, y Wilman Gabriel Terán Carrillo.

3.9.- Mediante auto de fecha **21 de enero de 2022, las 14h51** el Tribunal de Juicio convoca a los sujetos procesales a la audiencia de juzgamiento para el día 30 de enero de 2022.

3.10.- Mediante auto de fecha **23 de enero de 2022, las 17h16,** el Tribunal de Juicio acogiendo pedido de FGE difiere la audiencia de juzgamiento.

3.11.- Con fecha **2 de marzo de 2020,** la doctora Dilza Muñoz Moreno, presenta inhbición para continuar en el conocimiento de la causa, dado que, en el marco de la salida y/o renovación del Corte Nacional de Justicia le correspondió asumir el despacho dejado por la ex Jueza Nacional Sylvia Sánchez quien fuera parte del Tribunal de Apelación dentro de la presente causa.

3.12.- Mediante auto de fecha **4 de marzo de 2020,** suscrito por el Juez Nacional Ponente Iván León Rodríguez, agregando la inhibición presentada por la doctora Dilza Muñoz Moreno, señala que los dos jueces se hallan en igual situación, por lo que también presenta su inhibición.

3.13.- Mediante auto de fecha **5 de marzo de 2020,** suscrito por el Juez Nacional Wilman Terán Carrillo, se dispone:

(...) 8.- En virtud de lo expuesto, el suscrito Juez Nacional declara ha lugar la inhibición presentada por la doctora Dilza Muñoz Moreno.

8.1.- En consecuencia, ofíciese a la Señora Presidenta de la Corte Nacional de Justicia a fin de que designe a un Conjuez Nacional para la conformación legal del tribunal de juicio. 9.- No ha lugar la inhibición presentada por el doctor Iván León Rodríguez, quien deberá continuar en el conocimiento de la causa. Notifíquese y cúmplase.

3.14.- Mediante Oficio No. 100-CNJ-P-SPPM-PPT-MRR-2020, de **9 de marzo de 2020**, suscrito por el Presidente Subrogante de la Sala Especializada de lo Penal,

Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, se pone en conocimiento -a su vez-, el oficio No. 845-S-SP-PM-CNJ-2020-CRG, de 6 de marzo de 2020, firmado por el doctor Carlos Rodríguez García, Secretario Relator de la indicada Sala Especializada, en torno a determinar que *"... Los jueces hábiles para conformar el Tribunal de Juicio son los siguientes: Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dr. Wilman Terán Carrillo y Dr. Iván León Rodríguez, Jueces Nacionales."*

3.15.- Mediante auto de fecha **9 de marzo de 2020,** se determina que: *"(...) 2.1.- Sobre la base de lo indicado en el numeral inmediato anterior, el doctor Marco Rodríguez Ruíz, Juez Nacional, a partir de la presente fecha, avoca conocimiento de la presente causa. 2.2.- Es así que se reitera- el Tribunal de Garantías Penales, llamado a conocer la presente etapa de Juicio ha quedado definitivamente integrado por los doctores: Iván León Rodríguez, en calidad de Juez Nacional (e) Ponente; Wilman Terán Carrillo Juez Nacional (e); y, Marco Rodríguez Ruíz, Juez Nacional. (...)"* y se convoca a audiencia de juzgamiento para el día 12 de marzo de 2020 a las 16h00.

3.15.- Mediante Ofs. Nos. 421-SG-CNJ-ROG y 483-SG-CNJ-ROG de fechas **6 y 10 de marzo de 2022,** suscritos por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, ante licencias concedidas a los dcotores Wilman Terán Carrillo y Marco Rodríguez, se encarga sus despachos a los Conjueces Nacionales Javier De la Cadena Correa y José Layedra Bustamante.

3.16.- Con fecha **12 de marzo de 2020, las 16h00,** se instala la audiencia de Juzgamiento, y en una primera parte las defensas técnicas de los procesados JORGE GLAS ESPINEL y CARLOS PAREJA YANNUZZELLI, alegan caducidad de la prisión preventiva; ante lo cual Tribunal suspende la diligencia para resolver aquello y se reintala a

día siguiente, esto es, el **13 de marzo de 2022**, en donde se acepta la alegación y se declara la caducidad de la medida cautelar.

3.17.- La audiencia oral, pública y contradictoria de juzgamiento se desarrolló entre los días 12 y 13 de marzo; 12, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 21 y 28, de octubre de 2020; y, culminó con la comunicación de la resolución oral a los sujetos procesales el día 21 de enero de 2021; cabe indicar que la decisión del Tribunal resultó dividida, es así, que se compone de un voto de mayoría de los Jueces Javier De la C adena Correa y José Layedra Bustamante; y, el voto salvado del Juez ponente Iván León Rodríguez.

3.18.- En el decurso de la audiencia de juzgamiento, de un lado, los procesados JULIO CÁRDENAS HERRERA, MILTON JIMENEZ LÓPEZ, ALFREDO HERRERA
VALENCIA y RENE DE MORA MONCAYO, presentaron como prueba nueva *"... la sentencia emitida por el tribunal distrital de lo contencioso administrativo provincia de Pichincha de fecha 13 de octubre del 2020, en el cual el recurrente fue Milton Jiménez López quien impugno la sanción civil, la glosa establecida por este mismo contrato y en la cual el tribunal resuelve que se acepta la demanda planteada por el señor Milton Alfonso Jiménez y declara la nulidad del acto administrativo impugnado, consecuentemente se declara también la nulidad de la resolución de instancia y se quedó sin efecto. (...)"*; al respecto el Tribunal de juicio determinó, en su momento: *"(...) estima que se cumple con los dos presupuestos establecidos en el artículo 617 COIP y lo admite como prueba nueva, no obstante dicha prueba su valor en contexto, se lo hará al momento de resolver en el presente caso."*

En igual sentido el encartado WILSON PASTOR MORRIS, incorporó: *"(...) una sentencia también del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito , dentro del juicio 178-11-2018-00285 del 1 de octubre del 2020 y se declara la nulidad del acto administrativo número 12431 se deja sin efecto la glosa y la responsabilidad. (...)*; prueba nueva respecto de la cual el Tribunal Juzgador señaló: *"(...) se lo admite como prueba nueva y se dispone incorporarse en el expediente judicial para los fines legales consiguientes documento que se tendrá en su oportunidad de ser pertinente, respecto al caso que es motivo del juicio.(...)"*

3.19.- En sentencia de mayoría de fecha 26 de enero de 2021, las 07h40, se resuelve:

NOVENO
RESOLUCIÓN.

En virtud de todas las consideraciones expuestas,...; este Tribunal de Garantías Penales, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA,** declara:

9.1.- Declarar, la existencia del delito de peculado tipificado en el artículo 257, inciso 1º. del Código Penal, acusado por Fiscalía General del Estado, como titular de la acción penal pública (acusación oficial) y por Procuradudía General del Estado, como acusación particular.

9.2.- Declarar La culpabilidad de los procesados **JORGE DAVID GLAS ESPINEL, WILSON MARCELO PASTOR MORRIS; CARLOS EUGENIO PAREJA YANNUZZELLI y, CESAR EDMUNDO GUERRA NAVARRETE,** cuyas generalidades obran del proceso; dictando por tanto SENTENCIA CONDENATORIA en su contra e imponiéndole la pena de OCHO AÑOS DE PRIVACION DE LIBERTAD, por considerarlos AUTORES en la modalidad de COAUTORÍA, conforme al Art. 42.3 COIP (anterior art. 42 CP), del delito de peculado tipificado en el artículo 257, inciso 1º. del Código Penal (ahora art. 278 COIP).

9.3.- Declarar La culpabilidad de los procesados **ANÍBAL RAMIRO CAZAR AYALA; GUSTAVO ANDRÉS DONOSO FABARA; JOSÉ DAVID BURGOS ZAMBRANO,** cuyas generalidades obran del proceso; dictando por tanto SENTENCIA CONDENATORIA en su contra e imponiéndole la pena de CUATRO AÑOS DE PRIVACION DE LIBERTAD, por considerarlos CÓMPLICES, conforme al Art. 43 COIP (anterior art. 43 CP), del delito de peculado tipificado en el artículo 257, inciso 1º. del Código Penal (ahOra art. 278 COIP).

9.4.- En cuanto a los ciudadanos MARÍA LORENA ESPINOSA ARIZAGA; MILTON ALFONSO JIMÉNEZ LÓPEZ,

ALFREDO FABIÁN HERRERA VALENCIA, RENE CHRISTIAN DE MORA MONCAYO, JULIO CÉSAR CÁRDENAS HERRERA, JUAN FRANCISCO SILVA VILLAVICENCIO Y JOSÉ HUMBERTO ANDRADE CRUZ; y, SILVANA GISELLE PASTOR TAPIA, se ratifica su estado de inocencia y se dispone que se levanten las medidas cautelares reales y personales que pesan sobre ellos.

9.5.- Con relación a la reparación integral este Tribunal dispone que, acorde con los artículos 78 de la Constitución de la República; 77 y 78 COIP, a lugar la reparación integral a favor de la víctima, que en este caso es el Estado ecuatoriano; en los siguiente términos:

9.5.1.- La establecida en el artículo 78.3, en relación con el 622.6 del COIOP; esto es valor de USD $ 5 MILLONES DE DÓLARES valor que deberán ser pagado por los sentenciados declarados culpables de manera proporcional a su grado de participación, (...)

3.20.- De su parte, el voto salvado, resuelve:

"(...) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, en mérito de la prueba actuada en la audiencia de juicio, resuelve lo siguiente:

1.- Declarar, en el sub lite, la inexistencia del delito de peculado tipificado en el artículo 257, inciso 1º. del Código Penal, acusado por Fiscalía General del Estado, como titular de la acción penal pública (acusación oficial) y por Procuradudía General del Estado, como acusación particular.

2.- Ratificar el estado de inocencia de los ciudadanos CARLOS EUGENIO PAREJA YANNUZZELLI, JORGE DAVID GLAS ESPINEL, MARÍA LORENA ESPINOZA ARIZAGA, JULIO CÉSAR CÁRDENAS HERRERA, MILTON ALFONSO JIMÉNEZ LÓPEZ, JOSÉ DAVID BURGOS ZAMBRANO, ALFREDO FABIÁN HERRERA VALENCIA, RENÉ CRYSTIAN DE MORA MONCAYO, WILSON MARCELO PASTOR MORRIS, ANÍBAL RAMIRO CAZAR AYALA, JUAN FRANCISCO SILVA VILLAVICENCIO, JORGE HUMBERTO ANDRADE CRUZ, CÉSAR EDMUNDO GUERRA NAVARRETE, GUSTAVO ANDRÉS DONOSO FABARA, SILVANA GISELLE PASTOR TAPIA, a quienes su presunción constitucional de inocencia -con relación al presente caso-, se ha mantenido incolume y no ha logrado ser desvanecida. (...)"

CUARTO

FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN - CONTRADICCIÓN DE LA CONTRAPARTE PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en los Arts. 654 en concordancia con el Art. 563 COIP, en el salón de audiencias de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, con fechas 29 de julio, ante los suscritos Jueces Nacionales Luis Rivera Velasco (Ponente), Daniella Camacho Herold y Felipe Córdova Ochoa, se dio inicio a la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación de los recursos de apelación interpuestos, por un lado, por los procesados: CARLOS EUGENIO PAREJA YANNUZELLI, JORGE DAVID GLAS ESPINEL, WILSON MARCELO PASTOR MORRIS, JOSÉ DAVID BURGOS ZAMBRANO, ANIBAL RAMIRO CAZAR AYALA, CESAR EDMUNDO GUERRA NAVARRETE y ANDRES DONOSO FABARA; y, de otro, por la acusación particular Procuraduría General del Estado (PGE); diligencia en la cual las partes procesales expusieron sus posiciones respecto de los recursos de apelación planteado; es así que se tiene:

4.1.- Recurso presentado por el procesado CARLOS PAREJA YANNUZZELLI

La abogada Belén Dueñas Gallo, como defensa técnica del mencionado encartado, esgrimió:

(...) Sin perjuicio no hay peculado, sin dolo no hay delito. En mi intervención, demostraré que la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia se encuentra fundamentada en peritajes contradictorios, y en informes que constituyen una prueba ilegal que no pudo haber sido valorada, por lo tanto, he deducido recurso de apelación en su contra y solicitó acojan los argumentos que expondré a continuación para que se modifique la sentencia subida en grado. Recordemos que el campo Singue, desde 1997, se encontraba abandonado totalmente, no era de interés de nadie, ni siquiera de Petroecuador, porque en la renegociación que

hubo, con el Consorcio Petrolero Amazónico, no hubo beneficio alguno, de hecho, tanto Petroecuador, como Petroamazonas, declinaron su participación en el proceso. Es por ello que en la 10ª ronda petrolera desarrollada en junio del 2011, se licitaron varios campos, entre ellos campo Singue, y se lo licitó de una manera transparente, a través de una convocatoria internacional que cumplía con todos los requisitos de la ley, pese a ello, tan solo una empresa licitó, el consorcio DGC. Ya se demostró que el único documento válido para la negociación, es el libro nacional de reservas, el cual consagra el número exacto de reservas de cada campo, es decir, campo Singue, para esa fecha, tenía aproximadamente, y me permito leer, 2.040.466 millones de barriles de crudo, según se evidencia en el oficio MERNNRDH-2019-0488, que consta a fojas 182 de la sentencia, es decir, es la misma cifra de reservas con las que se contaba en el año 1997. Adicionalmente, es importante reconocer que el precio del barril del crudo no es estático ni inmutable, al contrario, varía cada día y esta variación ha ocurrido desde siempre, ya en el año 2011, como ahora. Por ejemplo, para el lunes de esta semana, 26 de julio, el precio del barril del crudo estaba en 95 dólares, el día de hoy, el precio del barril está en 106 dólares con 25 centavos, es decir, su precio fluctúa. El Estado ecuatoriano, según lo evidencia el testimonio de la señora Mayra Albuja, que deberá ser valorado por ustedes señores jueces, en su momento, y que obra a fojas 109 de la sentencia, así como el oficio 836 suscrito por el ingeniero Juan Carlos Bermeo, en su calidad de funcionario del Ministerio de Hidrocarburos, que obra a fojas 27833 a 27885 del expediente fiscal, reconocen, y me permito leer de manera textual: "*Que el precio del barril para esas fechas alcanzaba los 27.82 dólares, lo cual es notoriamente menor a 33,50.*" Entonces, me pregunto ¿en dónde está el perjuicio? la única parte que fue desfavorecida, fue el consorcio en un 32%. En este sentido, es inaudito que el Tribunal de primera instancia haya reconocido un perjuicio al Estado, ya que, vuelvo a recalcar, el precio del crudo no es estático, ni es inmutable, varía. Fue probado también que el ingeniero Carlos Pareja Yannuzzelli, que se desempeñaba como presidente del Comité de Licitación de Hidrocarburos era, COLH, para los fines pertinentes por sus funciones como Viceministro de hidrocarburos, es decir, actuaba única y exclusivamente por mandato legal. El comité indicado estaba compuesto además, por el Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos, aquel entonces, Jorge Glas, la Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, la doctora María Lorena Espinosa, y el Secretario de Hidrocarburos, el cual no sesionaba de manera permanente, solo se conformaba cuando debía tomar decisiones como las pertinentes a esta licitación. Debo mencionar que los 3 miembros cumplían funciones similares dentro del comité, Jorge Glas, María Lorena, y Pareja Yannuzzelli, sin embargo, a la Coordinadora Jurídica, María Lorena Espinoza, se le ratificó su estado de inocencia, cabe entonces la pregunta, señores magistrados, ¿por qué la sentencia es meridianamente diferente, si los tres miembros del COLH tenían funciones similares? En este contexto, el ingeniero Pareja Yannuzzelli, en estricto desempeño de sus facultades legales, procedió a conformar el COLH, a acoger y recibir las recomendaciones, tanto del equipo técnico, como del equipo de negociación, y remitirlas a su superior, que era el Ministro de Hidrocarburos, para que sea él quien proceda a la adjudicación. Esta fue la única participación de Pareja Yannuzzelli, no abusó de fondos públicos, nunca se benefició a sí mismo y tampoco a terceros. Recalco, el ingeniero Pareja Yannuzzelli, no estuvo en el proceso de adjudicación, no fue él quien firmó el contrato. En el marco de la adjudicación y la licitación del campo Singue, el Estado ecuatoriano tampoco perdió un solo centavo, al contrario, las ganancias reportadas fueron satisfactorias y muy satisfactorias, esto se debe inclusive a que no existió inversión estatal de ningún tipo. En este caso específico el Estado debía al menos beneficiarse en un 50%, conforme lo estipula el artículo 408 de la Constitución de la República del Ecuador, a pesar de ello, entre los años 2011 y 2016, se obtuvo un, y escúchenlo bien, un 128% de ingresos por renta

petrolera, lo que correspondía exactamente a 132.937.175 millones de dólares, según se encuentra certificado dentro del expediente fiscal, y a fojas 27980 podemos evidenciar dicho oficio. Este valor indudablemente demuestra ganancia para el Estado ecuatoriano, no perjuicio. Este beneficio ha sido inclusive reconocido en instancias internacionales, es así como hace apenas dos meses, el 24 de mayo del 2022, un Tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, emitió su laudo arbitral que condena al Ecuador a pagar algo más allá de 10.7 millones de dólares, por haber incumplido el contrato con gente, hoy en varias de sus cláusulas, además, el pago correspondiente a la reparación por daños morales y a la reputación de la compañía por el caso que precisamente hoy nos ocupa. El Tribunal de primera instancia, señores jueces, fundamentó su sentencia en dos argumentos principales: 1.- El uso de información privilegiada respecto a la adjudicación del campo Singue; y, 2.- El informe de Geotech. El informe de la empresa Geotech Group Limited, se refiere a reservas de crudo en el campo Singue. Según el criterio de esta empresa, estas reservas bordeaban los 20 millones de barriles de crudo, esto a pesar de que Geotech no es una empresa certificadora de reservas, según se evidencia a través del oficio, y me permito dar el número 223 de abril del 2018, suscrito por el Secretario de Hidrocarburos, que obra a fojas 183 de la sentencia, y el oficio PAM-2018-0548 de fecha 15 de junio, que obra a fojas 194 de la misma sentencia de primer nivel, suscrita por el señor Alex Galárraga. Lo más grave de todo esto es que este informe no fue introducido en legal y debida forma, pues Fiscalía nunca lo anunció en el momento procesal oportuno, además carece de firma de responsabilidad, por lo cual no cumple con los criterios de utilidad, de pertinencia y de conducencia para destruir la presunción de inocencia de mi defendido, es decir, esta constituye una prueba ilegal, que no puede ser valorada a fin de determinar responsabilidad penal del ingeniero Pareja Yannuzzelli, ni de nadie. En añadidura, lo que no consideró en su sentencia, el Tribunal de primera instancia, es que la única empresa, la única, la única institución que podía certificar el número de reservas que tiene un campo, es el Libro Nacional de Reservas. Esto solo puede hacerse a través de una perforación, ya en el año 2011, ya en el año 2012, como ahora. El ingeniero Pareja Yannuzzelli, estuvo imposibilitado de acceder a esta información, y es materialmente insólita y extraña la forma en la que se le atribuye la consumación del perjuicio del Estado por el uso de información privilegiada, - nunca existió esta información privilegiada-, cuando precisamente el ingeniero Pareja Yannuzzelli, no podía conocer el número de reservas del campo Singue, ni de ningún otro campo. Con estas consideraciones cabe cuestionarse si los hechos probados dentro de esta causa, llegan a ajustarse al juicio de tipicidad que exige el tipo penal peculado, conducta que se encuentra tipificada y sancionada en el artículo 257 del Código Penal vigente aquel entonces. El verbo rector de este tipo penal es abusar, no obstante, Fiscalía General, en ningún momento pudo llegar a demostrar la forma en la cual el ingeniero Pareja Yannuzzelli, por haber abusado de fondos públicos, tuvo un beneficio patrimonial. Además, es importante considerar que a fin de que se consume esta conducta penal, se necesita que sea cometido por funcionarios públicos que abusen de fondos públicos, no obstante, la sentencia del tribunal omite pronunciarse acerca de uno de los elementos objetivos del tipo penal, y es el beneficio patrimonial indebido. Ahora, esta defensa técnica se cuestiona ¿quién se benefició? nadie se benefició, ni siquiera el ingeniero Pareja Yannuzzelli, y ¿el estado ecuatoriano fue perjudicado? se ha demostrado que no fue perjudicado, que al contrario, tuvo un beneficio por el 128% de ingreso de rentas petroleras. Al no configurarse, entonces, ni el perjuicio al Estado, ni el beneficio patrimonial propio o a favor de un tercero, no se llega a configurar la tipicidad de la infracción, por lo cual no llega a consumarse el delito de peculado. Me voy a referir ahora al voto salvado del juez de la Corte Nacional, Iván León, que en su momento dijo y de manera textual me permito leer: *"Que toda la prueba practicada en la audiencia de juzgamiento, Fiscalía General del Estado no ha*

podido demostrar conforme a derecho la materialidad de la infracción. Para poder hablar de la realidad jurídica de una conducta ilícita, hay que señalar que esta debe reunir los cuatro elementos constitutivos de la existencia de un delito, esto es, que sea un acto, típico, antijurídico y culpable, los mismos que deben ser consecuentes y sistemáticos entre sí, y en caso de inexistencia de alguno de estos elementos la consecuencia clara, es la inexistencia del delito." Además, tampoco se comprobó la existencia del elemento subjetivo, como es el dolo. No debemos olvidar señores jueces que el peculado es un delito de resultado, bajo ninguna circunstancia puede existir un perjuicio futuro, un peculado futuro. Es necesario que se valoren además los testimonios que fueron rendidos por: 1.- Nubia Almeida, cuyo testimonio obra a fojas 55 de la sentencia, quien en su parte medular manifiesta que, y doy lectura: *"el perjuicio económico al Estado fue de 28.47 9.889 millones de dólares.",* pericia contable anti técnica, que no calcula un perjuicio económico actual, es decir, a esa fecha, sino al futuro, además, la perito en su testimonio acepta que realizó una proyección en una hoja de cálculo de Excel, y una simulación económica financiera, por lo tanto, su pericia está basada en meras suposiciones, y no en datos reales; y, 2.- El testimonio de la señora Mary Julieta Villarroel Ríos, funcionaria de la Dirección de Recursos Naturales de la Contraloría General del Estado, cuyo testimonio obra a fojas 50 de la sentencia, y que en su parte pertinente señala: *"Conclusión que se ha ocasionado una pérdida de más de 5 millones de dólares en perjuicio del Estado ecuatoriano, a la fecha del corte del examen, es decir, el 30 de septiembre del 2016."* 3.-El señor Héctor Pazmiño Recalde, consultor en petróleo y energía, consultor internacional y nacional, con experiencia de más de 44 años que en su testimonio que obra a fojas 117 de la sentencia de instancia, cita textual: *"Que el contrato tiene beneficios para el Estado, debido a que el campo Singue estuvo cerrado por más de 15 años, pero que a partir del 2012, el Estado ecuatoriano ha recibido ganancias sobre los 152 millones de dólares de ingresos netos, lo cual supera la estimación inicial que realizó la Secretaría de Hidrocarburos."* Es imprescindible mencionar que tanto la perito contable, como el equipo de Contraloría, no tenían experticia alguna en temas petroleros, y se indica que no se consideró el 100 % de reservas, y que únicamente se tomó el 80% de reservas. Esto evidencia aún más el desconocimiento absoluto de los testigos sobre conocimientos técnicos. Es así como se ponen en tela de duda los peritajes indicados, debido a que existen contradicciones y divergencias entre sí. Por una parte, la perito contable acreditada por Fiscalía, se mantiene en 28 millones de dólares, aproximadamente, de perjuicio, por otra parte, la funcionaria de la CGE, se mantiene en 5 millones de dólares de perjuicio, es decir, existe una diferencia abismal de uno y otro valor del presunto perjuicio al estado. Nubia Almeida, perito contable, afirma en su pericia, en la parte pertinente: Conclusión, que el valor es de 28 millones de dólares aproximadamente, y Mery Julieta Villarroel, de la Contraloría, mantiene un presunto perjuicio de 5 millones de dólares, diferencia de 23 millones de dólares entre los dos valores de presuntos perjuicios. Debo terminar mi intervención, indicando que la mediatización de la justicia y el populismo penal, han marcado al ingeniero Carlos Pareja Yannuzzelli, mi defendido ha sido estigmatizado por la sociedad en general, tanto así que al escuchar el sobrenombre CAPAYA, equivale a culpabilidad, lo que ustedes, señores jueces de este tribunal, deberán subsanar ratificando el estado de inocencia de Carlos Pareja Yannuzzelli, y levantando las medidas cautelares que pesan en su contra.

4.2.- Recurso presentado por el encartado JORGE DAVID GLAS ESPINEL

Su defensa técnica, conformada por los abogados César Rubén Rueda y Edison Loaiza Granda, plantearon:

(...) Procedo a fundamentar el recurso de apelación de la sentencia condenatoria de mayoría, dictada el 26 de enero del 2021, a las 07h40, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Policial y de Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, de la cual se recurre. … fundamentando el recurso que de apelación en cuanto se refiere a la inexistencia del delito de peculado, tipifi-

cado y sancionado en el artículo 257 del anterior Código Penal, vigente a la época de los presuntos hechos, ahora tipificado y sancionado por el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, esto es, que jamás ha existido perjuicio en contra del Estado dentro del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos del bloque Singue, y que incluso hasta la presente fecha se mantiene operando con beneficios económicos para el Estado ecuatoriano, por parte de la empresa. Situación que no se entiende cómo es que si el Estado ha sido perjudicado en este contrato, ya se debió unilateralmente dejado sin efecto el contrato, y no es así. En este caso el mismo Procurador General del Estado debió haber solicitado que unilateralmente se deje sin efecto este contrato. El comité de licitación de hidrocarburos COLH, que por mandato legal, mi defendido, el ingeniero Jorge David Glas Espinel, al ser Ministro Coordinador de los Sectores Estratégicos dentro de él, como miembro del COLH, que sin ninguna observancia a lo señalado en el artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal, respecto a omisión o acción del presunto delito de peculado por parte de mi defendido, ya que no existe ni un solo elemento de convicción de nexo causal señalado en el artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal, que mi defendido Jorge Glas hay adecuado a su conducta algún verbo rector del delito de peculado, que la Fiscalía sin haber determinado el grado de la supuesta participación, acusó a mi defendido, y que lamentablemente constituye el hierro del tribunal sentenciador para determinar su supuesta responsabilidad en calidad de coautor acorde al artículo 42.3 del Código Penal, imponiéndole la pena de 8 años de reclusión mayor. El hecho de que mi defendido haya sido miembro del comité de licitación hidrocarburífera, que nombra un equipo de negociación que generó un análisis de informes del contrato de licitación petrolera, donde es importante que el informe de aprobación de la comisión de evaluación del informe número uno, fue suscrito por mi defendido Jorge Glas Espinel en el ejercicio de sus funciones. Subrogó funciones a un tercero para el ejercicio de su cargo al momento de la aprobación de este informe, cuestión que no fue aceptado como prueba de descargo por Fiscalía y el tribunal sentenciador, entre otros elementos de prueba de inexistencia del delito y la ninguna responsabilidad dejó de observar el tribunal, el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal, cuya finalidad de prueba jamás pudo llevar al convencimiento de existencia del delito de peculado y peor aún la ninguna responsabilidad, sino que debió ratificar el estado de inocencia cumpliendo a lo señalado en el artículo 619 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal. De la sentencia impugnada, a más de haber sido miembro del COLH, que no le atribuye responsabilidad alguna, si efectivamente hubiese existido el delito de peculado, ya que al nombrar un equipo negociador multidisciplinario experto en áreas estratégicas que den conocimiento técnico para poder tomar decisiones coherentes, y que del cual mi defendido no firmó no formo parte de esta comisión de negociación, luego el 10 de febrero del 2012, mi defendido se separa de esta cartera de Estado para ejercer funciones diferentes, cuya individualización de conducta tampoco fue analizado por el tribunal, donde mi defendido no tiene nada que ver, pues es evidente la falta de motivación de la sentencia condenatoria por qué no se valoró ninguna prueba de inexistencia del delito y consecuentemente de ninguna responsabilidad. Se basaron en que mi defendido incurrió en la en la comisión del artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal, es decir, que mi defendido, por su deber objetivo de cuidado, y que ha preferido no evitar en este presunto delito de peculado, es responsable y adecuó su conducta al presidente delito de peculado, consecuentemente, se establece muy claramente que mi defendido es inocente, pues no existió una valoración de la prueba por parte del tribunal. Le atribuyó la responsabilidad por no hacer, como causa de participación del delito, y conforme le atribuyó la Fiscalía. Al realizar un reexamen de la audiencia de juzgamiento, encontrarán que con toda la prueba desarrollada en la audiencia de juzgamiento por parte de Fiscalía y la Procuraduría General del Estado, no se ha demostrado la

materialidad del presunto delito de peculado, es decir, que encontraran a inexistencia del delito de peculado tipificado y sancionado en el artículo 257, inciso primero del Código Penal. Debo indicar, además, que las sentencia es totalmente motivada, se acoge prueba inexistente, prueba ilegal, se le da un valor que en materia penal se conoce como interpretación extensiva y en contra del principio de favorei, pues al vivir en un Estado neo constitucional, se garantiza derechos, libertades y garantías que no pueden ser soslayados por ningún operador judicial, la valoración de las pruebas debe ser legal, a una justicia sin dilación, el derecho a la defensa garantizar el artículo 75 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador. Por lo que, en este caso me permito, que no es dable, sobre el voto salvado emitido por el doctor Iván León, quiero dar lectura únicamente a lo que respecta a la parte novena de la resolución que dice claramente: *"A la luz de toda y cada una de las consideraciones que quedan expuestas en esta sentencia, en estricta observancia a lo dispuesto en los artículos 75, 76,77 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 8, 10, 11 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, artículos 8 y 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, artículo 14, 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, habiendo este órgano jurisdiccional despejado todas y cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación fundada en la premisa fáctica, material y jurídica y sin entrar en otro tipo de consideraciones y análisis en aplicación a lo dispuesto en los artículos 621 y 622 del Código Orgánico Integral Penal, 138 y 221.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el presidente Tribunal de Garantías Penales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de Justicia."*. Señores jueces, esa es la situación por la cual se pide que se haga un reexamen de toda la prueba, porque arribarán a una misma conclusión de este voto salvado. Hasta aquí mi intervención a fin de que se pueda revocar esa sentencia condenatoria injusta, ilegal, inconstitucional y se ratifique el estado de inocencia de mi defendido, el señor ingeniero Jorge Glas Espinel. Doy paso a la intervención del Dr. Rubén Rueda, quién va a explicar, a fundamentar en la parte técnica con respecto a este contrato. : Yo quiero insistir en cuatro elementos que, desde nuestro punto de vista, son fundamentales, y que consideramos, no han sido tomados en cuenta. Los procesos licitatorios como el cuestionado dentro de la 10ª ronda petrolera, son documentos efectivamente autorizados, aprobados y revisados, por un cuerpo colegiado denominado el Comité de Licitaciones de Hidrocarburos. Ese comité de licitaciones de hidrocarburos, por mandato legal y por obligación reglamentaria, procede a emitir determinados instrumentos como son los instructivos para la licitación de prestaciones hidrocarburíferas, el modelo de contrato para prestación de servicios, las bases de contratación, los métodos de evaluación de ofertas, los instructivos sobre forma y contenido de las ofertas, los modelos económicos, es decir, todo un conjunto al amparo del derecho administrativo público, garantizan y rigen el procedimiento que deben seguir cada uno de los potenciales oferentes, al ser tomados en cuenta dentro de un proceso licitatorio. En el caso de nuestro defendido, nosotros vamos a referirnos exclusivamente a la fase precontractual, y en el caso de la fase precontractual, recalcamos, de que es una obligación, en este caso de un cuerpo colegiado, aprobar los documentos previos a las licitatoria, y a la publicación, dando especial énfasis, en este caso, de que existió un solo oferente para el campo Singue. No solo se convocó a este proceso licitatorio, se convocaron a seis campos adicionales, en los cuales se recibieron ofertas, siendo el campo Singue, el que recibe una sola oferta por parte, en este caso, del consorcio indicado. ¿Cuáles son los problemas que existen adicional al mismo? Como es entenderse, ya lo ha indicado la abogada de la defensa que nos antecedió en la palabra, efectivamente, la conformación de este Comité, se encuentra estructurada por un Director Jurídico, por un Viceministro de Hidrocarburos y en este caso, a esas épocas, el Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos. Su obligación y mandato de carácter legal y reglamentario, era continuar, aprobar y revisar cada una de estas

documentaciones. Adicionalmente, de lo que se desprende del análisis de las fojas en el proceso, el momento en que se abren las dos fases del proceso licitatorio, y proceden con la apertura del sobre, se constata de que, en este caso, el Dr. Jorge David Glas Espinel, no suscribió la resolución de las actas de apertura del sobre 1, que sintetizan exactamente la valoración técnica y económica sobre la idoneidad y solvencia, en este caso, del oferente, pero indistintamente de la no suscripción, por unanimidad se aprueba la participación por parte de este cuerpo colegiado, en donde faculta el inicio a posterioridad de la fase 2, de la apertura del sobre 2, que es el proceso de negociación entre las partes. ¿Cuál es el objeto central de esto? Al ser cuerpos, organismos colegiados integrados por decisores que vienen más bien de la parte política, lo lógico es tener un sustento técnico. Ese sustento técnico, es conformado tanto por funcionarios con capacidad y solvencia, experiencia y conocimiento de criterios técnicos, tanto del Ministerio, como por, en este caso, la Secretaría de Hidrocarburos. Ellos son los que conforman, los que tienen los parámetros y los elementos para realizar, mediante el método de evaluación, los requisitos necesarios, exigidos y exigibles, para poder calificar las diferentes propuestas, que creo que han sido demostrados durante todo este proceso. Los dos elementos adicionales, en donde se sustenta en la fase precontractual, una supuesta demanda de demostración del delito de peculado, se circunscribe con respecto a lo que significa, reservas y tarifa. Es conocido dentro del mundo petrolero, que el manejo de las reservas es lo que se encuentra en el Libro Único de Reservas, que es el documento oficial a través del cual usted tiene como base y fundamento para comenzar un proceso licitatorio. Este y los seis procesos licitatorios adicionales, son los que establecen una base mínima de las reservas existentes y la capacidad técnica para poder, en un horizonte futuro, el desarrollar adecuadamente, la explotación de las mismas, en base a proyecciones, cálculos y definiciones relativas y concordantes a la inversión que se tiene que realizar a cada una de ellas. Bajo ningún punto de vista de los criterios que se manejan a nivel de geología e ingeniería de reservorios, no se puede certificar, que existe una capacidad de extracción de hasta un 100% de reservas. Los cálculos normalmente se realizan sobre estimaciones de volumen a ser recuperado en el tiempo, y no podemos desconocer con conceptos básicos de reservorios inaplicando en la industria petrolera, con este tipo de criterios. El eje central siempre es tratar de optimizar reservas, mejorar su capacidad de extracción y de recuperación en los diferentes yacimientos. Uno de los ejes centrales con respecto a las observaciones que se han realizado en este campo, datan de información de un solo pozo petrolero. No estamos ablando de algunos adicionales. En el fondo cuando se arrojan sombras sobre el proceso licitatorio de la décima ronda, tampoco se toma en cuenta lo que efectivamente también se indica. No hubo interés por parte de Petroamazonas, ni por parte de diferentes empresas, el explorar o explotar este campo. La proyección de las inversiones siempre fue tratar de incrementar reservas en el tiempo del contrato, para mejorar su capacidad de recuperación y optimización del crudo, y las mismas que garanticen un retorno adecuado, en este caso, para el Estado ecuatoriano. Guarda redundancia lo que se ha argumentado en este caso referente a los informes relativos a lo que es reservas, ya que efectivamente, se confunde que el informe realizado por Geotec, es un informe dentro de un análisis que se hace a todo un tema estructural, y es el mismo Gerente General de Petroamazonas, en ese tiempo, quien desconoce y niega por no ser un documento oficial, y en donde existen confusiones con respecto a la certificación de reservas, ya que exclusivamente, como recalcamos, es el organismo de control, en este caso el Ministerio, el que puede certificar las mismas. De otra parte, indicaban los técnicos, que no se cumple con el marco del trabajo provisto por la SPE, y los PRMS, para clasificar los volúmenes de petróleo y gas. Fueron los argumentos centrales, ya que adicionalmente los números referentes a reservas, no estaban categorizados como norma internacional. **De otra parte, en la fase precontractual que es nuestro interés el destacar cada una de las**

inconsistencias existentes, efectivamente se demuestra que por parte de Fiscalía no se toma en cuenta la declaratoria de nulidad de los dos informes de la Contraloría General del Estado, sentenciados a través del Tribunal Contencioso Administrativo, en donde prescriben y no pueden ser válidos dentro del proceso. Finalmente hay algo que es que es muy grave. Como todos tenemos conocimiento, se expide el laudo arbitral en el Tribunal de Arbitraje Internacional, con sede en Chile, y es realmente preocupantes todas las argumentaciones que se presentan con respecto a otorgar en este caso, la razón a la contratista, liberando de responsabilidades a las partes, y acusando directamente, a la Fiscalía y a la Contraloría General del Estado, de haber omitido determinados argumentos que defectivamente influyen directamente en el fondo de la causa. Finalmente, hay algo que es fundamental ser tomado en cuenta, es que la mayoría de los miembros del comité de licitaciones tomaron sus decisiones en unanimidad, y no existe ningún voto salvado, no existe una diferencia por parte de alguno de los miembros que integraban, a esa fecha, el Comité de Licitaciones Hidrocarburíferas, razón por la cual coincido con el análisis realizado con anterioridad, en el sentido de que existe por parte de un miembro del COLH, la no sustanciación de un proceso, y proceden a una liberación a uno de los miembros del COLH, ratificando, en este caso, la culpabilidad, en la sentencia de primera instancia, para los otros dos miembros del COLH. Es todo lo que podríamos aportar con respecto a lo indicado ya por el Dr. Loaiza.

[subrayado fuera de texto]

4.3.- Recurso presentado por el procesado WILSON MARCELO PASTOR MORRIS

Su defensa técnica, conformada por los abogados Mónica Manuela Vargas Cerdán, Jorge Roditi Caputi y doctor Juan Pablo Albán -tomando la palabra éste último-, arguyó:

(...) De antemano aclaró que voy a dividir mi presentación en fundamentalmente dos momentos. **Primero, voy a referirme a una cuestión procesal, que no es menor y que acarrea la nulidad de la presente causa**; y, en segundo lugar, voy a referirme a las cuestiones sustantivas para la eventualidad, es decir, en subsidio de mi argumento sobre nulidad. Para la eventualidad, decía, de que la Sala considere que es necesario analizar la cuestión de fondo, y al analizar estas cuestiones sustantivas, las voy a relacionar con las categorías dogmáticas de conducta penalmente relevante: tipicidad y antijuridicidad, en el presente caso. **Empiezo entonces por la cuestión procesal que implica la omisión deliberada de la consideración de un presupuesto procesal necesario para que existiera un proceso válido en el presente asunto. Se omitió, insisto, deliberadamente, el considerar la necesidad de un requisito de procedibilidad, y el artículo 652 numeral 10º del Código Orgánico Integral Penal, les impone a ustedes, como tribunal que está conociendo un medio de impugnación, la obligación de declarar, sea de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que se produjo esta nulidad, a costa del servidor o parte que la provocó**. En este caso, **esa nulidad se produjo desde la formulación de cargos misma**. La defensa de Wilson Pastor Morris, y esto quiero aclararlo, **ha venido alegando esa nulidad desde la primera oportunidad procesal que tuvo, esto es, la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio** que se instaló el día 23 de septiembre del año 2019, y que fue presidida por el hoy Presidente de esta Corte Nacional de Justicia, Dr. Iván Saquicela Rodas, y yo **en esta ocasión por eso debo insistir en la nulidad existente**. ¿Cuál es el vicio? Preguntarán ustedes. **Para la fecha en que inició el proceso mediante formulación de cargos 13 de marzo del 2019, insisto, 13 de marzo del 2019, el artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal establecía en su inciso final que, para el ejercicio de la acción penal entre otros delitos, por peculado, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios del responsabilidad penal emitido por la Contraloría General**, y seguramente ustedes van a escuchar cuando se responda a mis argumentos que ese informe si existe, que es el informe DACE044-2017, que forma parte del informe general DACE 045-

2017. Les van a decir también que bajo la normativa vigente ese informe no es necesario, porque su a dicho la Corte Constitucional, y les van a decir además, que en cualquier caso, es informe no constituye prueba, porque efectivamente, de conformidad con lo que determina el artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal, las noticias del delito no son prueba. Sin embargo, y **antes de explicar por qué el informe es nulo y en consecuencia no existe, y en consecuencia faltaba el requisito de procedibilidad, voy a llamar su atención sobre dos hechos: el primero de ellos es que la Contraloría General del Estado, hoy, astutamente, no se ha sentado a la mesa**, pero siempre estuvo sentada a la mesa, y se le permitió intervenir. Ustedes pueden ver a fojas 20 de la sentencia impugnada, la sentencia de primer nivel, cómo consta la transcripción de la exposición en alegatos de apertura de la Contraloría General del Estado. Es curioso que hoy no está, porque siempre estuvo, y también durante la fase de evaluación, el doctor Saquicela, les permitió intervenir, es más se enojó de que las defensas reclamarán de que no se le permitiera intervenir, por no ser parte procesal, pero eso, finalmente, sería secundario, si no fuera porque **ese informe de la Contraloría, que no existe porque es nulo, y ya voy a explicar quiénes lo dicen, fue utilizado en la sentencia como prueba**. Les voy a leer textualmente lo que dice a fojas 207 la sentencia: "El tribunal considera que de haberse actuado correctamente por parte de los procesados, hubiera existido el beneficio que realmente correspondía el Estado, es por ello que este juzgador tomando como base exclusiva ni siquiera como una prueba más como base exclusiva [dice el voto de mayoría un voto de 311 páginas, que en realidad no está motivado frente a las 561 del voto salvado del Dr. Iván León, que explica claramente por qué no hay materialidad, pero ya voy a llegar allá, ya voy a llegar allá] tomando como base exclusiva lo determinado por la Contraloría General del Estado, fija en 5 millones de dólares el perjuicio al Estado ecuatoriano." Esa es la prueba, es prueba un informe inexistente. Ahora, **¿Por qué digo yo que el informe es inexistente? ¿Por qué insisto en que no hay informe? Porque el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, señala que estos informes deben ser tramitados desde la emisión de la orden, hasta su aprobación por el Contralor o la Contralora, en el plazo máximo e improrrogable de 180 días. Eso dice la ley y eso decía la ley para el tiempo en que este informe se elaboró. Este informe que no existe precisamente porque no se observó este plazo. La orden fue emitida con fecha 12 de septiembre del 2016, el informe fue aprobado con fecha 01 de agosto del 2017, cuando habían transcurrido 221 días desde la emisión de la orden**. 221-180, dan 41 días que ya se encontraba caducado este informe. **La facultad de la Contraloría de emitir y aprobar ese informe, había caducado 41 días antes** y dirán: "Bueno, Albán está exagerando, se ha emocionado, esta es su opinión." No, no es mi opinión, **esa caducidad ha sido declarada no una, dos veces por la justicia ecuatoriana en el marco del proceso 17811- 2018- 01125, sentencia dictada el 18 de noviembre del 2021, a las 11h37, que tiene razón de ejecutoria, como ustedes pueden constatar de una simple verificación del SATJE, y ya antes, y eso fue introducido como elemento de prueba, pueden verlo a fojas 155 de la sentencia impugnada como consta como elemento de prueba aportado por la defensa de Wilson Pastor**, en la persona de la abogada Mónica Vargas, quien me antecedió en ese ejercicio, decía: "La sentencia dictada en el proceso 17811-2018-00285." **Dos veces ha declarado la justicia contencioso administrativa que ese informe no tiene validez, es nulo porque había caducado la facultad de la Contraloría para emitirlo. Esa sentencia se basan en variados precedentes jurisprudenciales** que pudiéramos ahora, yo no puedo por el tiempo que tengo corto, detenernos de explicar **varias decisiones de esta misma Corte Nacional en su Sala Contencioso Administrativa, desde el año 2017. También una la sentencia de la Corte Constitucional la 157-18-EP-CC, que determina que ese plazo de 180 días es fatal**, fatal. Pero eso no es todo porque ustedes mismos saben que

ese informe carece de validez y es nulo, saben porque ustedes suscribieron como miembros del pleno de este tribunal la resolución 10-2021 adoptada por la Corte Nacional de Justicia, el 29 de septiembre de 2021, y me voy a permitir citar esa decisión que ustedes mismos suscribieron, y por ende la conocen: "El artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría, establece un plazo o término fatal, según corresponda, de cumplimiento obligatorio por parte del ente de control, vencido el cual, opera la caducidad de la facultad contralora." Eso dice la decisión que ustedes, no digo yo que **ese informe es de inexistente, lo ha dicho la justicia ecuatoriana y muchas veces**, muchas veces, pero más allá de eso hay otro problema con este informe. El artículo 89 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, señala que al realizar las auditorías gubernamentales, los equipos deberán estar integrados por profesionales de reconocida idoneidad individual y competencia, pero a la fecha de realización del informe, la jefa del equipo auditor, nada más ni nada menos que la jefa del equipo auditor, la señora diana Elizabeth Ontaneda Bedoya, no tenía título profesional alguno, registrado en ninguna autoridad de educación superior de este país, y así lo reconoció públicamente durante su testimonio en la audiencia de juicio. Consta en la sentencia que ella no tenía ningún título profesional, o sea hay otra causa de nulidad, porque **el Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 215, recordemos que esa es ley supletoria en todo lo no previsto en el Código Orgánico Integral Penal, en virtud de la disposición general primera del Código Orgánico Integral Penal, el artículo 215 del COGEP, señala claramente que cuando un documento público no se ha elaborado de conformidad con las formalidades previstas en la ley, no tiene valor alguno, es nulo**. Seguramente cuando la parte acusadora ejerza su contradicción, ustedes van a escuchar que todo este planteamiento que yo estoy haciendo, es fútil, porque existe la sentencia de la Corte Constitucional número 5-13-IN/19, de ponencia del Dr. Ramiro Ávila Santamaría, y si existe efectivamente, pero hay un problemita también con esa sentencia, esa sentencia fue dictada el 2 de julio del 2019, 111 días después de la formulación de cargos, es decir, para cuando se formuló los cargos, **para cuando este proceso inició, existía un requisito de procedibilidad que no podía ser omitido, y eso genera la nulidad de todo lo actuado en esta causa, nulidad a la que no nos allanamos**, y que vamos a seguir alegando todas las veces que sea necesario, pero que esperamos que sus señorías tomarán en cuenta, y que van a declararla. Nos dirán también después en las contradicciones que no, que finalmente la propia sentencia dice que esto va a tener efectos retroactivos, no es cierto. El artículo 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dice que las sentencias de la Corte Constitucional en control abstracto, como se esta, no tienen efectos retroactivos salvo para preservar la integridad del sistema, para lo cual sería necesario que la propia corte declare que tiene efectos retroactivos, y yo le reto a las partes acusadoras a que encuentren en el resolutivo de la sentencia, no en el texto, las referencias a la imprescriptibilidad de la acción penal, qué es lo que se usó para disfrazar las cosas, en el resolutivo que la Corte Constitucional del Ecuador haya dicho que se va a aplicar de manera retroactiva. Le reto porque sé que no lo dijo, a ver si ellos lo encuentran, por lo menos en la que yo he leído, que es versión oficial, no está. Con esta cuestión procesal que es muy importante y que ustedes deberán tomar en cuenta, voy, en subsidio, a pasar a desarrollar mis argumentos sustanciales. Empezaré por la cuestión de la conducta penalmente relevante. ¿Qué es lo que hizo Wilson Pastor Morris, que lo tiene aquí sentado? ¿Qué es lo que él hizo? Porque el artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal dice que son penalmente relevantes las acciones o las omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables, sino no hay acto, y un estudiante de penal 1 sabe muy bien que en la teoría del delito lo primero que examinaremos es si hay acto, y aquí no hay acto. ¿De qué se le acusa? Esto no es mi invención. Folio 290 de la sentencia impugnada: "(...) de haber participado en la fase previa,

precontractual y de ejecución del contrato de prestación de servicios para la explotación del campo Singue." Lo que, en general, es falso. Ya les voy a explicar por qué es falso. En junio del 2011, se convoca a la 10ª ronda petrolera. ¿Cómo se convoca a la 10ª ronda petrolera donde se licita Singue? A través de un comité de licitación hidrocarburífera, integrado por el Viceministro de Hidrocarburos, el Ministro de Sectores Estratégicos, y la Directora de Asesoría Legal, ¿Participaba de ese comité que convocó a la 10ª ronda petrolera, Wilson Pastor? No. Septiembre del 2011, presentación de ofertas. Esto es precontractual, cierto, se afirma que participó en la fase precontractual. "Dos comisiones, cada una de ellas integrada por funcionarios técnicos de carrera."

¿Formaba parte de esas dos comisiones de funcionarios técnicos de carrera, Wilson Pastor en presentación de ofertas? No. Proceso de negociación, seguimos en fase precontractual. Comisión de Negociación integrada por cuatro funcionarios de carrera distintos, también técnicos. ¿Era uno de esos cuatro funcionarios Wilson Pastor? No. esto fue en diciembre de 2011, a marzo de 2012. Fase contractual, ahora sí. Adjudicación del contrato al consorcio Gente Oil. Ese es el único acto en el que interviene Wilson Pastor Morris, mediante resolución del ministro, número 677-2012, que forma parte del acervo probatorio documental en este caso, es lo único en lo que intervino. Luego, en abril de 2012, viene la firma oficial del contrato a cargo de la Secretaría de Hidrocarburos.

¿Participó de eso Wilson Pastor Morris? No, no participó. Mayo de 2013, el ingeniero Wilson Pastor Morris deja su cargo como Ministro de Hidrocarburos. Entonces hay una afirmación falsa en ese primer acto que se le endilga, pero no es el único, también es el siguiente: "Haber conocido de la negociación como Ministro de Recursos no Renovables." Por supuesto, porque la ley le imponía como parte de sus deberes y sus atribuciones, conocer de todas las negociaciones que se estuvieran llevando a cabo, que no es equivalente a intervenir en ellas. Conocimiento tenía, como tenemos los ciudadanos cuando abrimos el periódico en alguna página que nadie se ocupa de leer, y se da cuenta de que hay una nueva negociación petrolera en curso. Tercer acto que se le endilga: Haber conocido de la expresión de interés de Suelopetrol, por una comunicación que no estaba dirigida a él, sino al Viceministro de Hidrocarburos, el 21 de enero de 2011, es decir, seis meses antes de que inicie la décima ronda petrolera. En el mismo punto dice el voto de mayoría que también ha conocido de la expresión de interés de Digoil, por el envío de una comunicación que envió dicha empresa al Presidente de la República el 26 de enero de 2011, en que expresa el interés no de Digoil, sino del Consorcio Petrolero Amazónico, una entidad conformada por más de diez empresas, en operar el campo Singue, también seis meses antes de que inicie la ronda petrolera. Se le endilga además, haber sido subgerente de una empresa privada CPEV, ¿Cuándo? En el año 2003, no cuando era Ministro, y que en el año 2003, esa empresa de la que él era subgerente, tuvo relaciones comerciales con Digoil, lo que no me parece precisamente que sea ilícito, viene más o menos siendo como que se dijera de alguno de ustedes 3, que fueron socios de un estudio jurídico que están atados persecula seculorum, y para siempre, a todos los clientes con los cuales del estudio jurídico tuvo contratos de prestación de servicios, más o menos es así lo que se está afirmando. Eso no es ilícito, el haber sido Subgerente de una empresa o ¿en qué parte es ilícito? o ¿cómo es lícito y cómo se ata eso con el cometimiento de un peculado? Y finalmente, el último acto que se le endilga: Haber conocido información técnica sísmica sobre el campo, aludiendo a un informe elaborado por Geotec, y las defensas que me han antecedido ya se refirieron a eso, y ya han explicado por qué ese informe no tiene validez, no tiene eficacia, pero creo que vale la pena insistir en algunos problemitas que presenta el informe de Geotec. Más allá de que el informe fue introducido de manera ilegal, porque el artículo 604 del Código Orgánico Integral Penal determina que en la dinámica de la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, las partes deben anunciar la totalidad de las pruebas de las que se van a servir en

juicio, y Fiscalía ni procuraduría anunciaron esta prueba, ninguna de las dos, ninguna de las dos lo anunció, y se puede llegar al audio de la audiencia preparatoria de juicio, o a la transcripción que consta en el SATJE, pero más allá de haber sido introducido ilegalmente, ese informe, como reconocieron en audiencia a varios testigos, no tiene firma de responsabilidad, nunca fue entregado formalmente, fue descartado por Petroamazonas, lo que se informó oportunamente a la Fiscalía General del Estado en el marco de la investigación previa de este caso, mediante oficio de 15 de junio del 2018, dirigida a la fiscal Digna Mena Martínez, que, por cierto, forma parte del acervo probatorio documental de esta causa. Ese oficio que forma parte del acervo probatorio documental, dice que Petroamazonas, efectivamente, tiene en su archivo ese documento, pero que el grupo GOT Group Limited, no tiene calidad de certificación de reservas, y que no se ha cumplido con el marco de trabajo de la Sociedad de Ingenieros Petroleros. Este mismo informe de Geotec, por cierto, fue ignorado en agosto del 2018, cuando se licitó el campo Cuyabeno-Sansahuari, se licitó y se adjudicó el campo Cuyabeno-Sansahuari. El informe de Geotec, no se refiere a Singue, se refiere al campo Cuyabeno-Sansahuari. Hay que sentarle al ministro de esa época también, del régimen del señor licenciado Lenin Moreno, a que responda por tener información privilegiada y no haberlo usado, perjudicando al Estado, es por decir lo menos descabellado, pero más allá de estos defectos formales, sus señorías, tiene defectos sustanciales, y quiero insistir en lo que dice ese oficio de Petroamazonas, que es parte del acervo probatorio de este caso. La única entidad que fija parámetros para la determinación de reservas petroleras a partir de la realización de cierto tipo de estudios geológicos, es la Sociedad de Ingenieros Petroleros, a través de un mecanismo que se llama: Sistema de administración de recursos petroleros, todo en inglés lleva las cifras SPE-PRMS. ¿Quién otorga la certificación a las empresas para que puedan hacer esos estudios? La sociedad de ingenieros petroleros, es la única a nivel global, ¿Geotec cuenta con esa certificación? No la tiene. El informe de Geotec carece de validez. Ya lo dijeron las defensas que me antecedieron, quiero ir cerrando este punto para ir al último, que el único documento válido y oficial para estimar reservas de crudo, es del Libro Nacional de Reservas, no hay otro, es solamente el Libro Nacional de Reservas, que también forma parte del acervo documental de este caso. Ese Libro Nacional de Reservas, da cuenta de que había, en el campo Singue, algo más de 2.5 millones de barriles. Con ese valor se realizó la negociación, porque es el único documento válido para negociar, y eso no es mi opinión. Los testigos de la Fiscalía Luis Paredes y Guerra Fuel, y el perito de la Fiscalía Fernando Reyes, dieron cuenta de que es así, que solo se puede usar el Libro Nacional de Reservas. Hay un par de comentarios, y cierro este punto. ¿Quién es Paredes Galeas? Es un señor que vino a la audiencia de juicio a decir que él puede determinar cuántos barriles de petróleo hay bajo el piso a ojo de buen Cubero, como si ustedes van al médico, y el médico les dice: "A ojo de buen Cubero, yo creo que usted tiene apendicitis". ¿Quién es Reyes? Reyes, el perito estrella de la Fiscalía en este caso, es un señor que se ha vuelto internacionalmente conocido, pero, sobre todo, nacionalmente conocido. Es probable que ustedes han oído de casos Chevron. Reyes es ese señor que fue a reconocer en una Corte del Estado de Nueva York, que había falseado la verdad en ese caso, en el caso Chevron, con lo que terminó, no solamente perjudicando a los comuneros que efectivamente experimentaron el derrame, sino perjudicando a Chevron, por supuesto, a la que se le denegó justicia, y finalmente perjudicando al Estado, que quedó en ridículo internacional como un Estado con un mal sistema de administración de justicia, ese es el perito estrella de la Fiscalía, y él reconoce que el único documento para negociar es del Libro Nacional de Reservas. Quiero referirme ahora a la cuestión de la existencia o no del perjuicio, porque necesitamos analizar una segunda categoría dogmática, que es la tipicidad. En la tipicidad de peculado, bajo el 257 del Código Penal, que es la norma invocada por Fiscalía y aplicada por el Tribunal de juicio, hay unas

referencias a los sujetos activos, servidores de organismos o entidades del Estado, y toda persona encargada de un servicio público. Un núcleo de conducta, que en beneficio propio y o de terceros, hubieren abusado del patrimonio estatal. Ese abuso puede ser desfalco, puede ser disposición arbitraria o puede ser cualquier otra modalidad, una referencia al objeto material, dinero o bienes públicos, y una referencia a las circunstancias mientras estaban ejerciendo la función y esos bienes o dineros estaban en su poder, pero falta el núcleo de la conducta justo, y las defensas que me antecedieron ya se refirieron a la inexistencia de perjuicio, pero creo que vale la pena profundizar brevemente sobre esta cuestión. No hay un perjuicio, y no lo digo yo, lo dijo el Estado ecuatoriano, en primer lugar, en el marco de este proceso penal al certificar mediante oficio MRRNR- BH-2019-0386, de 9 de julio de 2019, a pedido de la Fiscalía, que nunca se pagó una tarifa de 33.50, sino que la tarifa pagada es de 27.80. Lo volvió a decir el Ecuador, el Estado ecuatoriano, de oficio, mismo Ministerio de recursos no renovables, me ahorro las siglas, número 077-2019, del 27 de abril del 2019, todo esto es parte de la prueba documental, está citado en la sentencia, a pedido de la propia Fiscalía, en que se señala que la renta petrolera percibida por el Estado ecuatoriano, a esa fecha, a esa fecha, abril del 2019, era del 128%, mientras que la empresa para ese momento se encontraba con un negativo de -32%. Hoy, el beneficio para el Estado ecuatoriano, no lo digo yo, lo dice el Ministerio de Recursos no Renovables, es de cerca de 300 millones de dólares. No hay perjuicio, hay beneficio. También lo dijo en la audiencia Mayra Albuja, Directora de Económica y de Comercio internacional del Viceministerio de Hidrocarburos, funcionaria pública, no hay perjuicio, hay beneficio. También lo dijo el perito Carlos Paredes al certificar que no existió un perjuicio para el Estado en el marco de este contrato, también todo esto se actúa en la audiencia de juicio, también lo dijo el juez ponente del Tribunal de juicio en su voto salvado desde fojas 867 en adelante, y en particular a fojas 869 se señala cómo la Fiscalía no pudo acreditar la existencia de ningún perjuicio para el Estado ecuatoriano y, en consecuencia, no hay materialidad de la infracción porque falta un elemento objetivo de tipicidad, pero no es cualquiera, es el núcleo de la conducta, el verbo rector, eso es lo que falta. Yo les invito a leer lo que dice el doctor Iván León a partir de fojas 867 en adelante, no es tan larga, es muy interesante, eso sí, lo acaba de decir un tribunal arbitral del día 24 de mayo del 2022, al resolver una demanda presentada por Gente Oil, en contra del Estado ecuatoriano, en la que el Estado ha terminado condenado, no sé si ustedes conocen este hecho, pero el Estado está condenado internacionalmente, entre otras razones, por este juicio penal, porque se ha determinado que las actuaciones de la Procuraduría, en el marco de este juicio penal evidencian dolo, eso dice el tribunal arbitral, dolo. Es decir, ustedes tendrían, al final, si pasamos a la cuestión sustancial y no se acepta mi argumento de nulidad, tendrían que declarar la malicia de la Procuradoría, eso tendrían que hacer, porque ya un tribunal internacional ha dicho que ha habido dolo, y ¿por qué dice que hay dolo? Porque la propia Procuraduría General del Estado fue ante ese tribunal en la Haya, a decir que no ha habido perjuicio para el Estado, es decir que la Procuraduría que acusa diciendo que hay perjuicio, internacionalmente dice que no hay perjuicio y que el contrato se tiene que seguir ejecutando. En honor al tiempo yo no voy a leer las partes relevantes del laudo arbitral, y ya no cabe actuar prueba, pero es público el laudo arbitral. Si ustedes entran a la página del Tribunal Mundial de Arbitraje, pueden encontrar el fallo, es público, y el derecho no se prueba y esto es una sentencia. También lo dicen las autoridades de control cuando no han determinado irregularidad alguna en más de 20 contratos petroleros, celebrados bajo la misma modalidad de prestación de servicios con tarifa. En ninguna de ellas hay un IRP, ni válido ni inválido, en ninguno de ellos hay una acusación de Fiscalía. En algunos de ellos, la tarifa de servicios sube de los 50 dólares, hasta los 52 dólares.

¿Por qué este caso? ¿Por qué en este caso? ¿Por qué los otros casos no nos preocupan?

Hay casos en los que la inversión que las empresas están haciendo es de más de setecientos millones de dólares, y la ganancia para Estado ¿de cuánto será? Pero este no, solamente es el único. No hay perjuicio, y está clarísimo que no hay perjuicio. Si no hay perjuicio, no hay el elemento central de la conducta de haber abusado del patrimonio del Estado y, en consecuencia, no hay tipicidad, y por tanto, no hay delito. Vamos a la última categoría que corresponde analizar, que es la antijuridicidad. ¿Hay realmente un comportamiento contrario al derecho que ha vulnerado un bien jurídico en la actuación de Wilson Pastor? La respuesta es un radical, definitivo y contundente no. El artículo 29 del COIP, señala que para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica, debe amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código. ¿Cuál es el bien jurídico afectado si ya hemos concluido que no hay ningún perjuicio para el Estado? El patrimonio del Estado no solo que ha estado a salvo, sino que se ha incrementado, y eso lo dice el Estado, aquí adentro en esta misma causa en el marco de la audiencia de juicio, mediante documento y declaraciones de los funcionarios, e internacionalmente en el proceso arbitral, al punto de que el Estado se opuso a que se termine el contrato en el proceso arbitral, no quería terminar el contrato, porque hay beneficio, dijo, pero más allá de ello, lo que en este caso ha habido, es un comportamiento conforme al derecho. El artículo 30 del COIP determina que no existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente, o de un deber legal debidamente comprobado. ¿Quién podía decidir a quien se adjudicaba la operación de campo Singue? No era Wilson Pastor Morris, era el Comité de licitaciones Hidrocarburíferas. No lo digo yo, lo dice la Ley de Hidrocarburos, que está en vigencia desde 1978, más allá de que haya sufrido varias modificaciones. El artículo 19 de esta Ley de Hidrocarburos, señala de manera taxativa que las decisiones del comité de licitaciones hidrocarburíferas, causan estado. Inciso final de la norma: "No son impugnables ni en sede administrativa, ni en sede judicial." La misma ley determina que una vez que hay una resolución del comité de Licitaciones Hidocarburíferas, la función de quien esté a cargo del Ministerio de Recursos Naturales, o de Recursos No Renovables, es proceder a la adjudicación a aquella empresa que haya sido identificada como ganadora de la licitación. Esto fue una licitación pública. En el marco de la 10ª ronda petrolera, donde se negociaron otros contratos, no solo Singue, tres empresas compraron las bases, solo una empresa presentó su oferta, un consorcio de empresas, más bien, para hacer exactos. No se aceptó automáticamente, pese a que era una única oferta, hubo negociación, una negociación que se según se dio cuenta durante la audiencia de juicio, fue extenuante, muy compleja, muy compleja, aquí estuvo el ingeniero Patricio Vergara que fue parte del equipo negociador, para dar cuenta de cómo había sido, y finalmente se alcanzó un acuerdo, y el COLH adoptó una resolución que notificó al Ministro, para que el Ministro haga lo único que podía hacer bajo el artículo 19 de la Ley de Hidrocarburos, en cumplimiento de un mandato legal, lo que es una causa de exclusión de la antijuridicidad. Dictar esta resolución, solo eso podía hacer, no tenía ninguna otra opción, porque si no la dictaba, estaba incumpliendo la ley, lo que pudo haberle generado responsabilidad administrativa y responsabilidad penal. Es decir, Wilson Pastor está sentado aquí por haber cumplido con sus funciones de acuerdo a la ley. Les pido a sus señorías que tomen en cuenta que el proceso es nulo, que tomen en cuenta que no hay perjuicio para el Estado, que por ende no se verifican los elementos de tipicidad del delito de peculado, que tomen en cuenta que la información privilegiada no es tal, que tiene deficiencias formales y sustanciales, que nunca estuvo sometida a reserva, que nunca estuvo en manos del Ministerio, solo de Petroamazonas, que Wilson Pastor se limitó a cumplir un deber jurídico, una disposición de la ley, lo que excluye la antijuridicidad en este caso, y si no hay una infracción de deber, no puede haber dominio funcional porque todos aquí han sido acusados de coautores funcionales con una teoría muy sui generis. Claro, se quedan afuera los que negociaron,

luego se quedan adentro otros, no se explica cómo se dividieron las tareas, es todo muy confuso, y doctrinariamente impreciso además. Ya no me voy a ir a eso, sé que están cansados y mis colegas también. **Declaren la nulidad porque existe la nulidad**, y en subsidio, si no declaran la nulidad, ratifiquen el estado de inocencia de mi defendido Wilson Pastor Morris. (...)
[subrayado y negrillas fuera de texto]

4.4.- Recurso presentado por el encartado GUSTAVO ANDRES DONOSO FABARA.

El abogado Diego Francisco Yépez Garcés como defensor técnico del indicado procesado señaló

(...) Abuso consideramos que es lo que se ha cometido en este proceso, desde el punto de vista procesal y de debido proceso, para todos los que están aquí, siendo condenados en este caso. Ese ha sido el abuso que yo puedo identificar de entrada, pero mi intervención se va a basar en 3 aspectos medulares que de alguna forma lo han tratado a las otras defensas, pero que si me gustaría especificarlos desde otro punto de vista. **Meramente hablar de la nulidad procesal que en este caso existe de forma absoluta**; segundo, hablar de una inexistente materialidad que ya es más que evidente en este momento; y, por último analizar aquella responsabilidad sobre el elemento de complicidad o sobre la participación de complicidad que sea endilgado en contra del abogado Andrés Donoso Fabara. **En relación a la nulidad, señores jueces, quiero irme a la parte técnica. Si se va a solicitar nulidad se tiene que especificar la norma mediante la cual debemos aplicar la nulidad, en este caso es del artículo 652 número 10 literal c.: Nulidad por violación de trámite y, por lo tanto, violación del debido proceso**, pero en este caso como ustedes conocen tenemos que hacer lo que se denomina un test de trascendencia, porque la nulidad no sirve de nada si no identificamos su test de trascendencia. **Indicar primeramente cuáles han sido las normas violadas. Norma violada en este caso, ustedes van a verificar, es inicialmente el artículo 581 numeral 3 del antiguo Código de Procedimiento Penal**, que como ya dijo la defensa, justamente el Dr. Albán, identificó que ese artículo obligaba a que en un delito de peculado, exista un informe de responsabilidad penal de la Contraloría. Siguiente norma que también **se ha vulnerado es el artículo 26 de la Contraloría, porque la ley jamás va a permitir que como requisito de procediblidad sea el IRP, jamás va a permitir que sea un IRP caducó o ilegal**. La norma determinaría que sea un IRP, que tiene todos los requisitos de la ley. En este caso, **al aplicarse el artículo 26, al haberse pasado los 180 días, el IRP es caduco, por lo tanto sus defectos son de nulidad absoluta** en todo lo que aquello atañe. En este caso, como ustedes pueden y conocen, l**a resolución número 12-2021 de esta Corte Nacional, indica un fallo de triple reiteración claramente que un informe de responsabilidad penal, un examen especial que ha superado los 180 días, es simplemente caduco, y por lo tanto nulo**. Entonces, parto de esa premisa inicial. Además de otras normas vulneradas desde el punto de vista procesal, está el artículo 601 y 604 del Código Orgánico Integral Penal, porque justamente ese era el momento procesal en donde se podían excluir elementos que violaban la ley. **Por último nos vamos a la violación directa del artículo 76.1 en relación al debido proceso, y al artículo 82 de seguridad jurídica**, entonces, en este momento vamos con lo primero, para identificar por qué hay una nulidad de aquellas normas inobservadas, como dice el Código Orgánico Integral Penal. Ahora, vamos al análisis previo del test de trascendencia. **Una vez que tenemos la premisa mayor de que ese IRP, que es absolutamente nulo, tiene validez, se utiliza a base de ese IRP, documento como válido para el inicio del proceso, entonces por eso, justamente, se identifica que la fecha de nulidad es el 13 de marzo del 2019, porque ahí se inicia la formulación de cargos. Sin ese requisito, en ese momento, no se podía iniciar**. Segundo, como análisis previo, el perjuicio, ya en juicio, se utiliza el informe de responsabilidad penal, porque no es que Contraloría emitió un informe aparte, un perito, no, el perjuicio parte de este elemento nulo, y después, en audiencia de juicio, se utilizan o se practican los testimonios basados en el informe de responsabilidad penal. Esto es,

cuando ustedes en la sentencia de mayoría encuentran los nombres: Diana Ontaneda Bedoya, nulo el testimonio, Luis Andrés Guerra Fuel, nulo el testimonio, Mery Julieta Villarroel, nulo el testimonio, Jorge Iglesias Morales, nulo el testimonio, Geovanny Mera Mantilla, nulo el testimonio, y ¿por qué es nulo? Porque lo que dijeron se basó en un elemento nulo. Vámonos al análisis posterior y lo que nos indicaría ya como trascendencia. **En análisis posterior, una vez que se utilizan los elementos nulos, aparece la sentencia, pero estamos justamente apelando**. ¿Qué utilizó para su motivación principal de materialidad? Los elementos del IRP nulo. ¿Qué utilizó como elemento inicial de responsabilidad? La práctica probatoria basada en un IRP nulo, y además, ya desde el punto subjetivo del doctor Andrés Donoso, **en sentencias número, y esto pueden chequear en el SATJE, 17811-2018-00593, y sentencia del caso número 17811-2018-01214, sentencias que justamente, como ustedes entenderán, un IRP no viene solo, viene con responsabilidad civil y administrativa, y resulta que estas sentencias que ya están ejecutoriadas, indican que existe nulidad e inexistencia de responsabilidad civil y administrativa en contra de Andrés Donoso**. Entonces aquí viene la pregunta procesal **¿Puede un informe de responsabilidad penal y un examen especial que ha sido ya declarado nulo por la justicia contencioso administrativa ser válido en el ámbito penal? La respuesta es no. y aquí viene el test de trascendencia que todo juzgador debe hacerse**, y voy a hacer la siguiente pregunta:

¿Si se cumplía la norma procesal de exclusión de prueba basada en IRP nulo, el resultado del juzgamiento hubiera sido el mismo?, la respuesta es no, porque si se excluían todos esos testimonios, **todo lo que se basada de este árbol envenenado, no había ni siquiera proceso iniciado, ni siquiera había podido haber un juzgamiento**, no había prueba, no había evidencias, no había nada, por lo tanto, **si se aplica el principio de trascendencia este proceso es absolutamente nulo, por lo tanto esta nulidad debe declararse desde el 13 de marzo de 2019** por aquellos servidores que trajeron ese informe de responsabilidad caduco ante la justicia ecuatoriana que deberá hacer la contraloría general del estado con mucha seguridad. Segundo elemento señores jueces, inexistencia de materialidad, vamos hablar primeramente de la supuesta información reservada, porque ya dijeron las otras defensas, ustedes habrán oído el nombre de GEOTECH, primero aquí les voy hacer una primicia en relación a lo que ya se dijo, nadie contrato a GEOTECH, el estado no contrato a GEOTECH, quien contrato a GEOTECH fue SINOPEC, otra empresa que ni siquiera la Fiscalía, ni la Procuraduría, ni nadie anuncio como prueba y no solo eso, sino que además de que GEOTECH no existe, sino que contrató con SINOPEC, no hubo acreditación de testimonios, el documento básicamente es un pasquín, porque yo puedo presentarles esto, esto de aquí no tiene mi firma y les lanzo y les digo esto es un escrito, sino tiene firma de responsabilidad no es nada, en absoluto, y un dato curioso, ustedes van a ver en pantalla, GEOTECH no consta en la Superintencia de Compañías, Valores y Seguros, ni en el Servicio de Rentas Internas y ahora tomamos esa información, como información privilegiada para juzgar a personas inocentes en este caso, eso es lo que se ha hecho. Así cuando ustedes vean el nombre GEOTECH, revisen si hay algún testimonio, revisen si hay alguna firma y se van a encontrar que no hubo nada en absoluto. Segundo, el beneficio para el estado mal calculado y nulo, ya las defensa han dicho, que se basó en un análisis contable futuro de la Contraloría General del Estado basado en un IRP nulo, cuando el Ministerio de Recursos Naturales no renovables confirma el beneficio para el estado, y eso quiero decirles a ustedes una circunstancia y para mí un anécdota que primera vez que me pasa en un juicio, en una audiencia donde yo estuve, es que la Contraloría, la Fiscalía y la Procuraduría, como prueba de perjuicio tenían un IRP nulo y las defensas como prueba de beneficio del estado le teníamos a los funcionario del ministerio, eran nuestros testigos, todos y activos, no es que ya les sancionaron o botaron, no, no, no... activos, diciendo

señores, si este contrato ha sido beneficioso, básicamente el campo Singue era un campo que nadie quería explotar, porque esos campos marginales necesitan mucha inversión para sacar el petróleo y resulta que una empresa se lanzó hacer eso, porque el estado no podía hacerlo y ahora resulta que son sancionados, tanto es así que el contrato sigue en ejecución, pero esa es una de las partes más complejas de esto, el contrato actualmente se sigue ejecutando y estamos ahora tratando un peculado de un contrato en plena ejecución. Por otro lado, señores jueces, la indebida valoración de prueba pericial y aquí yo quiero que tomen mucha atención de esta circunstancia, el doctor Alban ya supo indicar que este es un perito cuestionado, que este perito estuvo en casos internacionales haciéndole bochornos al estado, pero eso no es todo, ese perito cometió un delito en esta misma sala y les prometo que un tribunal de primera instancia le hubiera llevado preso a ese perito, que es lo que sucedió, el perito Fernando Reyes, resulta que cuando vino a la audiencia de juicio, primeramente bajo juramento dijo ser perito, eso está en los audios y en pantalla ustedes van a ver incluso los minutos; luego cuando el bajo juramento, le hizo esta defensa Diego Yepez, personalmente, le saque el certificado del Consejo de la Judicatura y les dije señores jueces, por si acaso este señor no está acreditado como perito y acabe de rendir bajo juramento; luego de eso, las defensas indicaron que el perito no aparezca como perito, sino como un testigo ya que no es perito, el tribunal simplemente lo dejo pasar. Luego comienza a supuestamente defender su informe pericial y cuando termina justamente la defensa aquí del doctor Paul Ocaña le pregunta ¿oiga y usted cuando hizo el peritaje era perito?, la respuesta fue no. ¿Oiga y usted es experto en contratación petrolera? la respuesta fue no. ¿Usted es experto en sísmica? la respuesta fue no. Saben por qué este peritaje es una barbaridad que se tiene que, definitivamente no solo no tomar en cuenta yo creo que la obligación del tribunal sería mandar a la misma Fiscalía que investigue ese perito, porque resulta que de acuerdo con ustedes verán en pantalla, en la sentencia de este perito determina y lo valoran así, el testimonio del ingeniero Fernando Reyes perito experto petrolero, cuando el bajo juramento dijo que no era experto petrolero, quien concluye inter alia que la información técnica de la licitación que tenía por parte del Estado ecuatoriano revela las constantes mucho más allá de las que estaban registradas en el libro de reservas, este perito fue valorado por un tribunal, perito perdonen ciudadano de a pie porque definitivamente no es ni perito alguien que bajo juramento acaba de decir eso no consta en los bancos del Consejo de la judicatura o en la réplica tal vez la Fiscalía nos podría indicar que lo que estoy diciendo no es verdad. Eso pasó con ese perito indebida valoración de prueba pericial de frente. Ya solo con estos 3 elementos señores jueces de falta de materialidad absoluta, debería de ratificarse la inocencia de las personas, pero aquí sí quiero parar un momento y aquí hablar de justamente la inexistencia de responsabilidad de Andrés Donoso, ha tenido que sufrir básicamente la condena de estar 3 años presentándose aquí justamente un abogado en libre ejercicio profesional que esté estigmatizado con un proceso penal totalmente injusto y que no entiende el porqué está aquí. Bueno primeramente vamos con esto esta falta de nexo causal y motivación, todos tenemos que entender que si es que existe un delito de peculado en donde sea aprobado materialidad, bueno habrá que ver cuál es el nexo causal, en este caso Andrés Donoso es básicamente llamado como cómplice, pero si vamos a la línea de tiempo de este supuesta teoría del caso puesto Fiscalía, se supone que comienza desde el año 2010, la negociación o la renegociación de contratos con el consorcio petrolero amazónico, que pasó ahí? nada, como ya explicó el doctor Alban por ahí hubo una carta diciendo yo hubiera ofrecido este valor, pero no pasó nada simplemente no sucedió en el año 2012, 2011 perdón inicia el proceso de licitación, saben qué participación tenía el doctor Andrés Donoso en ese momento, ninguna en absoluto ninguna, luego en el 2012 a 7 días que él es posesionado como secretario de hidrocarburos viene la orden del ministro de recursos naturales no renovables, que tradicionalmente tenía la orden del COLH

indicando que se ha licitado este este contrato y solicitándole al secretario que firme, es como que en este caso ustedes emiten la sentencia y la señora secretaria lo único que tiene que hacer es firmar esa boleta mayor opción, eso es lo que le tocó hacer a él, él firmó el contrato que actualmente está ejecutándose y resulta que porque es una motivación diminuta porque el tribunal le indica que la participación de él fue ser coordinador jurídico del equipo de negociación como subsecretario de autoridad de segundo nivel, ustedes van a ver en pantalla ahí está el oficio, debe estar el oficio ahí es donde indica que él no es de ninguna forma un subsecretario, ni nada, es un coordinador general jurídico un asesor, y quieren ponerle a eso como elemento de complicidad. Luego la otra parte que indican, es que ha firmado el contrato y aquí viene un asunto con el tema de la firma del contrato y si me voy a ir al laudo arbitral que ustedes ya les han nombrado, y voy a abrir comillas en el punto 522 del laudo arbitral que además de acuerdo al artículo 425 de la Constitución al ser un documento legal, una sentencia que ha sido notificada el estado ecuatoriano es parte del ordenamiento jurídico, así que eso tiene que verse. Punto 522, miren lo que dice el tribunal, adicionalmente la demandada, hablando de la procuraduría, señala que la Contraloría no se ha pronunciado sobre la ilegalidad del contrato en ningún momento y afirma que el contrato se sigue cumpliendo en los términos pactados por las partes, esto dijo internacionalmente la Procuraduría General del Estado, que debo decir de paso, con Andrés Donoso se ha portado relativamente coherente, no con el caso pero sí con Andrés Donoso porque no lo acusó, ustedes revisen, Andrés Donoso no está acusado particularmente por la Contraloría, por la Procuraduría General del Estado y eso además tiene una razón absolutamente de fondo porque aquí voy al segundo elemento. La indebida valoración y omisión de prueba en relación al control de legalidad de la Procuraduría General del Estado, es que aquí viene este siguiente elemento señores juez, a Andrés Donoso también supuestamente le dicen que es cómplice por haber suscrito un informe previo de sesión, este informe previo de sesión lo único que hacía era dar un visto bueno para que las acciones, los derechos del contrato sean transferidos a gente hoy por parte de Digoil, pero esto no queda aquí es un informe que no tiene efectos vinculantes esto pasa a la coordinación jurídica del Ministerio, luego de eso pasa a revisión del ministro, el ministro acepta que existe la viabilidad y ordena al secretario de hidrocarburos que firmé el contrato modificatorio; qué es lo que hace la Procuraduría General del Estado?, analiza todos estos procesos desde el informe previo de sesión hasta el contrato modificatorio; y, saben qué dijo la Procuraduría General del Estado?, todo está en orden, que este contrato mediante control de legalidad del acusador particular, está en orden, que todo está bien, y resulta que la Contraloría General del Estado le toma como elemento de cargo de complicidad. Eso es lo que sucedió en este caso, ustedes ven en la sentencia, ni le nombran al control de legalidad, ni le nombran, no está valorado, y es el único funcionario condenado al respecto, imagínense, si supuestamente, vamos con esta idea, no el informe sesión sirvió maliciosamente para hacer la cesión del contrato a otra empresa, resulta que la empresa, que está bien hecho de paso, le acaban justamente, a los funcionarios de la empresa les ratifican inocencia, a las personas que realizaron informe previsión ratificados inocencia, lo cual está bien; pero, el secretario, el que hizo el informe no vinculante condenado por complicidad, es que no tiene sentido en absoluto, no tiene sentido. Aquí voy el tercer punto, justamente la exclusión de antijuridicidad artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal, bien dijo justamente a la defensa del doctor Alban, aquí viene un elemento que tiene que tomarse en cuenta, de acuerdo al artículo 6, literal a de la Ley de Hidrocarburos, el secretario de hidrocarburos, es el encargado de suscribir el contrato, pero al secretario de los carburos ya le llega todo el expediente de la licitación, en absoluto el secretario de carburos no puede decir señores esto a mí no me parece, me vale un pepino esta situación, yo no firmo, aunque yo creo que en este punto o sabiendo el futuro le hubiera

salido más barato una un incumplimiento de orden de autoridad competente que un peculado, enseñemos eso los funcionarios entonces, a que todo el mundo no quiera firmar lo que la ley dice porque les va a salir más barato un proceso de esos que un peculado. Pero eso le pasó a Andrés Donoso, justamente es el único funcionario que está con eso y en ese sentido si es que la ley le ordenó, si el ministro le ordenó cuál era la obligación de firmar el contrato que como ya hemos dicho, el estado debe agradecer por ese contrato antes que querer juzgar, agradecer. Por último señores jueces, ya para ir terminando, faltando poco realmente, aquí hay una falta de subsunción del artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal en relación a la complicidad, vamos con los elementos: dolo, dónde está el dolo. Cooperación eficaz hay algún chat, hay algún mail, hay algún algo que me diga donde actúo con dolo, no existe. Facilitar o cooperar con actos secundarios o anteriores o simultáneos de la ejecución de la infracción, de entrada no sé si alguna defensa sabe cuál es la fecha de cometimiento de la infracción, yo no sé, no han dicho, en la teoría del caso no se sabe si fue cuando fue lo de la renegociación de CPA o fue cuando el COLH se reunió, o fue cuando se firmó el contrato, o fue cuando se cedieron los derechos. Simplemente no se sabe, entonces para determinar una complicidad se tiene que ir al espacio temporal, a ver el delito fue cometido en esta manera y en estos actos anteriores el cómplice ayudó y posteriores también lo hizo, bueno tendríamos claro, vayan a ver en las sentencias si hay motivación, no hay. De hecho en la sentencia, no sé si se les cayó, ni siquiera existe en que acusa la Fiscalía General del Estado a Andrés Donoso, no existe, está caído, búsquenlo tal vez yo busqué mal, pero no existe. Actos determinantes para el cumplimiento del delito, cuál fue el acto determinante?, firmar un contrato?, ser parte de un comité de negociación?, cuál, cuál, cuál, cuál, es el cuál es el elemento determinante para el cometimiento del delito, hacer un informe previo de sesión?, no tiene sentido. Qué ha dicho la Corte Nacional justamente en relación a la complicidad?, ustedes han sido muy claros en determinar, primero se tiene que indicar justamente los elementos y las actuaciones positivas del autor, para de esa forma hacer un análisis de complicidad, no se puede hacer un análisis de complicidad primero y luego el de autoría, eso no existe no existe ese test igual en donde podamos indicar que la complicidad existe sin siquiera se tiene clara cuáles son los elementos temporales de la autoría, cómo participó el señor Granda, el señor Campaña, como por el señor, cómo participaron los siguientes procesados, cómo, en qué momento, no se sabe, simplemente no se conoce. Para terminar nada más voy a ir con unas frases del voto salvado, todos han sido muy claros del voto salvado, además que me parece muy inteligente el voto salvado porque le va a ir una sentencia de 11 millones de dólares los funcionarios que estén involucrados en algo respectivo a este abuso que se ha cometido, posiblemente les repita tal vez, frases del voto salvado, inexistencia de abuso, elementos inconducentes, más dudas que certezas no existe injusto penal, beneficios para el estado, supuesto perjuicio mal calculado, ejecución actual inexistencia de beneficio, esos son las frases que dice un voto salvado un juez, eso es lo que pensó justamente el ponente de la causa de este proceso, que hay que quitarse el velo político y los nombres, como bien han dicho que los nombres son lo de menos, aquí nos jugamos el derecho, aquí nos jugamos que una sentencia de Corte determine que efectivamente un perito que no es perito sea valorado, nos jugamos que un documento apócrifo sea tomado como prueba y como prueba de cargo, nos jugamos muchas cosas, inclusive justamente una responsabilidad internacional en base a este proceso, señores jueces, señora jueza para, terminar **solicitó primeramente que se debería declarar la nulidad del presente proceso por violación de trámite en absoluto**; y, además de eso además que se ratifique la inocencia del abogado Andrés Donoso (...) [subrayado fuera de texto]

4.5.- Recurso presentado por los procesados: JOSÉ DAVID BURGOS ZAMBRANO, ANIBAL RAMIRO CAZAR AYALA; y, CÉSAR EDUARDO GUERRA NAVARRETE

El doctor Paul Ocaña como defensor técnico de los refridos encartados esgrimió:

(...) Sin prueba no hay condena, sin perjuicio no hay peculado, si no se prueba el dolo, no hay delito. voy hacer de los tres, hablar de materialidad y después cuando hable de responsabilidad, voy a dividir y les voy a indicar en ese sentido. Señores jueces, he presentado el recurso de apelación en base al artículo 653 del Código Orgánico Integral Penal referente o impugnando la sentencia de los señores jueces Iván Leon, José Layedra y Javier de la Cadena, este recurso de apelación el cual hoy estoy dirigiéndome ante ustedes, lo hago a nombre del señor José Luis Burgos, del señor Ramiro Cazar que son ex comisionarios; y, del señor César Guerra que es el extraneus. Para partir en mi alegato, debo indicarles señores jueces que esta sentencia consta de dos votos de mayoría y un voto salvado, y este voto salvado al que hago referencia habla sobre la inexistencia materialidad del peculado, porque no existe perjuicio al estado. Todos los que estamos aquí en esta sala, sabemos que el proceso penal es un proceso muy formal, donde se prueba materialidad y responsabilidad, la materialidad referente al cometimiento de un delito, en este caso de peculado, peculado del artículo 257 del Código Orgánico Integral Penal por el tiempo de la supuesta infracción; sujeto activo, funcionario público que también está el extraneus; sujeto pasivo, el estado; el verbo rector, abusar, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 257 solo habla del verbo rector abusar, el objeto, bienes del estado, los elementos descriptivos dice que este abuso debe ser o por desfalco o por disposición arbitraria. La audiencia de juicio, señores jueces, ¿qué prueba se practicó?, fueron 27 testimonios, 11 pericias, y 207 documentos. En esta intervención voy a delimitar los hechos indicados, prometidos probar por fiscalía, voy a indicar también, a delimitar los hechos probados por los jueces que atendieron el juicio, pero también voy a indicar cuales fueron los hechos probados por la defensa, porque en función de eso se hace el error de juicio, y con eso pueden ustedes valorar la prueba que hizo la defensa o que hicieron las defensas para que ustedes puedan verificar este error al que hago referencia, y para eso es importante señores jueces, saber cuál es la premisa planteada por Fiscalía. ¿Qué nos dijo Fiscalía?, y eso consta a fojas 15, en el capítulo cuatro, numeral 1, citó Fiscalía dice: La Secretaría de hidrocarburos entidad adscrita al Ministerio de Recursos naturales no renovables, dentro de la 10ª ronda petrolera a través de la adjudicación del contrato de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos en el bloque Singue, en el 2012, aquí va, se dispuso, sin sustento técnico y de manera arbitraria, la fijación de una tarifa de un recurso no renovable a 20 años en beneficio de un particular y en desmedro de los intereses del Estado. El artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal, nos indica que la norma penal debe tener una interpretación en el sentido literal de la norma; es decir, está prohibida la interpretación penal, la interpretación extensiva penal, y por qué es importante eso, porque debemos de saber que es abusar, y no lo digo yo, no es lo dicho por Paul Ocaña Merino, es dicho por la RAE, dice que abusar es hacer uso excesivo e injusto o indebido de algo o de alguien, y referente a disponer dice, que es tenerlo o utilizarlo como propio. Ahora bien los señores jueces, que atendieron la audiencia de juicio hablan en la foja 284, apartado 8.2, sobre la comprobación conforme a derecho de la existencia de la materialidad del derecho de peculado, pero saben qué hicieron señores jueces, los jueces de juicio?, cambiaron la tesis de Fiscalía, y porque digo cambiaron la tesis de Fiscalía, porque, en su resolución en la foja 284 dice, resulta indiscutible para este tribunal el cual arribó al pleno convencimiento más allá de toda duda razonable que han configurado el tipo penal de peculado previsto en el artículo 257 inciso primero del Código Penal, tanto más, que el abuso por disposición arbitraria en el manejo de información privilegiada con relación a las reservas de campo Singue. Pero si Fiscalía nos dijo que el abuso, ha sido por fijar una tarifa, pero el Tribunal de juicio dice que ha sido por el manejo de información privilegiada, entonces cabe la pregunta el manejo o la información privilegiada es un bien estatal?, el artículo

257 el Código Penal nos contesta que dice, cuáles son bienes susceptibles de a: dineros públicos y privados, efectos de los que representan piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles; es decir, que esta información privilegiada no está dentro del artículo 257. En el mismo sentido a fojas 282, en el apartado 8.2 que indica el tribunal, es desde este contexto que se aportaron elementos de probanza que determinaron que si bien es cierto aquella negociación que en sí no es del tema medular para el tipo penal, debió partir de la transparencia de la información, de las reservas oficializadas que tenía la Secretaría de hidrocarburos; y más adelante, dice el estado podía hacer uso de esa información privilegiada y certera que tenía al empresa GEOTECH en su informe. Es decir, ahora el abuso ya no es tener la información privilegiada, hacer el uso, ahora ha sido no compartir o no dar esta información privilegiada; es decir, cambió totalmente el sentido, y en este mismo argumento a fojas 283 en el apartado 8.2 que nos indica los jueces del tribunal de juicio, lo concerniente a aquella información privilegiada que se enlaza umbilicalmente igualmente tanto con la disposición arbitraria y definitiva como el abusar se haya comprobado y/o deviene en que: 1. la prueba documental consta en la prueba 9, a fojas 26245 a 26483 y 26449 plasmada en los estudios de la empresa GEOTECH, y 2. dice que obra del testimonio del ingeniero Elías Ibadango, que obviamente desplazó responsabilidad culpando a sus compañeros, porque si no estuviera aquí, y ¿qué dijo?, que los funcionarios públicos, Jorge Glas Espinel, Wilson Pastor Morris, Carlos Pareja, Ramiro Casar, Andrés Donoso, conocían de los estudios técnicos pagados por el estado ecuatoriano y que no fueron utilizados y no se transparentó o puso en conocimiento incluso, a los miembros de las comisiones. Es decir, este abuso al que hace referencia para el Tribunal Penal ahora sido por no indicar cuál es la información privilegiada que se suponía tenía las personas, que valga decirlo, era información pública, no privilegiada. Segundo, para establecer el perjuicio al estado, el Tribunal Penal, el Tribunal de juicio se refirió a 3 pruebas, y esto está a fojas 283, en el apartado 8.2, cito: en tanto en cuanto este delito es uno de resultado, no de peligro, no abstracto en lo que tiene que ver al perjuicio, cabe reiterar y dejar sentado que en cuanto al monto real del perjuicio se debe y relievar que aquel si existe como resultado del abuso por disposición arbitraria y en beneficio de un tercero, y que de su lado el órgano de control, Contraloría General del Estado que no está aquí, luego del examen especial determina un perjuicio de 5 millones, una pericia contable nos habla de aproximadamente 23 millones y, la cartera de Estado habla de beneficio pero, que el tribunal refiriéndose al Tribunal de juicio, considera que de haberse actuado correctamente por parte de los procesados hubiera existido el beneficio que realmente le correspondía al estado, es por ello que este **juzgador tomando como base exclusiva lo determinado por Contraloría General del Estado, fija en 5 millones de dólares el perjuicio al estado. Pregunto, se hace referencia a 3 pruebas, ¿por qué nos no nos dio la motivación y la razón de la exclusión de estas 2?, ¿por qué no hace una valoración negativa en la prueba? Y, ¿por qué es importante esto?, porque no está motivado y no reúne el estándar qué dice la sentencia de la Corte Constitucional 1158-17-EP/21, y al no estar motivado, al no cumplir estos estándares, es nulo, todos lo sabemos así lo dice nuestra Constitución en 76.7**. Ahora bien, vamos a hablar del IRP, **la facultad de auditoría por parte de Contraloría General del Estado no es ilimitada, porque que tiene caducidad y esta caducidad a la que hace referencia es después de 180 días**, y ahí difiero un poco con el doctor Alban porque dentro de mis cuentas son 226 días, el doctor Alban dijo 221, pero bueno más allá de eso, fueron más de 180 días, pero por qué es importante esto, porque **ustedes señores jueces en la resolución 10-2021 indicaron que hay un precedente jurisprudencial obligatorio, que en su artículo 3 indica declarar como precedente jurisprudencial obligatorio al punto de derecho que contiene la siguiente regla, el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece un plazo o**

término fatal, según corresponda de cumplimiento obligatorio por parte del ente de control, vencido el cual opera la caducidad de la facultad controladora y determina que la aprobación del informe de auditoría gubernamental está viciada de nulidad absoluta, toda vez que el funcionario público que lo aprueba ha perdido competencia en razón del tiempo, por lo que la Contraloría General del Estado en sede administrativa o tribunales de contencioso administrativo en sede jurisdiccional, están obligadas a declararla de oficio o a petición de parte, firmado por todos ustedes señores jueces y ustedes lo conocen a la perfección, y no solo ello, sino que también **en el proceso 17811-2018-01321 seguido por uno de mis defendidos, el señor José David Burgos Zambrano ante el tribunal distrital de lo Contencioso, indica su resolución lo que determina que la facultad de control feneció por falta de un oportuno pronunciamiento del equipo auditor y de la autoridad competente en aprobar el informe, vicio que genera la nulidad** del acto por inobservar las normas y los plazos legales del procedimiento administrativo afectando iniciando el proceso de auditoría, invalidando a la determinación de la responsabilidad administrativa culposa. Ahora por qué **es importante eso, porque para la fecha en que inició la instrucción fiscal dentro de este proceso, requisito de procedibilidad era el IRP; es decir, que no si no existía el IRP no se podía iniciar el proceso penal** y ahí comparto con el doctor Alban, ahí comparto con el doctor Yepez, que indican nulidad, pero saben que también les digo, **también opera fruto del árbol envenenado; es decir, que a partir del IRP, a partir de los testimonios que hicieron en la audiencia de juicio, quiere decir que no son válidos y no se los puede tomar para una valoración positiva, lo que implica ello que se debería ratificar el estado de inocencia.** En resumen, respecto a la materialidad, no ha cumplido los elementos objetivos del tipo penal, no se ha determinado el verbo rector, no hay una inversión estatal por lo cual no existe perjuicio y **el IRP tiene caducidad**. Con ello, se debería hasta ahí aplicar estado inocencia por no cumplir los elementos del tipo, pero más allá de ello tengo que referirme obviamente a la responsabilidad penal, y lo hago en los siguientes términos y voy a hablar ahora el ingeniero José David Burgos, y es importante iniciar indicando ¿qué ofreció Fiscalía aprobar?, ¿qué dio por probado el tribunal?, y ¿qué es lo que presentó como defensa la parte procesal? Porque ustedes pueden hacer la valoración, se van a dar cuenta que lo que ofreció Fiscalía no fue lo que dice el tribunal que probó. El caso del señor José David Burgos, dice que primero había entregado una cantidad de reservas menores para la contratación del campo Singue; segundo, que José David Burgos fue parte del sobre dos equipo de negociación de la tarifa y que es una negociación fue perjudicial para el estado ecuatoriano. Me pregunto, si fue parte del equipo dos, ¿dónde están las demás personas, dónde están los demás del equipo? Ratificaron el estado de inocencia y eso es lo correcto, eso es lo correcto. Pero por qué se quebrantó el principio de igualdad al señor José David Burgos; y, tercero Fiscalía dijo que el equipo negociador conocía información privilegiada, privilegiada que es de conocimiento público, privilegiada que no ha sido oficial. El tribunal que nos dijo en la sentencia a fojas 298, en su apartado 8.3, primero, que con el testimonio de la ingeniera Diana Ontaneda se ha demostrado, se ha probado que en la negociación no se consideró el 100% de las reservas constantes en el libro de reservas; dos, que con el testimonio del ingeniero Guerra Fuel, en las negociaciones ya existía mapas estructurales elaborados por la empresa GEOTECH referentes al campo Singue; tres, que con el testimonio del señor Franklin Paredes existía certeza sobre las potenciales reservas petroleras del campo Singue; y, cuatro con el testimonio del señor Ibadango, en las negociaciones existía información reservadas de GEOTECH. Ahora bien, esta defensa que probó con los testimonios de Diana Ontaneda, Andrés Guerra Fuel, Elías Ibadango y Fernando Reyes, que únicamente para la contratación petrolera se debe tomar las reservas oficiales, estas reservas oficiales está en el libro nacional de reservas y que, desde 1997 hasta el 2010 las

reservas del campo Singue eran de 20040546 además, que estas reservas que son oficiales son dadas por la de DNH que desde el organismo oficial y que, David Burgos debía indicar estas reservas a las que hago referencia más no otras pues son las oficiales, así también se probó que, ustedes lo van a poder revisar, que GEOTECH no es una empresa calificadora de reservas certificada, también se probó a través de los testimonios de Luis Guerra, perdón, de Elías Ibagando que la certificación del número de reservas no fue realizado por José David Burgos, quienes hicieron el informe para pasar señor rango y el señor Silva lo que hizo José David Burgos es en base a la información que recibió emitir un memo y pasar al COLH, por eso está aquí José David. Cuatro, con los testimonios de Diana Montaner, Andrés Guerra, Elías Ibadango, se determinó que los informes técnicos no formaron parte de las bases de la contratación aprobados por el COLH, de este informe técnico a los cargos referencia de GEOTECH, que el ingeniero Franklin Paredes cuando vino aquí a rendir testimonio indicó bajo juramento que no era perito, que era testigo, que tampoco fue anunciado por Fiscalía, que tampoco sabíamos que iba a venir acá a rendir testimonio, y cuando se le preguntó sobre el cálculo de las reservas, indicó que lo había hecho en base a su experiencia, y cuando le pregunté y cuál era su experiencia o era por qué nos indica a nosotros cuál era la experiencia dijo que lo había hecho a ojo de buen cubero y que a ojo de buen cubero había aproximadamente 72 millones de barriles de petróleo en el campo Singue. También se probó con Jorge Iglesias que el estado ecuatoriano, no realizó inversión alguna, con la doctora Isabel Fraga que solamente entrego el resultado de la negociación al COLH y fueron ellos quienes decidieron y este resultado no fue vinculante, y finalmente el señor Héctor Paz y Miño se probó que existe más del 90% de beneficio al estado ecuatoriano y esto implica el 128% de utilidad que implica 140 millones a esa época, como ya lo hemos escuchado al doctor Juan Pablo Albán hoy por hoy están en 300 millones de dólares de utilidad para el estado ecuatoriano. Ahora me voy a referir al ingeniero Ramiro Casar, qué nos dijo Fiscalía que iba a aprobar. 1. El 30 de mayo del 2011 el secretario de hidrocarburos ingeniero Aníbal Ramiro Casar Ayala propone convocar a una licitación dentro de la 10ª ronda petrolera en la que se incluiría la explotación de 6 campos petroleros. 2. Conocía que la compañía Digoil consultoría y servicios petroleros compañía limitada representada por el ingeniero César Guerra se había ofrecido como tarifa satisfactoria para firmar la nueva modalidad de un contrato a una tarifa de 29.3 dólares por barril. 3. Que en la fase de negociación, el ingeniero Ramiro Casar recopiló las cartas de emitidas de los bancos Santander y nacional financiera de fecha 27 de enero del 2012 emitidos en México los cuáles no justifican el requerimiento del COLH. ¿Qué dio por sentado o por probado el tribunal? 1. Con el testimonio de Diana Ontaneda que la negociación no se consideró el 100%. 2. Con el testimonio de ingeniero Guerra Fuel que se conocía sobre el informe de GEOTECH los mapas de estructurales y aún con ese conocimiento no se los consideró para el cálculo respectivo. 3. con el testimonio del señor Franklin Paredes la certeza de la cantidad de reservas. 4. Con el testimonio de Elías Ibadango, las autoridades conocían sobre la existencia del informe GEOTECH. 5. Con el testimonio de María Izquierdo Andrade que dentro de atribuciones del secretario estaba la evaluación hidrocarburo y mantener el registro de hidrocarburos. ¿Qué probó la defensa? Con los testimonios de Diana Ontaneda y Giovanni Mera, perdón Giovanni Mera, Isabel Fraga y Marcelo Sánchez, que Ramiro Casar actuó dentro de sus competencias determinadas en la ley y el reglamento. 2. que no se extralimitó en sus funciones. 3. que el cargo de secretario no se considera parte del COLH donde tiene voz, pero no tiene voto.

4. que el ingeniero casar cumplió con el artículo 13 del reglamento de aplicación a la reforma a la ley reformatoria de ley de hidrocarburos causa de antijuricidad. También se probó lo que les había indicado antes sobre el libro nacional de reservas que es de donde se debe tomar información, así también que, qué hotes no es una calificadora de reservas certificada, que el señor Ramiro Casar como

secretario del COLH tenía voz pero no tenía voto, y eso es muy importantísimo, que los técnicos no formaron parte de las bases de contratación, que lo hizo este cálculo a ojo de buen cubero como lo indicado, que el Estado ecuatoriano no invirtió ya este gasto ha sido de la empresa contratista, y con la doctora Isabel Fraga quien indica que Ramiro Caszar no fue parte del equipo negociador y fungió como secretario del COLH, como le he indicado tantas veces con voz pero sin voto. Eso también lo dijo la perito que presentó Fiscalía la señorita Isabel Fraga. Finalmente, voy a hacer alusión al señor ingeniero César Guerra, el extraneus. Fiscalía ofreció probar que, demostraremos que el campo Singue se presentó una sola oferta, la del consorcio DGC cuya oferta incluía una tarifa de 34,50 por barril producido y 2. Que César Guerra incumplió con algunos requisitos estipulados en los formularios establecidos por el COLH. El tribunal ¿qué dio por probado? 1. a través del testimonio del ingeniero Guerra Fuel, en las rondas de negociación ya existían mapas estructurales de GEOTECH afines a Singue. 2. Con el testimonio de Franklin Paredes que existió una certeza que existían más de 70 millones de barriles y 3. Con el testimonio de Héctor Paz, José Patricio Vergara y Elías Ibagando que existía la información de GEOTECH. ¿Qué probó la defensa del señor César Guerra? 1. que existía un modelo económico elaborado por la comisión. 2. que este no era oficial. 3. que no era obligatorio este modelo económico. 4. que no estaba en las bases de licitación de cada persona, cada oferente tenía su propio modelo, así también se probó a través de la señorita Mayra Albuja que es la directora económica de Comercio internacional de petróleo del Ministerio de Energía y recursos naturales no renovables, que la utilidad del 128% aquí se referencia de los 140 millones a esa época de utilidad que, la tarifa del contratista fue real 27 81 y no de 33 50 y que no existió perjuicio por parte del Estado ecuatoriano y, finalmente se probó con la ingeniera Nubia Almeida que su peritaje fue errado y por qué fue errado, porque no se tomó la invariable del 33,50 al que he hecho relación. Ahora bien señores jueces, hay algunos términos técnicos que es importante aclararlos acá, y esos son importantes para el momento en que ustedes vayan a resolver y establecer el error de juicio que todos hemos indicado acá, una de ellas, qué son las reservas oficiales, las reservas oficiales son la cantidad o el número de barriles que tiene un campo, en este caso campo Singer es 2040556 barriles y que consta únicamente en el libro nacional de reservas, no en otro lado, no en informe privado. Las reservas que se usaron en el 2010 para esta contratación fueron expuestas, fueron indicadas por DNH y este número de reservas al que hago referencia es desde 1997, también las reservas probadas tienen un alto grado de certeza, el P 90 y por qué es importante esto, porque la contratación que se hizo en el campo Singue fue 93.2; es decir, sobre ello, es decir que tiene una utilidad, no tiene perjuicio. Además, también para ustedes conozcan señores jueces, cuáles son los requisitos para que las reservas sean oficializadas, cuatro. 1. que sean descubiertas. 2. que sean recuperables. 3. que sean comerciales y 4. que sean remanentes. Sobre GEOTECH que debemos decir, 1. que no es una calificadora de reservas. 2. que hizo dos informes privados de reservas el 1 en el año 2006 donde indicó que había 4522196 barriles y otro en el año 2009 que decía que habían 20630294, pero no nos han indicado la razón técnica de porque se sube de cuatro millones a 20 millones en 3 años, no lo sabemos. Otra, que no fueron oficializadas porque no cumplen los parámetros de confiabilidad y cuando estas reservas son o quieren ser oficializadas, deben primero constar la veracidad, ser incorporada por el Ministerio a través de la DNH quién es quién oficializa y esto con función del artículo 35 del reglamento de operaciones hidrocarburos. GEOTECH es una empresa China, no está registrada en las Superintendencia de Compañías, no está registrada en el SRI, el informe, la prueba 9 documental a la que he hecho referencia, no tiene firma de responsabilidad, además, nadie vino a rendir testimonio para determinar la autenticidad y originalidad que se determina en un elemento probatorio que se lo quiere incorporar. Sobre la idoneidad y credibilidad. 1. los testigos no calificados, eran testigos de

oídas, eran testigos que utilizaban técnicas valorativas como el ojo a buen cubero, peritos sin experiencia como la señorita Nubia Almeida, quién era la primera vez que hacía una pericia, y más aún en tema petrolero, que tampoco tenía título y que en ese mismo sentido la señorita Diana Ontaneda, jefe de equipo de auditoría de la Contraloría General del Estado, a la fecha no tenía título de tercer nivel, cuando se hizo una norma que lo exige en la ley de control de Contraloría General del Estado. Quinto. Señores jueces, ustedes lo conocen el derecho a la perfección, más aún derecho penal artículo 5.3 del Código Orgánico Integral Penal, duda. Cuando existe la más mínima duda, sea para el convencimiento COIP, o sea para la certeza Código Penal, ustedes tienen que fallar a favor del reo. Artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal, criterios de valoración, por qué es importante, porque las pruebas que les presentan a ustedes en la audiencia de juicio y que ahora se pide que hagan su valoración, debe tener originalidad y autenticidad, porque caso contrario estamos violentando el artículo 76.4 de la Constitución, cuando son pruebas indebidamente conseguidas, lo que implica que carece de eficacia probatoria. Señores jueces, todos sabemos derecho penal de acto, pero aquí se ha visto derecho penal de autor, porque está el señor Jorge Glas, porque está el señor Capaya, lo digo con respeto, porque se está el señor ingeniero Wilson Pastor, por favor ustedes ya han demostrado en varios juicios, estar alejados de lo político y resolver conforme al derecho, no es correcto, no es correcto que estén personas inocentes indebidamente condenadas, porque ahora son ellos, mañana podemos ser cualquiera de nosotros y todos debemos luchar porque se haga justicia. Valga decirlo, señores jueces, tampoco se ha determinado el nexo causal entre el extraneus y los funcionarios, donde esta una triangulación de llamadas, dónde está una pericia, dónde está un testigo que diga que han sido amigos y que han estado trabajando en conjunto para beneficiarse, no existe. En función de ello señores jueces, y con todo el respeto para ustedes, les solicitó que se ratifique el estado de inocencia de mis defendidos toda vez que no se han probado los elementos objetivos del tipo penal, no está no se ha comprobado la responsabilidad penal, no se ha demostrado el perjuicio al estado y por eso al iniciar les indicaba, sin pruebas no hay condena, sin perjuicio no hay peculado, si no se ha probado el dolo. (...) Muchas gracias, en primera instancia, en efecto posiblemente se me olvidó en efecto **pedir la nulidad a partir de la formulación de cargos, toda vez que no se ha cumplido el IRP por los requisitos del IRP que hemos hecho tanta relación y, subsidiariamente si es que no nos atendiera en ese pedido de nulidad, que se ratifique el estado de inocencia**. (...) [subrayado y negrillas fuera de texto]

4.6.- Contradicción por parte de FGE

El doctor Wilson Toainga, en su calidad de Fiscal General, subrogante; señaló

(...) Procederé en ejercicio del derecho a la contradicción a referirme a las alocuciones o fundamentaciones realizadas por la defensa técnica de los recurrentes quienes han impugnado a través del recurso de apelación, la sentencia dictada el 26 de enero del 2021 en fallo de mayoría, falló que la Fiscalía General del Estado acoge integralmente por lo que una vez identificado la sentencia recurrida proceda a controvertir cada uno de los argumentos esgrimidos en esta audiencia y a fundamentar jurídicamente las razones por las cuales ustedes sean los jueces este Tribunal de alzada, deben ratificar el fallo recurrido y desechar las peticiones de las defensas técnicas. **Los recurrentes han fundamentado el recurso de apelación bajo dos parámetros fundamentales, primero obtener de ustedes una declaratoria de nulidad argumentando incumplimientos normativos de carácter constitucional y legal que vicien el procedimiento específicamente referirse a que se ha incumplido el artículo 652 numeral 10, letra c y artículo 615.8 del COIP**, así también sostienen que la sentencia no es motivada conforme lo establece el artículo 76.7 literal l de la Constitución de la República del Ecuador y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Y una segunda pretensión, es las revocatoria o reforma de la sentencia venida en grado al considerar que este fallo es equivocado por no ser coherente por lo tanto, es

injusta pues los elementos fácticos probatorios y jurídicos practicados en audiencia de juicio según el criterio de los recurrente no se subsumen en el tipo penal sancionado por el Tribunal de juicio, esto es del delito de peculado. **En relación a los argumentos que buscan nulitar la sentencia invocando vicios de procedimiento, procedo a controvertir al amparo de lo establecido en el numeral 10 literales b y c del artículo 652 del COIP, en el siguiente orden. Las alegaciones realizadas por la defensa técnica de los ciudadanos Wilson Pastor, Gustavo Donoso, Aníbal Cazar, César Guerra Navarrete, José David Burgos, hacen referencia a la invalidez del informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado, es necesario por lo tanto, hacer las siguientes puntualizaciones**; en primer lugar, **estas alegaciones no son nuevas**, sino que las mismas ya fueron tratadas en audiencias de evaluación y preparatoria de juicio en donde **juez de instrucción declaró la validez procesal acogiendo lo referido por la Fiscalía General del Estado**, respecto a este punto debo indicar, esta institución sostuvo que las resoluciones que el día de hoy también han alegado la defensa son resoluciones que tienen que ver con el ámbito de lo Contencioso administrativo, por lo que **se quiere llevar a la confusión pues se olvida que únicamente estos informes pueden ser impugnados de manera administrativa y cuando corresponde a responsabilidades administrativas o civiles, no penales conforme lo establece la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado**. **Se está pretendiendo señores jueces penales, que ustedes hagan extensivo la ley para que dicten una nulidad o caducidad o inconstitucionalidad de un acto administrativo cuya competencia por la naturaleza de la materia que ustedes conocen y resuelven, no les corresponde exclusivamente lo que establece el Código Orgánico Integral Penal como requisito del procedibilidad para iniciar una acción penal por peculado era la presentación de un informe de indicios de responsabilidad penal, y es precisamente eso con lo que la Fiscalía General del Estado contó para iniciar este proceso penal pues, con fecha primero de agosto de 2017 se remite el informe de DASEC-0044-2017 donde se llega a establecer varios indicios de responsabilidad penal, sin corresponderle a esa institución, ni a ustedes señores jueces hacer interpretaciones y análisis que tengan que ver sobre la validez o no del informe, pues a partir del mismo lo que nos compete es realizar las diligencias investigativas**, peritajes, recepción de versiones y todo el acopio de elementos de convicción que posteriormente se han convertido en elementos probatorios materia de justificación. **Siendo las pretensiones de validez, nulidad y/o irregularidades administrativas que hayan podido existir al interior de la Contraloría General del Estado un ámbito de discusión ajeno a la materia penal**, sin embargo es necesario mencionar que esta acción de control se inició 3 años antes de que pueda operar la caducidad, pues por lo tanto es perfectamente vigente. Señores jueces, **todas estas cuestiones ya fueron debatidas y superadas en su momento procesal oportuno**, correspondiendo así hasta la defensa del procesado tiene el conocimiento de que los argumentos de Fiscalía General del Estado que fueron realizados en la audiencia preparatoria de juicio, fue acogido por el juez de control de garantías, declarando la validez procesal. **Así las cosas del numeral 10 del artículo 652 del Código Orgánico Integral Penal, determina que habrá declaratoria nulidad, únicamente si la causa que lo provoca tiene influencia en la decisión del proceso, en cuyo literal c, contempla como causa que vicia el procedimiento, la existencia de violación de trámite siempre que conlleve a una vulneración del derecho de defensa, de tal forma que a fin de que se declare una nulidad se debe determinar si la supuesta caducidad del IRP, o su presunta nulidad conllevó a una vulneración del derecho de defensa, aspecto que no ha sucedido en el presente caso**. En este sentido señores jueces, conforme consta de la sentencia recurrida, en la audiencia de juicio acudieron los auditores de la Contraloría General del Estado que elaboraron el informe con indicios de responsabilidad penal, los cuales

sustentaron su informe y fueron sujetos a la contradicción por parte de las defensas técnicas de los procesados, ahora recurrentes, sin que se haya conculcado derecho de defensa alguno, es más según el testimonio de la doctora Mary Villarroel, directora de auditoría de la Contraloría General del Estado mencionó que en el presente caso, el examen materia del testimonio duró más de 180 días, pues existió una modificación a la orden de trabajo y es desde esta modificación a la orden de trabajo que comenzó a regir el plazo de los 180 días para la presentación del informe, y es precisamente dentro de ese plazo que se presentó el informe que fue materia de testimonio. **En igual sentido respecto al trámite que se le dio al informe de los requisitos de responsabilidad penal, fue el único que la Contraloría y los jueces penales podían darle, es decir, verificar su existencia y tratarlo como una noticia del delito, sin que esto conlleve a una tramitología ajena al procesamiento penal, en su máxima señores jueces no existe motivo de nulidad alguna, por cuanto no existe vulneración de ningún derecho alegado por los procesados, así como tampoco la trascendencia que permita nulitar un proceso penal**. (...) Sobre la locución realizada en torno al artículo 95 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales, esta disposición legal claramente establece una salvedad al relatar dice: efectos de la sentencia en el tiempo, la sentencia en que se dicte en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surte efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro, de manera excepcional se podrá diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales y cuando no afecte la seguridad jurídica e interés general. Permítame una explicación señor juez, se lo digo con conocimiento de causa porque participé en las audiencias previas a la emisión de la resolución de la Corte Constitucional, se discutía el imperio del presupuesto constitucional establecido para la imprescriptibilidad de la investigación, procesamiento y juzgamiento de los casos, entre otros del delito de peculado, versus el tiempo perentorio de 180 días que se otorgaba a la Contraloría General del Estado para hacer un informe con indicios de responsabilidad penal, las dos normas de carácter constitucional la una y reglamentaria la otra, estaban en contradicción y establecía la Corte que prima el presupuesto constitucional de que se debe primar el espacio suficiente para poder investigar todo el tiempo, como lo establece la Constitución, entonces no había una norma secundaria que pueda vulnerar ese principio de investigar durante todo el tiempo, y quien ejerce el derecho para investigar todo el tiempo eso los delitos de concusión, peculado como el presente caso, la Fiscalía General del Estado, y entonces se llegó a establecer que existe una vulneración al derecho que tiene constitucionalmente la Fiscalía General del Estado, para poder investigar durante todo el tiempo el delito de peculado y no reforzar a esta camisa de fuerza de los 180 días como establecía la normativa reglamentaria la Ley de Orgánica de la Contraloría, y es por eso que esta disposición cabe en la en la disposición de excepcionalidad prevista en el artículo 95 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales, y así lo precisa la sentencia 5-13-IN/19 de la Corte Constitucional hecha referencia por las defensas han referido. En relación al argumento de falta de motivación, señores jueces, la sentencia dictada el 26 de enero de 2021, cumple con los requisitos señalados en el artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 622 del Código Orgánico Integral Penal, cumpliendo con el test de motivación de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, test de motivación que se encontraba vigente a la fecha en que se dictó la sentencia. Recalcando señores Jueces, que en virtud de la sentencia dictada por la Corte Constitucional en el caso 1158-17-EP de 20 de octubre de 2021, la presente sentencia cumple con las pautas motivacionales señaladas en la misma, encontrándonos ante una sentencia con motivación suficiente que cuenta con una estructura mínima, consecuentemente, no se encuentra incursa en ninguna de las causales de insuficiencia motivacional que acarré un

vicio motivacional que vulnere la garantía establecida en la Constitución. Así también, ninguno de los argumentos alegados en esta audiencia, convergen en la vulneración de los principios de: especificidad, trascendencia; y convalidación, para que ustedes señores jueces puedan declarar la nulidad; por lo que solicito se rechacen los argumentos. En relación a los cargos de apelación encaminados a obtener la revocatoria de la sentencia venida en grado, procedo a controvertir en los siguientes términos: Señores jueces dividiré mi intervención en dos momentos, en el primero daré respuesta a las alegaciones que han sido generales en todos los recurrentes; y en un segundo momento estableceré aquellas situaciones particulares de cada una de los recurrentes referidas en la sentencia. Se ha hecho relación a la falta de perjuicio o inexistencia de perjuicio en el presente señores jueces, fojas 281 a 287 de la sentencia impugnada consta el análisis efectuado por el tribunal de juicio en relación al delito de peculado, así, el tribunal refiere: "... a fin de determinar si en el presente caso, se ha justificado la existencia material de dicho injusto penal; tomando en cuenta que los hechos acusados, se dice por parte de la acusación oficial (FGE), devienen del "abuso" con el que fue entregado un recurso estatal no renovable, como es el crudo en el campo Singue, en "beneficio de particulares"; "entrega" que se efectuó a través de una "disposición arbitraria" de varios funcionarios públicos -para ese entonces- como son: Jorge David Glas Espinel (Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos); Wilson Marcelo Pastor Morris (Ministro de Recursos Naturales no Renovables); Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli (Viceministro Hidrocarburos); Aníbal Ramiro Cazar Ayala (Secretario de Hidrocarburos); Gustavo Andrés Donoso Fabara (Subsecretario de Áreas Asignadas); José David Burgos Zambrano (Subsecretario de Estudios y Patrimonio Hidrocarburifero)..." entre otros; quienes actuaron en las diferentes etapas precontractual, contractual y de ejecución en el proceso licitatorio del campo Singue, y sobre todo "precautelaron el interés particular por sobre el interés estatal", interés particular de las empresas contratistas, DGC, GENTE OIL ECUADOR PTE LTD. A foja 281 a 284, el tribunal luego del análisis del acervo probatorio concluye: "...resulta indiscutible para este tribunal el cual arriba al pleno convencimiento más allá de toda duda razonable, que se ha configurado el tipo penal de peculado previsto en el artículo 257, inciso 1 del Código Penal, tanto más que el abuso por disposición arbitraria en el manejo de la información privilegiada con relación a las reservas del campo Singue, se subsume de la incorrección de los funcionarios públicos al haber vulnerado a su vez lo que dispone el artículo 227 CRE, en cuanto a los principios básicos de la administración pública. El tribunal de juicio, en la foja 283 de la sentencia concluye que el perjuicio al Estado ecuatoriano asciende a la cantidad de 5 millones de dólares, conforme lo determino la Contraloría General del Estado, sin embargo, este no era el único elemento probatorio practicado por la Fiscalía, también consta y se recoge en la sentencia el testimonio de la perito Nubia Almeida, quien revisó los estados financieros de la contratista auditados por la ARCH; la contratista está facturando al estado ecuatoriano la tarifa de 33.5 dólares por barril extraído. Permítanme una alocución, en el desarrollo probatorio de la audiencia de juicio, se hizo relación a la comparecencia de funcionarios públicos, vigente, y que dichos funcionarios públicos manifestaron que no existiría algún perjuicio en Torino a la estado y que más bien la empresa contratista, la adjudicataria era la perjudicada, pues no estaría cobrando 33.5 dólares por barril extraído, sino 27 dólares por barril extraído y en que radicaba esa diferencia que supuestamente iba en perjuicio de la contratista, que esa diferencia entre estos 27 hasta llegar a los 33.5 constituía la famosa cláusula de acumulación, cláusula de acumulación que el estado ecuatoriano debía pagar en cuanto los precios de petróleo le habilitaba pagar esa suma y se hacía la reflexión que si ese momento terminaba el contrato, la empresa no podía cobrar esa cláusula, por tanto el beneficiado era el Estado ecuatoriano. Al día de hoy y en el mismo desarrollo de la audiencia de juicio, con la presencia de la señora Albuja, se determinó que al 2016 existía más o menos,

en cláusula de acumulación, aproximadamente 29 millones de dólares por pagar a la contratista, pues estaba facturado, la factura se lo hacía por 33.5 dólares por barril extraído, cuando se le preguntó porque hubo una certificación, si al 2018 esa cláusula de acumulación en que monto estaba, se determinó que estaba en aproximadamente 18 millones de dólares y hoy a febrero de 2022, esa cláusula de acumulación esta en 3 millones de dólares, es decir el famoso perjuicio que dice recibe la empresa en beneficio supuestamente del estado, no es tal, pues ahora la empresa está cobrando a 33.5 dólares por cada barril extraído. Esa cantidad de dinero se llegó a un acuerdo, porque la cantidad de crudo que supuestamente tenía el campo Singue, era de 2 millones de barriles. Por lo tanto, si la compañía iba a invertir en extraer 2 millones de barriles, tenía que precautelar la utilidad poniendo una cifra del barril de petróleo en 35.35, pero, en que radica la información, el momento que se hace la negociación del campo Singue, ya existía información en 1991 la empresa de petróleos del Ecuador tenía un informe, eso rindió el testimonio el ingeniero Franklin Paredes, en la que utilizando tecnología 2D se llegó a establecer que el cálculo de las reservas del campo Singue era de 72 millones de barriles. Posteriormente, el Estado ecuatoriano, a través de la empresa SINOPEC a quien se contrató con fondos ecuatorianos para que haga un análisis y estudio geológico del campo Singue para establecer el nivel de reservas, dijo que existía reservas de 4 millones y medio, incluso referido por la defensa técnica, en el 2009 se hace un nuevo contrato con SINOPEC y esta a su vez contrata a GEOTECH, para que se haga un estudio y análisis de la sísmica y todo lo relacionado con el campo Singue. Con utilización de tecnología 3D se llega a establecer que el campo Singue, al 2009, tenía 20 millones de barriles de reserva probados, con una proyección de reserva a explorar de aproximadamente 62 millones de barriles, esa era la información que tenía, y esa es la información que consta en el informe de GEOTECH subcontratada por SINOPEC, empresa contratada por el estado ecuatoriano para hacer eso. Ahora bien, porque existe información privilegiada y se hace referencia a la sentencia, porque esa información era de conocimiento de todos los funcionarios del ámbito hidrocarburífero, incluidos los ahora recurrentes. Información que lo tenían, que inclusive sirvió para hacer la promoción de la convocatoria a la licitación de la 10ª ronda petrolera en la que se visitó el campo Singue; es decir, sí hicieron uso de información de GEOTECH, informes de planos, que era del informe de GEOTECH y promocionaron la 10° ronda petrolera. ¿Podemos decir que no fue de conocimiento de los recurrentes?, no señores jueces, fue de conocimiento pleno de los señores funcionarios de hidrocarburos que a la fecha de convocatoria a la 10ª ronda petrolera y de suscripción del contrato con Singue, ya sabían que en el campo si existía por lo menos 20 millones de barriles de petróleo como reservas probadas, y entonces ¿para qué existe el deber de funcionario público? precautelar los derechos del estado ecuatoriano. Sí yo sé que en ese campo que voy a licitar, voy a entregar a un particular, hay 20 de millones de barriles, no puedo negociar por dos millones de barriles por qué, porque si yo negocio por 2 millones de barriles, claro que en particular me va a cobrar más pues, pero sigo negocio por 20 millones de barriles obviamente la tarifa va a bajar, ese es el razonamiento por el cual el Tribunal de juicio hace el razonamiento de por qué se utilizó información privilegiada para beneficiar a la empresa contratista, tanto es así que hasta el día de hoy por propia aseveración de la defensa técnica y de desconocimiento general, se sigue explotando el petróleo en el campo Singue; es decir, no es los 2 millones de barriles que se licitó, se comprometió, hoy pasa más allá de los 20 millones de barriles. El testimonio de la señora Mayra Albuja, funcionaria de la Secretaría de hidrocarburos, hizo referencia a que el 31 de diciembre de 2016 la cláusula de acumulación era 29 millones, al 2018 bajo y hoy en el 2022 exclusivamente ya bajo. Señores jueces, para que tengan conocimiento el Ministerio de Energía y Recursos naturales no renovables, el 14 de febrero del 2022 ratificó que la cláusula de acumulación del bloque Singue es de 3.302.240,34 dólares, eso es lo que a

esa fecha el estado debía por la famosa cláusula de acumulación, por lo tanto, decir que el Estado ecuatoriano es el único que gana y que el que está perdiendo es la empresa, no es ajustado a la realidad. En torno a las reservas del informe de GEOTECH, ya he explicado ha evolucionado la información, y es más, al momento de la negociación la empresa adjudicataria se comprometió para con el Estado ecuatoriano, y era un rubro que iba a invertir, en desarrollar un pozo de exploración, un pozo exploratorio en el campo Singue y que el consto de eso pozo obviamente subía en rango en la cantidad de la inversión que ellos iban hacer y por tanto iban a contabilizar e iba hacer tomado en cuenta para el cálculo de la tarifa. Que hizo la empresa adjudicataria?, no perforó el pozo de exploración, porque tenía información de GEOTECH, que no necesita realizar pozo exploratorio, se necesitaba realizar pozo de desarrollo como efectivamente se realizó, solo pozo de desarrollo, entonces dónde está la oferta de la empresa del pozo exploratorio, nada, ningún tipo de ingreso o gasto en pozo exploratorio, esos parámetros que sirvieron para establecer una tarifa de 33.5, obviamente difería con lo que meses antes una de las empresas ligadas a la adjudicataria hizo públicamente, pues mando una carta al señor presidente de la república indicando que ellos ofrecían explorar el campo Singue a un costo de 29.03 dólares por barril extraído. Oh sorpresa, posteriormente esa empresa forma parte de un consorcio y ese consorcio para ese mismo campo dice que va a cobrar 23.05, una diferencia sustancias en perjuicio de los intereses del Estado. Respecto a la utilización de la información privilegiada, fue justificada con el testimonio rendido por el ingeniero Elías Ibadango, ex funcionario de la Secretaría de Hidrocarburos quien corroboró que en el 2011 ya se contaba con esa información de las reservas establecidas por GEOTECH, él refirió que respecto al estudio de sísmica 3 D, que GEOTECH realizó en el área del proyecto Cuyabeno Sansawarium, que involucra también Singue, se conocía y es más se sabía que era una información que había sido remitida por Petroecuador a la Secretaría de hidrocarburos, asimismo con la prueba documental número 28 se demostró que el consorcio DGC como contratista adjudicados del bloque Singue, no tuvo nuevos datos sísmicos, lo que hizo la empresa simplemente fue reprocesar los datos de 3 D existentes plasmados en un informe GEOTECH, y así lo recoge la sentencia impugnada a fojas 282 y 283; así como también, en las páginas 49 a 50, 54 a 60 donde constan los testimonios del señor Ibadango y el señor ingeniero Reyes. Así también señores jueces, cabe precisar que el tribunal de juicio concibe a la información privilegiada como la capacidad de acceder a determinados datos por parte de funcionarios públicos por su posición en la administración estatal, por ende la información privilegiada no se debe asumir como documentos sujetos a cláusulas de reserva; es decir, un servidor público, como los sentenciados que ocuparon cargos en la Secretaría de Hidrocarburos y en el Ministerio, relacionados con el manejo y control de hidrocarburos tienen la capacidad de acceder a la información privilegiada sobre gestión petrolera, por el solo hecho de pertenecer a la empresa pública, capacidad que una persona particular por obvias razones no podía tener acceso; razón por la cual solicitó desde ya el tribunal se rechace el argumento esgrimido en esta audiencia. En relación a la alegación de que la Fiscalía habría inducido de manera ilegal como prueba el informe de GEOTECH, debo indicar a ustedes señores pues es que la información de GEOTECH, por dicho informe fue incorporado como prueba con el testimonio, con la declaración rendida por el ingeniero Fernando Reyes, quien explicó de manera detallada las razones por las cuales el estado ecuatoriano contrató a la empresa SINOPEC para la determinación real de las reservas en el campo Cuyabeno sansawari, la información decía que GEOTECH también forma parte del mismo resumen técnico del área a licitarse, elaborado por el señor ingeniero José David Burgos Zambrano como consta en el memorándum 833 del 30 de mayo del 2011, en donde se hace referencia a que GEOTECH estimó reservas de petróleo, de crudo en el orden de más de 4 millones al 2006, con la continuación del trabajo técnico de

GEOTECH con la utilización de tecnología 3 D, al 2009 se estableció el nivel de reservas en 20 millones de barriles y 62 de millones de barriles en reservas en sitio. Esta información incluía los mapas que fueron de conocimiento de las autoridades del sector hidrocarburos, pero como se dijo posteriormente fue utilizado para la promoción de la 10ª ronda petrolera. Por lo tanto, la sentencia es clara, coherente al determinar que con el acervo probatorio presentado en la audiencia de juicio se ha demostrado la materialidad de la infracción; así como, la responsabilidad de los encartados, razón por la cual solicitó se rechace el argumento en torno a este tema. Con relación a la intervención de los peritos, tema también objetado y solventado en la audiencia preparatoria de juicio y en el juicio; sin embargo, debo precisar lo siguiente la Fiscalía designó peritos para que realicen este informe de negociación petrolera y designó a los profesionales que a pesar de que nos contaban en el registro del Consejo de la Judicatura como peritos, lo tomó de los distintos colegios de abogados, colegios profesionales y a foja 9 consta el acta de evaluación y preparatoria de juicio, la discusión respecto de la intervención de las pericias excepcionales practicadas por los señores peritos. En torno a la participación de los procesados, se ve fundada en los conocimientos técnicos de la materia del contrato sobre el cual se cometió el ilícito, pues respecto de este contexto cuyo conocimiento no se posee, no es posible dominar un hecho que ocurre dentro de sí mismo. En cuanto a la complicidad, es preciso puntualizar que se imputó por cuanto la misma normativa penal determina que responderán como tales las personas que realicen actos secundarios que faciliten a la comisión del delito a los autores, en ese sentido, los imputados como cómplices desde sus esferas de acción, no tuvieron el dominio del hecho con la disposición arbitraria del crudo vendido a DIGOIL, pues con o sin su participación las personas cuya ubicación en la esfera pública representaba el poder de decisión y actuación, hubiese lesionado el bien jurídico protegido. De igual forma, así se lo hizo en el análisis de las alegaciones de la Fiscalía y en el razonamiento del fallo recurrido. En este momento procederé a hacer referencia puntual a las alegaciones hechas por cada uno de los recurrentes, me referiré a las alegaciones hechas por la defensa técnica del señor ingeniero Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli, se ha manifestado que el señor Carlos Pareja procedió a conformar el COLH y allí solo recibió recomendaciones de las comisiones y a remitir a su superior, esto es al señor ministro, recomendando las adjudicación de contrato, la defensa técnica del señor Pareja se olvida de señalar que el señor Carlos Pareja conoció a enero del 2011, es decir 6 meses antes de la convocatoria a la licitación de la 10ª ronda petrolera, a través de la comunicación de 22 de enero de 2011 de Suelopetrol dirigido entre otros, al señor viceministro de hidrocarburos, en la cual se indica que el consenso el consorcio petrolero amazónico CPA, contratista del campo Singue y del cual formaba parte de la compañía DIGIOIL, señalaba que estaba de acuerdo en firmar el contrato de prestación de servicios por el campo Singue y refería que la tarifa que podía cobrar es de 29.3 dólares por barril extraído, sobre este argumento cabe precisar señores jueces, que en la prueba documental número 4 presentada por Fiscalía en la audiencia de juicio, referida en la página 292, considerandos 8.3. 1.1, la mencionada comunicación fue dirigida entre otros al señor Carlos Pareja Yannuzzelli, en su calidad de viceministros de Hidrocarburos, no bastando con eso, también conoció el oficio número 1509-ESH-2011 del 30 de mayo del 2011 que remite el señor ingeniero Ramiro Casar, secretario de hidrocarburos a Carlos Pareja Yannuzzelli, viceministro de hidrocarburos y presidente del COLH, solicitando que en su calidad de presidente del COLH se sirva a autorizar para convocar a una reunión a los miembros del COLH, para la aprobación del instructivo de licitación, a este oficio se adjunta el informe técnico que analiza el potencial hidrocarburos de 6 bloques, entre ellos el bloque Singue, informe técnico que fue elaborado por el señor subsecretario de estudios del patrimonio hidrocarburo José David Burgos Zambrano, recogido en una sentencia en la página 298, también el ingeniero Pareja Yannuzzelli,

conocido del memorándum 833-SH-SP-EPH del 2011 suscrito por el subsecretario de estudios y patrimonio hidrocarburo de fecha 30 de mayo del 2011, en el mismo que contiene el resumen técnico actualizado referente a los bloques que se pretendía licitar en la 10ª ronda petrolera, con lo que justifica, que antes de la convocatoria a la licitación cuando se presente el resumen técnico respecto del campo Singue, refiere que si bien las reservas del campo sin que en el libro de reservas como estaba como 2040556 barriles había un estudio o informe técnico de GEOTECH Group Limited que al 2006 estimaba las reservas de 4522196 barriles, conforme como está a fojas 23, 61, 39, 99 del expediente fiscal, pero recogida en la página 292, en el considerando 8.3.1.1 de las sentencia recurrida. Igualmente señor Carlos Pareja, tiene su participación en las actas del COLH referidas y que tienen los números 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11 y 14, en ellas participó en las sesiones de COLH, principalmente en la de 26 de diciembre de 2011 suscribiendo el acta número 11, en la que requirió que se recopila información sobre fuentes de financiamiento de la contratista. Por lo expuesto señores jueces el señor Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli, coadyuvó a la ejecución del delito de peculado de modo principal, pues autorizó la convocatoria de los miembros del COLH para la aprobación del instructivo utilizado en el proceso de licitación de la 10ª ronda petrolera. Es importante señalar que también este oficio el 1509 se le adjuntó el memorándum 833, que en lo principal hace referencia al informe de GEOTECH, varias veces explicado. Por lo tanto señores jueces, la sentencia recurrida en torno al señor Carlos Pareja Yannuzzelli, tiene perfecta validez, pues analiza de manera suficiente el acervo probatorio con el cual se establece su participación y responsabilidad en el delito materia de la acusación y de la sentencia. Solicitando al tribunal se deseche el recurso de apelación planteado por Carlos Pareja Yannuzzelli y se ratifique el fallo venido en grado en torno al citado recurrente. Con relación al recurrente Wilson Marcelo Pastor Morris, a mas de los argumentos referidos anteriormente, mencionare que con el acervo presentado se demostró que Wilson Marcelo Pastor Morris, ministro de recursos no renovables, conoció sobre la negociación realizada por el consorcio CPA, en la cual el representante de la empresa DIGOEL, César Edmundo Guerra Navarrete, ofrecía la tarifa de 29.3 dólares por cada barril extraído del campo Singue, como se demuestra con la comunicación de 22 de enero de 2011, suscrita por el ingeniero Enríquez Rodríguez Guillén, apoderado del consorcio petrolero amazónico, presidente de Suelopetrol. En este punto cabe mencionar que hay 2 hechos sumamente importantes, DIGOIL es una empresa que formaba parte del consorcio petrolero amazónico y que todo ello fue conocido antes que el estado declara terminado el contrato de forma unilateral. En esta comunicación señores jueces, consta el resumen del campo marginal Singue, que en su parte pertinente expone: *"(...) de igual manera en la reunión de socios del consorcio petrolero amazónico del 27 de octubre de 2010 acordaron por unanimidad que, una vez cumplida todas las formalidades de ley y habiendo obtenido las autorizaciones correspondientes, transferir a Dygoil, empresa 100% ecuatoriana, la operación y el 100% de participación del campo Singue le ratificamos la aceptación por parte del Consorcio petrolero amazónico de las tarifas calculadas y aprobadas por la comisión negociadora de la secretaria de hidrocarburos que nos fueron ofrecidas y que son las siguientes: campo Pucuna 28,5 USD; campo Singue 29,3 USD (...)".* Consta esto a fojas 290, considerando 8.3.1.1 del fallo recurrido. Conoció también el señor ingeniero Pastor, el oficio 018-DYG-2018-YG de 26 de enero de 2018, dirigido al economista Rafael Correa Delgado con copia a Wilson Marcelo Pastor Morris y suscrito por César Guerra Navarrete, Gerente General de Dygoil, Cía. Ltda; que en lo pertinente refiere: *"(...) el Consorcio Petrolero Amazónico (...) tiene un contrato entre otros para la exploración y explotación del campo Singue; al tenor de lo previsto en la disposición transitoria primera de la ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, deben pasar al modelo de contrato de prestación de servicios, que para el efecto se llevaron a cabo varias reuniones de trabajo con la comisión negociadora, presidida*

por (Wilson Pastor) Min. de Recursos Naturales No Renovables y el Secretario de Hidrocarburos, concluyéndo: "(...) con la propuesta final del CPA, respecto de las inversiones a realizarse en los dos campos con los siguientes montos: campo Singue: 26.7 dólares por barril extraído. Esto consta, el análisis de la sentencia en la página 290, considerando 8.3.1.1 del fallo recurrido. Adicionalmente, en la página 54 de la sentencia recurrida consta que con prueba documental se demostró que DYGOIL para justificar inversiones en explotación presentó el contrato 2001-075, suscrito con el Estado ecuatoriano y Dygoil relacionado con Atacapi- Parahuacu; sin embargo, los derechos que tenía DYGOIL sobre este contrato, fueron cedidos a la empresa china CPEB, empresa que estaba representada por Wilson Pastor como gerente, queda claro entonces la relación comercial de Dygoil con Wilson Pastor. Es decir el interés siempre fue beneficial a Dygoil pero Dygoil formaba parte de CPA. Al no tener éxito Dygoil con la negociación del contrato con CPA respecto a Singue conforma DGC con la compañía GENTE OIL DEVELOPMENT ECUADOR LLC , compañía que se constituye en septiembre de 2011 en Delawere, compañía que tiene un único accionista Gente Oil Exploration, con la prueba documental 48 fue constituida en Delaware en julio de 2011 y cancelada con fecha 23 de abril de 2012. Lo cual sustenta aún más la obligación que tenía el ingeniero Pástor de no aceptar la recomendación del COLH, que estaba amparada en el informe de la Comisión, debiendo declarar desierto el proceso licitatorio del Campo Singue, cuestión que recoge en la página 291, considerando 8.3.1.1 del fallo recurrido. De la información técnica de sísmica que existía respecto al campo Singue, a través del informe técnico elaborado por la misma Secretaría de Hidrocarburos, que sirvió de sustento para la licitación; como lo han señalado los testigos Luis Andrés Guerra Fuel y el perito Fernando Reyes, ya que en dicho banco de datos incluso constaban los mapas estructurales elaborados por GEOTECH en el 2009. Conforme lo recoge el tribunal de juicio en la página 291. Es decir señores jueces, que en función de su cargo como ministro, no solo conocía de las reservas existentes en el campo Singue, sino también de la tarifa ofertada por CPA, la misma que correspondía a 29.3 dólares por barril. En consecuencia, a pesar de tener conocimiento de esa información privilegiada, acepta la recomendación del COLH, y dispone la suscripción del contrato al señor doctor Gustavo Andrés Donoso Fabara, en su calidad de Secretario de Hidrocarburos. Así lo recoge la sentencia venida en grado. También abona, es ese sentido, el testimonio del ingeniero Luis Andrés Guerra Fuel, quien explicó que en la promoción de la 10° ronda petrolera, ya constaban mapas estructurales de la empresa GEOTECH, referentes al campo Singue que fue de conocimiento del señor Pastor, como consta recogido en la página 45 de la sentencia recurrida, como prueba testimonial. Otro elemento probatorio, que abona entorno a la responsabilidad de WILSON PASTOR es el testimonio rendido por el ingeniero Franklin Israel Paredes Gáleas, quien afirmó categóricamente que los estudios técnicos realizados por EP Petroecuador en 1990 y 1991, ya se tenía conocimiento del potencial del petróleo que existía en el campo Singue, llegando a determinar una cifra de 70 millones de barriles, utilizando tecnología 3D, indiscutiblemente el señor testigo perito, explicó porque llegaron a esa conclusión, no como hoy se ha querido mencionar con un criterio suelto, como la famosa frase de ojo de buen cubero. El señor ingeniero Paredes explicó aquí de manera clara y didáctica como llegaron a la conclusión por la estructura geológica del campo Singue, como tenía la cantidad de petróleo en el subsuelo, con la utilización de tecnología 2 D, llegaron a calcular que existía los 70 millones de barriles y hacía alusión el señor Paredes que cualquier técnico, cualquier persona conocedora de petróleo, con esa información, a simple vista, con ojo de buen cubero podía corroborar que existía 70 millones de barriles de petróleo. No como se ha dicho hoy, que ha sido una frase suelta, inclusive se haciendo comparación de un profesional de derecho con opiniones de carácter médico, que no obedece. (...) El señor ingeniero Paredes es técnico en petróleos, era funcionario de EP Petroecuador,

fue testigo de la Fiscalía, el fue funcionario de Petroecuador en el 90 y 91 y el relato como llegó a la conclusión que en el campo Singue a esa fecha, con tecnología 2D, ya se sabía que en el campo Singue existía 70 millones de barriles de petróleo. Con la prueba presentada en la audiencia de juicio recogida en la sentencia impugnada se demostró más allá de toda duda razonable que el ingeniero Wilson Pastor conoció e intervino de manera directa como máximo representante de la gestión de hidrocarburos, en varias reuniones de renegociación del contrato anterior del campo sigue con el consorcio petrolero amazónico, en donde se ofrecía una tarifa mucho más baja que la que se negoció de manera arbitraria en la 10ª ronda petrolera, pues este consorcio ya conocía la existencia de reservas del caso Singue, razón por la cual se solicita se deseche el recurso de apelación planteado y se confirme la sentencia venida en grado. Igualmente haré referencia a la alegación realizada por la defensa técnica del señor ingeniero Jorge David Glas Espinel, interviene en este proceso en su calidad de ministro coordinador de sectores estratégicos, conoció y aprobó todos los documentos que fueron parte de la 10ª ronda petrolera, la comunicación del 22 de enero de 2011 suscrita por suelopetról en la que se indica que está de acuerdo con la tarifa 29.3 por barril producido en el campo Singue, misma que fue remitida al señor ministro coordinador del sector estratégico, es decir al señor ingeniero Jorge Glas Espinel entre otros, que consta como prueba documental número 4 recogida en la sentencia impugnada en la página 290. Igualmente el oficio 018-DYG-2018-Y que cómo está en la prueba documental número 15 que fue incorporado por parte de Fiscalía en la audiencia de juicio y recogida en la sentencia impugnada, también cómo está su participación en las actas del COLH en la que interviene el ingeniero Glas, las actas 1, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 10,11, 12, 13 y 14 en las cuales se desprende que estuvo presente en la reunión de COLH de 21 de noviembre del 2011 en la que se aprobó el informe favorable del sobre del sobre número 1, y el informe de la de negociación del equipo negociador acta número 14 del 10 de febrero del 2012, además que participó en la sesión del COLH de 26 de diciembre de 2011, suscribió en el acta número 11 en la que se requirió que se recopila información sobre fuentes de financiamiento. También consta como acervo probatorio en contra del ingeniero Glas Espinel, el testimonio rendido por Mary Julieta Villarreal Ríos, funcionaria de la Contraloría General del Estado, quien refirió que dé la misiva enviada por DIGOIL en enero de 2011 a la presidencia de la República, que se señalaba que CPA estaba conforme con la suscripción del contrato de servicios por la tarifa de 29.3 dólares en campo Singue, fueron también de conocimiento de las autoridades de hidrocarburos, entre ellos del ingeniero Glas. Otra prueba respecto de la participación y responsabilidad ingeniero Glas, es el testimonio del ingeniero Luís Andrés Guerra Fuel, experto petrolero del equipo de Contraloría General del Estado, quien manifestó que en el proceso de negociación del bloque, no recibió consideración al tema relacionado con el pozo exploratorio, pues esta observación ya fue puntualizada por el COLH en la sesión de diciembre de 2011, en la cual asistió el ingeniero Jorge David Glas Espinel. Con base a la prueba practicada y que consta en la sentencia recurrida debidamente fundamentada, se establece más allá de toda duda razonable que la sentencia de condena expedida por el tribunal Aquo, en torno al señor ingeniero Jorge David Glas Espinel es legal, es jurídica y es justa. Por lo tanto, solicito se rechace el recurso de apelación presentado y se ratifique la sentencia venida en grado. Haré relación a la fundamentación realizada por la defensa técnica del doctor Gustavo Andrés Donoso Cazar, quien ha manifestado Se ha manifestado por parte de defensa técnica del doctor Donoso que no conocía sobre la tarifa extra oficial del barril de petróleo en el 2010, que elaboró un informe previo de la sesión que fue acogido por el señor ministro del ramo de la Secretaría de hidrocarburos, que en el año en el que formó parte del equipo negociador del CPA no llegó, no se llegó a una negociación favorable con el estado que por lo tanto su participación obedece a una disposición de orden legal; es decir en cumplimiento de una

orden legal el cual él estaba encargado. El acervo probatorio presentado por la Fiscalía, se demostró que el doctor Gustavo Andrés Donoso Fabara en su condición de subsecretario de áreas asignadas cumplió un rol determinante en la suscripción del contrato de prestación de servicios para ejecución del contrato en el campo Singue, fue de conocimiento del doctor Donoso Fabara la aprobación del instructivo de procedimientos de licitación hidrocarburífera bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios de la exploración y explotación de hidrocarburos, conocía perfectamente de la información relacionada al monto o la cantidad de petróleo que existía en el campo Singue, que existía una tarifa oficial ofertada por parte de una empresa que formó parte del consorcio mucho menos de la que se proponía para la suscripción del contrato; es decir, 29.3 dólares por barril, cuando en el contrato que fue firmado por los cuernos o se exhibía una cifra de 33.5; es decir, el doctor Donoso conocía perfectamente que suscribir el contrato en las condiciones en las cuales se estaba presentando era lesiva a los intereses del Estado, por lo tanto podía perfectamente el rechazar la suscripción de ese documento, porque abiertamente se lesionaba los intereses del Estado con la información que se tenía de conocimiento. Por lo tanto, argumentar que él no conocía, que lo que únicamente hizo es cumplir una disposición del señor ministro de recursos naturales no renovables, no es ajustada a la realidad, él conocía perfectamente sobre los antecedentes y sobre todo la información que estaba aparejada al contrato establecía todo el procedimiento y la información que conllevó y que estuvo en torno al tema del proceso de licitación del campo Singue en la 10ª ronda petrolera la responsabilidad del funcionario público es precautelar los intereses del Estado. Si yo en la información que me apunten al documento que debo firmar observó que lesiona a los intereses del Estado, obviamente debo rechazar ese tipo de intervención, pues la Constitución así lo dice si un funcionario público determina o detecta que un acto es ilegal, es inconstitucional, no está obligado a realizar dicho acto. Por lo tanto, el señor doctor Gustavo Donoso, debió adecuar su conducta diferente a la que hizo; es decir, rechazar la suscripción del contrato que le fue dispuesto por el señor ministro y por lo tanto precautelar los intereses que el Estado ecuatoriano determinaba para la suscripción de este contrato. En estas consideraciones también, formando parte de esta locución las referidas en torno al tema de la nulidad que también fue referido por la defensa técnica del Dr. Donoso y que no cabe volver a repetir, solicitó al tribunal se rechaza si la solicitud de nulidad pretendida por la defensa técnica del señor Donoso y también el recurso de apelación planteada, pues la sentencia condenatoria determinando la responsabilidad del Dr. Andrés Donoso Fabara es justa y es legítima. Me referiré con relación al alocución de la fundamentación del recurso realizado por Aníbal Ramiro Cazar Ayala, ¿Qué se mencionó?, que no tuvo acceso a ningún tipo de información privilegiada por lo tanto no podía beneficiarse de un contrato en las condiciones en las que suscribió el contrato Singue, que no fue miembro del comité de licitaciones hidrocarburos, que únicamente actuó como secretario del COLH, pues sus facultades estaban previstas en el instructivo que tenía actuación con vos pero no con voto. Evidentemente, fue de conocimiento del ingeniero Aníbal Ramiro Casar Ayala toda esa documentación que se hecho referencia en torno a los proceso de negociación anteriormente realizados por el campo Singue con el estado ecuatoriano, en la que ya se estableció como oferta realizar la extracción del crudo en 29.3 dólares por barril, también fue de conocimiento del ingeniero Casar el verdadero nivel de reservas del campo Singue determinado por GEOTECH, pues fue de conocimiento de las autoridades hidrocarburos, entre ellas el ingeniero Casar de que a 2009 GEOTECH, como subcontratista de SINOPEC, estableció para el estado ecuatoriano la existencia de 20 millones de barriles de crudo en el campo Singue, evidentemente esta información también fue de conocimiento del ingeniero Casar, el informe realizado por el Dr. Burgos que incluye los estudios GEOTECH que dan cuenta de la riqueza del campo Singue, esto recoge la sentencia en la página 71

del fallo recurrido, y también se analiza en la página 298. También, el 30 de mayo de 2011 ante la convocatoria de la licitación de la 10ª ronda petrolera, Ramiro Cazar Ayala, conocía de los estudios técnicos que fueron realizados por SINOPEC con su contratista la empresa GEOTECH, también fue de conocimiento del señor ingeniero Casar el oficio 242-CPE-2010 de 24 de agosto del 2010 mediante el cual el secretario de hidrocarburos Ramiro Casar pone en conocimiento del señor ingeniero Wilson Pastor los nombres de los miembros del grupo negociador que intervenían en la negociación con las compañías operadoras el campo Singue que era Suelopetról, esto consta recogido en la página 76 de la sentencia recurrida. Es decir, el señor ingeniero Aníbal Ramiro Casar conocía con certeza todos los pormenores que existieron respecto de la negociación del campo Singue, todos los documentos e informes que debieron precautelar los intereses del Estado; sin embargo, eso no lo hizo en precautelar los intereses del Estado de proteger lo interese del estado ecuatoriano, y también intervino como secretario del COLH durante todo el proceso de negociación, esto consta a fojas 297 del fallo recurrido. También conoció el ingeniero Casar, el informe final de la negociación emitido por el grupo negociador de la Secretaría de hidrocarburos de fecha 23 de enero de 2011 y que con esta recogida en la página 297 del fallo recurrido. En estas consideraciones a criterio de la Fiscalía, la sentencia de condena expedida por el tribunal Aquo en torno al ingeniero Ramiro Casar es justa, es legal es legítima, por lo tanto solicito se deseche el recurso de apelación planteado y se ratifique el fallo de condena recurrido en los términos establecidos. Con relación al señor César Edmundo Guerra Navarrete, la defensa técnica ha manifestado lo siguiente, que debido a la cláusula de acumulación la contratista no recibió la tarifa real con la que se negoció, esto es 33.5 dólares por cada barril, sino que recibió 27 dólares, que ningún tipo de contrato de prestación de servicios contiene un desglose de tarifa, que no existe perjuicio y que, no se ha demostrado como él se ha beneficiado del contrato. Estas consideraciones ya han sido analizada por parte de la Fiscalía, cómo se llegó a establecer que el señor César Edmundo Guerra Navarrete estaba en conocimiento del proceso de negociación de la tarifa real, la tarifa real 33.5 dólares, esa es la tarifa contratada, esa es la tarifa facturada, que por la vigencia de la cláusula de acumulación en una temporada determinada se llegó a recibir por parte de la contratista de 27 dólares, no quiere decir que hoy la contratista ha sido perjudicada, por lo tanto, no es justo, no es verídico afirmar que no se ha recibido la tarifa real por el tema de explotación del campo Singue. Respecto de estos argumentos señores jueces, con el acervo probatorio quedó demostrado que César Edmundo Guerra Navarrete, era accionista mayoritario de la empresa Digoil, consultoría y servicios petroleros, como representante legal de esa compañía ofreció al estado ecuatoriano estos 29.3 dólares de barril por el campo Singue, así constan las comunicaciones ya referidas de 22 de enero del 2011 por parte del señor ingeniero Enrique Rodríguez Guillén, apoderado de Suelopetrol como parte del consorcio amazónico, también de la copia certificada del oficio 018-DYG-2018 de 26 de enero de 2011 dirigido al economista Rafael Correa Delgado, que consta en el mismo sentido y que fue materia de análisis, así también que el señor Guerra Navarrete, se probó que fue accionista mayoritario de la empresa Digoil consultoría y servicios petroleros, y ejerció la representación legal de dicha empresa la cual formó parte del consorcio petrolero amazónico contratista del campo Singue, entre los años 2008 a 2011 y participa en el proceso de negociación del cambio de modalidad contractual de participación hacia el contrato de prestación de servicios, ofertando la tarifa de 29.3 dólares por barril. Conoce también del plan de actividades de inversión que remite la Secretaría de hidrocarburos en el año 2010, la cual es relevante respecto a la información de la innecesaria perforación del pozo exploratorio en el campo Singue, tal como se analiza en el fallo a fojas 292 y 294, también mantenía una relación comercial con el ingeniero Wilson Pastor a través de la empresa CPE, respecto de la cesión de derechos de Digoil en el 2003 referentes al campo

Atacapi-Parahuacu, cómo se hace referencia en el fallo recurrido y que ya fue materia de análisis anterior. Por estas consideraciones y además de los testimonios probatorios del doctor Giovanni Mera y del ingeniero Franklin Israel Paredes que abonaron a la tesis probatoria de Fiscalía, se establece que la participación del señor César Edmundo Guerra Navarrete, cómo extraneus en el presente caso ha quedado demostrado. A permitir con la prueba presentada por Fiscalía recogida por el tribunal y desarrollada de manera fundamental, considerando por lo tanto que el fallo recurrido es justo con relación al señor Eduardo Edmundo Guerra Navarrete, solicitando al tribunal deseche el pedido de revisión y que por lo tanto se confirme el fallo de condena que se dictó en contra del citado sentenciado. También haré referencia con relación a las alegaciones realizadas por la defensa técnica, con relación a José David Burgos Zambrano, se menciona que se toma en consideración el cálculo de reservas que presenta GeoTech una empresa no calificadora de reservas de oficiales para el país que formó parte de la comisión de calificación y evaluación de la apertura del sobre dos cumpliendo con los requisitos legales y reglamentarios, dice también que la tarifa presentada por el consorcio DGC fue la única oferta que cumplió con los requisitos legales y reglamentarios vigentes al tipo de contrato de licitación, que la estrategia de negociación del equipo negociador permitió la reducción de la tarifa ofertada por el consorcio de DGC y que fue beneficioso para el estado ecuatoriano, que no fue quién adjudicó el contrato sino que él participó en otros actos distintos a este, y que el estudio técnico que efectuó no forma parte de las bases de contratación. Ya se han realizado, pues la participación del señor José David Burgos Zambrano y allí hizo un informe técnico que sirvió de base para el proceso licitatorio de la 10ª ronda petrolera, en ese estudio técnico se contempla ya la información de GeoTech que como ya se ha dicho refirió el nivel de reservas del campo Singue, en tanto en el 2006 como en el 2009, es decir el señor José David Burgos Zambrano conocía perfectamente que el proceso licitatorio del campo Singue no podía realizarse con la consideración de reservas de 2 millones de barriles, sino de los de los 4 millones y medio de barriles que fue certificado por GeoTech en el 2006, o de los 20 millones de barriles que fueron realizados por GeoTech en el 2009, este criterio es también corroborado con el testimonio de Elías Ibadango, ex funcionario de la Secretaría de hidrocarburos, quién cómo se mencionó manifestó que al 2011 ya fue de conocimiento de todos los funcionarios de hidrocarburos, del ingeniero David Burgos la información de GeoTech y en torno al tema de la reserva de barriles de petróleo en el campo Singue, también en su calidad de subsecretario de estudios y patrimonio de carbonífero supervisó y aprobó el informe de resumen técnico de los bloques que se iba a licitar en la 10ª ronda petrolera y, también son los documentos que sirvió de base para que el secretario de hidrocarburos el ingeniero Casar solicita al señor presidente el ingeniero Eugenio Pareja Yanuzelli con oficio de 30 de mayo de 2011, la autorización para convocar al comité de las naciones para aprobar el instructivo de la licitación de la 10ª ronda petrolera, tal como consta en el fallo recurrido. Es decir señores jueces, el señor David José David Burgos Zambrano tenía pleno conocimiento de la información privilegiada que estaba en torno a lo que Singue, sin embargo, de eso no hizo constar en los en la documentación en su informe respectivo para que el comité de licitaciones y el estado ecuatoriano como tal, pueda realizar un contrato justo para la exploración del bloque sigue con la con el real nivel de petróleo que existía en sus reservas, por lo tanto no precauteló los intereses o derechos del Estado ecuatoriano tal como se recoge en el acervo probatorio detallado en la sentencia subida en grado, en la que se establece de manera indumentaria más allá de toda duda razonable respecto de la responsabilidad de José David Burgos en el delito que se persigue, y por lo tanto la sentencia de condena establecida es la justa por lo tanto solicitó al tribunal se deseche la fundamentación de la apelación realizada por defensa técnica y se confirme que el fallo venido en grado. Además, no olvidemos que es de conocimiento público, que posteriormente a este, la

realización del contrato del campo Singue, que entre las autoridades ecuatorianas y el consorcio petrolero, posteriormente el señor José David Burgos Zambrano pasó a prestar los servicios en esta empresa adjudicataria de esta compañía. Finalmente me referiré a lo que han hecho referencia varias de las defensas técnicas en torno al tema del laudo arbitral, que el arbitral resuelve respecto de controversias de incumplimientos contractuales, no sobre ámbito penal motivos de la presente causa, el tribunal arbitral no puede, y así hace constar y aclara, que es un tema jurisdiccional, por lo tanto sometido a las autoridades jurisdiccionales del Ecuador, no se hace mención en el laudo arbitral ningún tema referente a materia penal como hoy se pretende confundir a este tribunal de alzada. Ahora bien si bien, entre los valores que se detalla y que ha sido mencionada por la defensa técnica, está el rubro denominado daño moral, no se puede establecer que este rubro al cual el laudo arbitral hace referencia, sea consecuencia de la prosecución de materia penal, no se hace referencia a que este dato por rubro de daño moral, obedezca a la implementación, sustanciación del presente proceso penal, por lo tanto, no podemos decir que el presente caso del juicio penal por peculado haya incidido en la adopción de la responsabilidad económica dictada en contra del Estado ecuatoriano. En el tribunal consta que las acciones de la Contraloría, la Fiscalía y la Procuraduría podrían ser en sí mismas relevantes en el plano contractual, han sido objeto de decisiones del Poder Judicial ecuatoriano y no se ha probado que hayan sido desarrolladas de un modo que deban ser interpretado como un repudio del contrato, precisamente lo que pretendía la demandante era que se declare la terminación del contrato por el repudio del contrato por parte del Estado ecuatoriano alegando que a través del proceso penal se estaba causando un daño a la compañía, el tribunal en su laudo arbitral no hace referencia con relación a las sustanciación y prosecución del presente proceso penal. **En esta forma he dado cumplimiento a la contradicción de los argumentos defendidos por la defensa técnica de cada uno de los recurrentes, por lo tanto señores jueces, las todas las instancias dan cuenta de que la materialidad del delito de peculado ha sido demostrado con un sinnúmero y acervo probatorio en el presente caso, sostenido en sentencia de juicio de manera suficiente con prueba testimonial, pericial y documental que resulta lógica y coherente lo cual imposibilita bajo cualquier valoración probatoria acoger los recursos presentados por los procesados y por ende conlleva a que ustedes señores los jueces desechen las apelaciones y ratifiquen la sentencia de 26 de enero del 2021, que ha sido materia de la presente audiencia**. (...) [subryado y negrillas fuera de texto]

4.7.- Contradicción por parte de PGE

Las abogadas Nathaly Zulema Cevallos Pachacama y Lorena Tirira Huertas, en representación de la PGE, como acusación particular, señalaron:

(...) Señor juez, voy a hablar simplemente de tres puntos para no ser repetitiva en las alegaciones ya dadas por el señor Fiscal General subrogante, y son las siguientes: Primero, **con relación a una supuesta nulidad alegada por la mayoría de las defensas técnicas, es necesario aclarar dos temas súper puntuales. Primero, la Contraloría General del Estado tiene la facultad de emitir Informes Generales e Informes con Indicios de Responsabilidad Penal. El Informe con Indicios De Responsabilidad Penal, que tiene relación con este caso, es el número DASE-0044-2017, que es el que está en discusión en este proceso penal, y por otro lado, está el Informe General, DASE-0045-2017**. Este Informe General que es el último al que acabo de señalar, este es del que se emitieron glosas y sanciones administrativas en contra de algunos de los procesados, e incluso de algunas personas privadas. **Estos son actos administrativos, de los cuales algunos fueron impugnados ante el Tribunal Contencioso Administrativo**. Quiero que quede claro, estos son los que nacen del informe general 0045, no del informe penal conforme han manifestado algunas defensas. **Dentro de las sentencias mencionadas por las defensas de Wilson Pastor, Andrés Donoso y José David Burgos Zambrano, establecen de manera clara y le pido que me**

permita dar lectura a lo que dicen esas sentencias. La sentencia del señor David Burgos, la 17811- 2018-01327, dice: *"ACEPTAR la demanda presentada por el señor José David Burgos Zambrano, por sus propios derechos; y, declarar la nulidad del acto administrativo impugnado Oficio No. 00290-DNRR de 09 de mayo de 2018 que niega el recurso de revisión presentado en contra de la Resolución de Sanción Administrativa."* **En ningún punto de esta sentencia habla del informe con indicios de responsabilidad penal. De igual forma, la sentencia 17811-2018-00593 del señor Gustavo Andrés Donoso**, de igual forma menciona: *"acepta la demanda presentada por el abogado Gustavo Andrés Donoso Fabara, por sus propios derechos y declarar la nulidad del acto administrativo impugnado en la resolución No. 35075 de 26 de octubre de 2017."* **Nuevamente, en ninguna parte de esta sentencia, ni siquiera en la parte resolutiva encontrarán que se menciona ni siquiera el informe con indicios de responsabilidad penal. Finalmente, en esa misma línea, la sentencia 17811-2018-00285 del señor Wilson Pastor Morris**, establece "(...)acepta la demanda presentada por el señor WILSON MARCELO PASTOR MORRIS, y en consecuencia se declara la nulidad del acto administrativo impugnado, esto es, la Resolución No. 12431 de 4 de diciembre de 2017," **estas son las sentencias que han sido mencionadas por las defensas y a las cuales yo he dado lectura, no son otras, son las que han sido mencionadas por la defensa. Con estas sentencias quiero demostrar que en ninguna parte de ellas se ha declarado la nulidad del Informe de Indicios De Responsabilidad Penal, en ninguna parte.** Adicionalmente, las defensas han mencionado la resolución 10-2021, que en efecto ha sido emitida por Pleno de esta Corte Nacional, y suscrita por ustedes, pero esta sentencia como parte de la motivación habla de sentencias emitidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corte Nacional, y que tienen relación a estas sentencias que he mencionado, que hablan de actos administrativos que nacen de un informe general, en este caso del 0045. Son dos informes diferentes, y por eso al inicio me permití explicar cuál era el número del Informe General, y cuál era el número del Informe con Indicios de Responsabilidad Penal. En el artículo 3 de su resolución dicen: "*Art. 3.- Declarar como PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO, el punto de derecho que contiene la siguiente regla: "El artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece un plazo o término fatal, según corresponda, de cumplimiento obligatorio por parte del ente de control, vencido el cual opera la caducidad de la facultad contralora y determina que la aprobación del informe de auditoría gubernamental esté viciada de nulidad absoluta, toda vez que el funcionario público que lo apruebe ha perdido competencia en razón del tiempo; por lo que la Contraloría General del Estado en sede administrativa, o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en sede jurisdiccional, están obligados a declararla de oficio o a petición de parte (...)"* Habla de informes gubernamentales, pero en ninguna parte habla de un informe con indicios de responsabilidad penal. Dentro de todo esto analizado, en su resolución, ustedes hablan de informes de auditoría, de informes generales y de sentencias emitidas exclusivamente por la Sala de lo Contencioso Administrativo. Además, como ya lo he manifestado, esta resolución no tiene nada que ver con informes penales, porque incluso el artículo 69 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece que los Informes con Indicios de Responsabilidad Penal no son impugnables ante los tribunales contenciosos administrativos, eso dice el artículo 69 de la Ley Orgánica de la Contraloría, por eso es que ni ustedes en la resolución del Pleno, ni las sentencias emitidas a favor de los hoy procesados, hablan del informe con indicios de responsabilidad penal, porque no es impugnable y porque incluso nacen de dos vías diferentes. Debo mencionar a ustedes que la misma Ley Orgánica de la Contraloría, a partir del artículo 65, establece cual es el procedimiento que tienen los informes con indicios de responsabilidad penal. No el 26. El 26 habla de los informes generales, hablamos de normativa, hablamos de leyes, estos son los artículos que son

aplicables a un informe de responsabilidad penal. **Finalmente, al tratar de pretender que un informe que en su momento era un requisito de procedibilidad, tenga un tiempo de validez, limita la norma constitucional que en este momento establece que es de carácter imprescriptible el delito de peculado, y se ha tratado con esto de limitar incluso las funciones que tiene la Fiscalía**. Desde ya **solicito a ustedes que se rechace los pedidos de nulidades alegados por las defensas técnicas**. Se ha mencionado que la señora Diana Ontaneda, al momento de haber emitido el informe con indicios de responsabilidad penal, en su calidad de jefa de equipo, no tenía un título. Señores jueces, este tema ya ha sido discutido desde la audiencia de formulación de cargos, en la audiencia preparatoria y en la audiencia de juicio. Dentro de la Ley Orgánica de Contraloría y la normativa para la aprobación de informes, menciona claramente que el equipo de auditoria debe ser un equipo colegiado, tiene un auditor supervisor, un auditor operativo y un jefe de equipo. Han mencionado que ninguna de ellos incluso tenía ni la calidad ni la experiencia, pues no es así, estaba presente como parte del equipo, en calidad de auditor operativo, estaba el Ing. Guerra Fuel, que tenía el título de Ingeniero en Petróleos, otorgado por la Universidad Central del Ecuador, que se encuentra registrado en el Senescyt desde el 17 de mayo de 2011, es decir, él ya tenía la calidad, había una persona dentro del equipo auditor que conocía perfectamente de los temas petroleros, es más él ha tenido vasta experiencia, ya que como se dijo en su testimonio, en la audiencia de juicio, él ha trabajado varios años en la Dirección de Sectores Estratégicos, actual Unidad de Auditoria y Recursos Naturales. Con relación a que no se ha establecido cuál es el monto del perjuicio y quién ha sido el supuesto beneficiado aquí, señores jueces, del acervo probatorio que consta en la sentencia emitida por el tribunal de juzgamiento, se establece de manera clara que hay un perjuicio al estado ecuatoriano de 5 millones de dólares conforme lo establece el informe de la CGTE. Aquí preguntaron o dijeron algunas de las defensas técnicas, ¿Cuál era el beneficiario? De la sentencia se ha establecido que el beneficiario de este contrato era el señor César Guerra Navarrete. Fue uno de los beneficiarios en su calidad de haber sido gerente de la empresa y al ser accionista de la empresa. Él fue uno de los beneficiarios con la firma de este contrato a favor de esta empresa Digoil. Es un tema que atañe directamente a la Procuraduría General del Estado, es el tema del Laudo Arbitral. Las han traído un tema que no es el momento procesal oportuno para discutirlo, si querían discutir el tema, eso es una etapa de un posible recurso de revisión, sin embargo, y debido a que ellos lo han mencionado, yo tengo la obligación de dejar claros los siguientes puntos. Este caso penal que inició tenía como partes procesales a la FGE, PGE y 15 personas, mientras que en el laudo arbitral está la empresa Gente Oil Ecuador, y el Estado ecuatoriano. De la revisión del caso, ustedes verificarán que en ninguna parte, en ningún momento, la empresa Gente Oil ha sido parte de este proceso penal. Primera parte, señores jueces. Segundo, dentro de lo que establece el laudo arbitral, Gente Oil discutía tres cosas: Primero, solicitaba que declarara la demandada, en ese momento el Ministerio de Energía y Minas o el Estado ecuatoriano. Que incumplió el contrato. Los incumplimientos contractuales fueron: Que el Ecuador no recibió todo el crudo en la Estación Sansahuari y que Gente Oil adquirió tubería para la construcción del oleoducto secundario y que Ecuador nunca le pagó. ¿Qué tiene que ver eso con el tema penal? Nada, absolutamente nada. Lo que se discute en el laudo arbitral, son netamente temas contractuales. Aquí se han discutido temas completamente diferentes. Pidió que se declare la terminación del contrato a causa de los incumplimientos de la demandada. Una de las defensas aquí informó que el Estado ecuatoriano, a través de sus abogados, estableció que nosotros hemos dicho que el contrato es completamente favorable para el Estado y que por eso no queremos que se termine el contrato. Eso es mentira señores jueces, en el laudo no se establece eso, y me permito dar lectura a la parte del laudo. *"La demandada manifiesta que no se ha incumplido ninguna obligación contractual y que la*

cláusula 29.8 del contrato, no permite la resolución del contrato ante el incumplimiento de obligaciones no esenciales." En ninguna parte el Estado ecuatoriano, ha rogado prácticamente o a suplicado que el contrato no se termine, simplemente que se ha determinado que no habían supuestos incumplimientos contractuales, eso es simplemente lo que alegó el Estado ecuatoriano en el extranjero. Con esto, lo que quiero demostrar a ustedes es que el laudo arbitral tiene una competencia y se ha analizado con temas completamente diferentes a los que han sido discutidos en su momento en la audiencia de juicio y ahora en esta audiencia. En virtud de todo esto, solicito a sus autoridades que se rechace los recursos de apelación presentados por las defensas técnicas y se confirme las sentencias del tribunal de juzgamiento. [subrayado y negrillas fuera de texto]

4.8.- Recurso planteado por parte de PGE

Las abogadas Nathaly Zulema Cevallos Pachacama y Lorena Tirira Huertas, en representación de la PGE, como acusación particular, señalaron:

(...) La Procuraduría General del Estado, de conformidad con lo que establece el artículo 653, numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal, presentó recurso de apelación de la sentencia, dictada de mayoría, el 26 de enero del 2021, a las 07h40, y notificada el mismo día. Al no haberse determinado por parte del Tribunal de juicio las reglas claras para la individualización del monto que le corresponde pagar a cada uno de los sentenciados, por concepto de reparación integral a favor de la víctima. La Procuraduría General del Estado, en la audiencia de juicio, incluso como parte de su alegato de clausura, solicitó que en sentencia se establezca de manera individualizada este valor que debería cancelar cada uno de los procesados, conforme consta de la página 231 de la sentencia de mayoría. A pesar de ello, en el considerando 8.4 de la sentencia la mayoría, únicamente se señala, y me permito dar lectura: *"(...) este Juzgador, tomando como base exclusiva lo determinado por Contraloría General del Estado, fija en cinco millones de dólares, el perjuicio, cantidad que deberá ser cubierta por todos y cada una de las personas sentenciadas, de manera proporcional a su grado de participación"* De igual manera, en el considerando 9.5.1, como medida de reparación se menciona: "*que acorde con los artículos 78 de la Constitución de la República 77 y 78 del COIP, a lugar la reparación integral a favor de la víctima, que en este caso es el Estado ecuatoriano; en los siguientes términos: La establecida en el artículo 78.3 en relación con el 622.6 del COIP, esto es el valor de* ***USD $ 5 MILLONES DE DÓLARES*** *valor que deberá ser pagado por los sentenciados declarados culpables de manera proporcional a su grado de participación, a más tardar, dentro de 30 días posteriores a que se ejecutoríe esta sentencia (...)"*.Es decir que, si bien en la sentencia se reconoce que se ha provocado un perjuicio al Estado ecuatoriano por $5´000.000 millones de dólares, se omite identificar la forma en que cada uno de los sentenciados responderá frente a este monto total, a pesar de la solicitud que en su momento fue hecha por esta acusación particular. Si bien la sentencia puede ser aún objeto de recursos por parte de los sentenciados, y su alcance incluso podría variar, corresponde al tribunal que evaluó las pruebas a través de las cuales se determinó una responsabilidad, el monto de reparación, toda vez que han existido cuatro conductores y tres cómplices, por lo tanto se entendería que no se puede hacer una simple división del monto fijado, esto tomando en consideración que el artículo 628 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal señala que si hay más de un responsable penal, la o el juzgador determinará la modalidad de la reparación en función de las circunstancias de la infracción, y el grado de participación en la infracción como autor o cómplice. La determinación de las reglas en base a las cuales se fijará el monto individualizado de indemnización que le corresponde pagar a cada acusado, tiene además una justificación de carácter procesal para la ejecución de la sentencia, ya que el primer inciso del artículo 364 del Código Orgánico General de Procesos, señala que la ejecución se circunscribirá a la realización o aplicación concreta de lo establecido, esto, en concordancia con los artículos 100 y 101 del mismo cuerpo legal, que se refiere a la inmutabilidad de la sentencia, y a los efectos que irrevocables de la sentencia ejecutoriada, es decir, que no

puede corresponder a un juez de ejecución, la fijación de un monto individualizado de reparación, esto tiene relación incluso con el artículo 142 y 222 del Código Orgánico de la Función Judicial. De igual manera existe la resolución número 11-2021 emitido por el Pleno de esta Corte Nacional de Justicia, que señala, que de conformidad con el artículo 622.6 del Código Orgánico Integral Penal, uno de los requisitos de la sentencia es la condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción, con la determinación del monto económico que pagara la persona sentenciada a la víctima. Finalmente, a la Procuraduría General del Estado en calidad de acusadora particular y representante del Estado ecuatoriano, como víctima de esta infracción penal, le corresponderá, en el momento procesal oportuno, que se haga el trámite para la ejecución de la sentencia, y por lo tanto, la falta de determinación de reglas claras de cuál es el monto que debe pagar cada uno, dificultaría la recuperación de bienes del erario nacional, por lo que solicitó ustedes, señores jueces, que se acepte este recurso de apelación presentada por la acusación particular, exclusivamente en lo relativo con las reglas que servirán para fijar la reparación integral.

4.9.- Contradicción por parte del procesado CARLOS PAREJA YANNUZZELLI al recurso de PGE

(...) En relación a lo manifestado por la Procuraduría, tengo que decirles que el juez de ejecución es el único competente para determinar el monto de la reparación integral que correspondería pagar a cada uno de los acusados, en el supuesto no consentido de que no se llegue a modificar la sentencia venida en grado. Nada más tengo que alegar en relación a la intervención de la Procuraduría General del Estado. (...)

4.10.- Contradicción por parte del procesado JORGE GLAS ESPINEL al recurso de PGE

(...) En virtud de que la Procuraduría General del Estado, ha establecido con respecto a la reparación de la víctima, que en este caso es el Estado, y el prejuicio ascendería a los 5 millones, dentro de esta audiencia se ha establecido muy claramente la inexistencia del delito, y consecuentemente la ninguna responsabilidad ni defendido, sobre eso, pues no tengo nada más que decir. (...)

4.11.- Contradicción por parte del procesado WILSON PASTOR MORRIS al recurso de PGE

(...) Considerando que hemos argumentado hasta la saciedad, cómo el informe de la Contraloría carece de eficacia, carece de valor y ha sido declarado reiteradamente en una nulidad reconocida y alegada por la propia Procuraduría en el proceso internacional, y considerando que la sentencia de la cual se apela, a fojas 207 señala que toma como única base, como base exclusiva para la determinación del perjuicio lo determinado por la Contraloría General del Estado, no corresponde la determinación que ha solicitado la Procuraduría de individualización de los montos reparatorios, toda vez que el informe no existe, y que por tanto no correspondía tomarlo en cuenta como base una determinación del perjuicio. Más allá de eso, como también hemos hablado hasta la saciedad, no se ha acreditado la materialidad del delito. Al no haber perjuicio, no hay lugar a la reparación civil y, en consecuencia, el pedido de la Procuraduría, no solamente es improcedente, sino que es impertinente. Nada más que agregar. (...)

4.12.- Contradicción por parte del procesado ANDRES DONOSO al recurso de PGE

(...) En relación al recurso de apelación, primeramente cabe indicar la aclaración de que el doctor Andrés Donoso no es acusado particularmente por Procuraduría, entonces, mal se le podría aplicar cualquier tipo de aspecto en el sentido de un acusador particular. En ese sentido, pues a la vez cabe indicar que este proceso, como ya se ha dicho, tiene vicios de nulidad, y todo lo que se ha argumentado en relación al recurso presentado, pues al no ser acusados particularmente, no le aplicaría. (...)

4.13.- Contradicción por parte de los procesados JOSÉ DAVID BURGOS ZAMBRANO, RAMIRO CÉSAR AYALA, CÉSAR EDUARDO GUERRA NAVARRETE al recurso de PGE

(...) En función de los argumentos presentados del recurso de la apelación por parte de la Procuraduría General del Estado, al no tener ni siquiera un sentido estricto en la parte legal, ustedes no son los correspondientes a los competentes para determinar la individualización, sino el juez de ejecución, en el caso de que llegara a una sentencia

condenatoria. Entonces, solicito que se rechace el recurso de apelación de la Procuraduría. (...)

4.14.- Contradicción por parte de los procesados no recurrentes JULIO CÉSAR CARDENAS, MILTON JIMENEZ, ALFREDO HERRERA Y RENE MORA al recurso de PGE

El doctor Pablo Encalada, como defensor técnico de los indicados encartados, señaló:

(...) Mi presencia era básicamente por la interposición del recurso de apelación planteado por la Procuraduría General del Estado, pero una vez que su fundamentación ha sido relacionada solo en cuanto a los temas indemnizatorios, y nada tiene que ver con una oposición a la ratificación de inocencia de mis clientes, no tengo nada que alegar (...)

4.15.- Intervención del procesado ANDRES DONOSO FABARA (derecho a ser escuchado y/o última palabra)

(...) A esta altura del proceso tengo una necesidad emotiva de explicarles desde una visión de un padre, un hijo, un esposo, un ex servidor público y un abogado, lo que un proceso como estos significa en la vida de una persona, y porqué confío que ustedes van a acabar con esta gravísima e injusta situación. Tengo más de 20 años como abogado especialista en temas petroleros, siempre he sido esforzado, he tratado de destacarme, he puesto el máximo empeño, capacidad, estudio, he servido públicamente en varias funciones y hoy estoy en el servicio privado, pero señores jueces, hoy día tengo que decirles que tengo dos hijas a las que formo con los mismos principios con los que fui educado, y eso me obliga a presentarme ante ustedes y decirles que yo vengo de una familia de clase media, con ex funcionarios judiciales destacados. Desde que era estudiante de derecho tuve el privilegio de recorrer los pasillos de la Corte Suprema de Justicia en ese entonces, pasaba muchas horas con varios de ellos, y tuve enseñanzas memorables. Yo entiendo muy bien por mi profesión y por mi formación, el rol que ustedes desempeñan. Tengo mucho respeto por la envergadura que ustedes han asumido, y entiendo la responsabilidad que tienen en sus hombros. Desde hace más de 3 años se me ha destruido parcialmente mi libre ejercicio profesional, se me ha maltratado públicamente, mediáticamente, se me ha atacado mi horna y se ha atacado mi nombre. El costo de recuperar esto seguramente tomará muchos años, pero estoy dispuesto a asumirlo porque creo que es el momento de que este tribunal detenga esta injusticia. En lo personal, señores jueces, yo siempre estaré de pie al mal tiempo, pero tengo dos hijas menores que no entienden, y yo no logró explicar por qué enfrento este proceso, porque no entiendo porqué por firmar un contrato, por cumplir mi deber legal soy cómplice de un delito. Delito hubiera sido no hacerlo, no hacer lo que tenía que hacer, lo que la ley decía que debía hacer. Ahora entiendo, ahora voy a poder llegar donde mis hijas y decirles: "Por haber hecho mi trabajo estoy de cómplice de un delito." Ahora sí entiendo, antes no entendía. Ahora entendí. Tengo una esposa que cada día me pregunta si vamos a recuperar nuestra vida, pero lo más triste, señores jueces, mis padres, en sus últimos años de vida, han tenido que afrontar esta tristeza injustificable, injustificable. Yo confío en la institucionalidad de la Corte Nacional de Justicia. Estoy seguro que su decisión solo será una decisión de última instancia de Justicia bien administrada, que será estudiada en las Cortes, que la usaremos como un ejemplo de lo que debe hacer un Tribunal de alzada ante un fallo injusto. Vengo en nombre de mi familia y a nombre mío, y me presento, no puedo asumir mi defensa técnica porque no soy experto en derecho penal, pero sí soy abogado y sí entiendo lo que está pasando, y me permito como ciudadano, como una persona condenada en primera instancia, me dirijo hacia ustedes reconociendo su envergadura, y a nombre personal, y a nombre de mi familia, pedirles que en su sabiduría, en su estudio, se dejen guiar por la verdad y por la justicia. Muchas gracias.

4.16.- Intervención del procesado RAMIRO CAZAR (derecho a ser escuchado y/o última palabra)

(...) En realidad no estaba preparado para para hablar, pero lo que yo sí quiero expresar con todo respeto, es que soy un hombre ahora de 70 años de edad, 45 años profesional, y en mi vida profesional siempre fui

distinguido por mi trabajo, por mi honestidad y por el ejemplo que he dado a mi familia, y por eso me admiran y me quieren ellos, porque saben qué padre tienen y para mí es insoportable, señores magistrados, que desde que di la primera versión libre y voluntaria en el año 17, son 5 años que han pasado, y mi versión libre y voluntaria no ha cambiado en nada, en nada, todo lo que yo dije en esa vez es lo que se ha comprobado hasta ahora, y cuando mi abogado anterior, que en paz descanse, logró comprobar de que yo no tomé ninguna decisión, de que yo no recomendé la firma de este contrato, como ahora lo dijo el señor Fiscal, que es falso, con testigos, ellos dijeron que en efecto yo jamás recomendé la firma del contrato, porque siendo Secretario no tenía voto, nunca tome decisiones. Créame que es doloroso para mí que mi abogado cuando logra confirmar, por la causa, que en el informe de responsabilidad penal me acusan, que yo no tenía nada que ver, ahora resulta que soy responsable o culpable por una información privilegiada que nunca conocí, por una información de unos informes, todo el proceso. Claro, y como era secretario, tenía que pasar al COLH toda la información que llegaba a mis manos, luego tenía que leer el acta, preparar el acta, esas fueron mis funciones señor Presidente y señores abogados. Nunca he tenido ni siquiera una infracción de tránsito hasta mi edad, ahora 70 años, jamás, peor una prisión ni preventiva ni nada. Créanme, para mí y para mi familia es desesperante lo que está pasando una persona inocente como yo, que sufra mi familia por una causa totalmente injusta. Yo les pido de todo corazón que con su criterio muy humano y muy jurídico, escuchen la verdad. La defensa de nuestros abogados ha sido excelente, ellos han hablado solo de la verdad, lo que pasó en este contrato. Otra cosa más importante que quiero decirles, yo como Secretario del comité, de los contratos se licitaron en la décima ronda, este es el contrato que más beneficios ha dado al Estado. Este momento entiendo de la información que me ha indicado, hay 500 millones de dólares brutos que ha ingresado al Estado ecuatoriano de este contrato, y no veo cómo por 5 millones que se lo hicieron en un cálculo con regla de 3 o en Excel, cómo he escuchado ahora, se nos acuse de un delito de peculado, señor presidente. Yo les pido de favor que analicen la verdad, no les pido que me regalen nada, solo que me regalen mi libertad, la paz de mi familia y que confirmen que nuestros abogados han dicho. Este es el mejor contrato de la 10ª ronda que ha tenido este país, y todos procedimos con honestidad y con profesionalismo. Muchas gracias.

4.17.- Intervención del procesado JOSE BURGOS (derecho a ser escuchado y/o última palabra)

(...) Claramente, estamos aquí, en este en este punto, luego de 5 años que nos han estado persiguiendo con todo el peso de la ley, supuestamente, y de todos los centros estatales. Igual, yo no tengo mucho que decir, porque sé que estoy muy bien representado por el abogado el Dr. Paúl Ocaña. Desde un punto de vista más bien humano, yo les quería decir, señores jueces, simplemente una reflexión. Yo soy ingeniero geólogo, fui el mejor egresado de la Universidad Central. Me saqué una beca por mis méritos compitiendo con mucha gente en el nivel de África, en Estados Unidos, Francia, para hacerme una maestría en Francia. A mí nadie me ha regalado nada, he tenido que esforzarme, soy de una familia se podría decir de clase media, clase media baja, pero gracias a Dios y al esfuerzo de mis padres, he surgido. Tengo un doctorado en Francia también, un Phd que lo realicé en el año 2000 hasta el 2006, y de ahí regresé acá, teniendo la oportunidad de trabajar en Francia, pero no quería ser uno más de la fuga de cerebros, yo quería regresar a mi país. Estuve aquí trabajando en Petroamazonas, y en una comisión de servicios, por hacerles corta la historia, ingresé justamente por mi preparación acá a la Secretaría, a estar un tiempo que se recién se creaba y no tenían el personal técnico suficiente. Nunca me pagaron la diferencia de salario al entrar a la Secretaría, o sea tenía el mismo salario de Petroamazonas. Yo no logro entender, como les decía, estamos aquí, no puedo explicar como han comentado las otras personas, a mi familia, a mis hermanos, a mi madre, mi padre ya falleció. No puedo entender, soy un técnico de carrera,

las demás personas que también son técnicos de carrera fueron declaradas inocentes y como lo indicó el abogado Paúl Ocaña, yo sigo aquí. ¿No es cierto? No entiendo la sentencia de que porque soy un funcionario de segundo nivel, soy cómplice de un delito de peculado, cuando no existe ni siquiera el delito, no existe, porque todos los abogados han dicho ¿no?, y todo, todo mi actuar ha sido apegado a la ley y cumpliendo mí trabajo. Por cumplir mi trabajo me voy a ir preso. En todo mi accionar ha sido de manera honrada y dentro de la ley y los reglamentos, como fue claramente afirmado por la perito de Fiscalía, la perito la señora Isabel Praga, perdón, la perito de contratación pública, todo mi accionar fue apegado a la ley, como ella mismo indicó, siendo simplemente actos administrativos. Entonces, apelo a su alto conocimiento del derecho, señores jueces, señora jueza, a las pruebas válidas que se han practicado porque, como ustedes pueden ver, creo que ya con su experiencia, cómo es que nunca nos han hecho caso a las pruebas de descargo, como han podido ver los abogados, sin ahondar en la parte técnica. Entonces, como les decía, nunca he estado preparado para esta situación. Yo he sido una persona de la Academia, que buscaba lo mejor para mi país. Doy clases, o daba clases, porque con esto lo que hicieron públicos nuestros nombres antes de la instrucción fiscal, tuve que salir de la Universidad. Daba clases de maestría, me han perjudicado sobremanera. Bueno, ahora afrontar una prisión, una posible prisión por un delito que no he cometido, es prácticamente en las condiciones actuales de las cárceles, quién sabe tal vez, es condenarnos a una pena de muerte en algo que nos puede pasar, pero yo simplemente quiero decir, y con esto termino, gracias por su atención, discúlpeme, es que mis hijos son pequeños y necesitan un padre. Soy inocente y lo diré hasta el final.

QUINTO

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN EN TORNO A LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS

La Constitución de la República (CRE) al consagrar el Estado Constitucional de Derechos y de Justicia, ha instaurado los denominados derechos de protección a favor de los justiciables y así tenemos que el Art. 75 determina lo que en doctrina se conoce como la tutela judicial efectiva la misma que se constituye en el acceso gratuito a la justicia, imparcial y expedita bajo los principios de inmediación y celeridad; esta tutela judicial se traduce en el respeto a las garantía del debido proceso y defensa; es en esta garantía procesal que la CRE ha establecido en el Art. 76.7,m) el derecho de las partes procesales a *"recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos"*.

El Art. 654.4 COIP establece que, en la audiencia de apelación, las partes deberán fundamentar el recurso y exponer sus pretensiones, es decir exponer qué requieren del superior (Tribunal *Ad quem*) al momento de revisar el fallo impugnado vía apelación, lo que se traduce en la aplicación del principio dispositivo estatuido en el Art. 19 COFJ, disposición que guarda relación con lo previsto en el numeral 6 del Art. 654 del cuerpo penal, norma que manda a los juzgadores, una vez finalizado el debate, pasar a deliberar y tomar su resolución en mérito de las alegaciones expuestas en la audiencia.

En el caso *in examine*, una vez fundamentados los recursos y escuchadas que han sido las alegaciones de los recurrentes, mismas que quedan precisadas *in extenso*, en el considerando cuarto; a fin de guardar coherencia lógica y jurídica en la decisión respecto de las mismas, este Tribunal procede a despejar de manera primigenia aquellas alegaciones atinentes a "nulidad procesal"; todo ello, en tanto y en cuanto de encontrar asidero a aquello, resulta inane prosperar con los argumentos de apelación.

Es así que, el suscrito Organo Jurisdicional de alzada procederá a realizar el examen correspondiente, y para ello se hará el abordaje pertinente con relación a la institución jurídica de la "nulidad", y su abstracción o no al *sub júdice*; para ello, se tiene que:

5.1.- En cuanto a la institución jurídica de la "nulidad" cabe indicarse que en el ámbito procesal, aquella ha sido entendida como una "sanción" a aquellas actuaciones de las partes procesales -incluidos los juzgadores-, que no guardan conformidad con las normas jurídicas que regulan su ejecución; tal concepción se asienta en la visión de un proceso-fin; teniéndola como una institución que encuentra su fundamento de existencia en sí mismo; lo cual, hay que reparar, riñe con el actual paradigma constitucional, que toma como basamento de su perspectiva procesal a la tutela judicial efectiva que se encuentra reconocida en el artículo

75 CRE; derecho que a su vez se encuentra recogido en el artículo 23 COFJ, como un principio rector de la Función Judicial.

Ahora bien, acorde a los artículos 169 CRE y 18 COFJ, el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia; es por ello, que desde esta visión de un proceso-medio, la nulidad se puede concebir, ya no sólo como una sanción, sino como un mecanismo para enmendar cualquier violación normativa que haya causado un perjuicio a los legítimos derechos de los cuales se ven asistidos los sujetos procesales. Empero, hay que señalar, que esta nueva manera de entender a la nulidad, lleva a que el ordenamiento jurídico restrinja la posibilidad de que los juzgadores la declaren; puesto que, usualmente, dicha institución ha sido utilizada por los órganos jurisdiccionales para evitar resolver sobre lo principal, más que para corregir las violaciones a los derechos de las partes; es por ello, que mientras el artículo 130.8 COFJ, indica que los juzgadores podrán convalidar de oficio, o a petición de parte, los actos procesales verificados con la inobservancia de formalidades no esenciales; el artículo 23 *ejusdem* dispone que tal desestimación por vicios de forma, se producirá, únicamente, cuando los mismos ocasionen nulidad "insanable" o provoquen la indefensión.

De lo expuesto, se hace necesario diferenciar aquellos requisitos procesales, que son simples "formalismos" que se conciben para darle uniformidad a todos los procesos jurisdiccionales, cumpliendo con la ritualidad que los rodea; de aquellas "solemnidades" procesales, a falta de las cuales las partes quedarían indefensas y la justicia se vería sacrificada; cuestión que no resulta siempre fácil, pero que se ve solventada con la consagración del principio de legalidad de las nulidades, en virtud del cual, no se declarará nulo un proceso si no existe una norma jurídica que respalde dicha declaratoria.

Las nulidades -de acuerdo al principio de especificidad- pueden ser dictadas solo por las causas específicamente previstas en la ley.

A partir de la vigencia del COIP, se eliminó de la fase de impugnación el recurso de nulidad, cambiándolo el legislador por una potestad jurisdiccional concedida, por un lado, al Juez de Instrucción (art. 604.2), en el marco de la audiencia preparatoria de juicio al resolver aquellas cuestiones referentes a la existencia de requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso; indicándose que la nulidad se declarará siempre que pueda influir en la decisión del proceso o provoque indefensión; y, por otro, a aquellos jueces -como es el sucrito Tribunal de Apelación- encargados de conocer cualquiera de los recursos penales previstos en el mentado cuerpo normativo, en el marco, a su vez, del artículo 652.10 *ejusdem*, que obliga al juzgador a declarar *"... de oficio o a petición de parte, la nulidad..."* si es que *"... observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento..."*, debiendo declararla desde *"...el momento en que se produce la nulidad..."*.

Así, el legislador decidió establecer causales específicas y taxativas en el precitado artículo 652.10 COIP, que de presentarse causarían la nulidad; la cuales a saber son:

- Incompetencia de uno o varios de los juzgadores que intervinieron en la causa, si esta situación no puede subsanarse por vía de su inhibición. [literal a), num. 10, art. 652]
- Falta de cumplimiento de los requisitos que debe contener una sentencia, de acuerdo al tipo de procedimiento y fase procesal en la que haya sido dictada. [literal b), num. 10, art. 652]
- Violación de trámite, siempre que conlleve a la vulneración del derecho a la defensa. [literal c), num. 10, art. 652]

En el presente caso la única de tales causales que se ha alegado es la del literal c), esto es, la violación de trámite; teniendo presente para ello en cuanto a su abordaje y respuesta -desde ya- que esta busca *"... proteger el orden lógico en el que se deben desarrollar los actos procesales, al igual que las formalidades que son de obligatorio cumplimiento para dotarlos de validez..."*[4].

Al hablar de la causal de violación de trámite, se debe recordar que si bien el núcleo de su supuesto fáctico de aplicación está compuesto por *"[n]o haberse efectuado un acto procesal que la legislación considera como obligatorio, o habérselo realizado con vulneración de una formalidad de tiempo, modo o*

[4] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal. Auto que pone fin al recurso de hecho signado con el Nro. 647-2014. *Acurio López – Usurpación.*

lugar, que el ordenamiento jurídico ha previsto para su validez"[5]; el respeto a la norma contenida en el artículo 169 de la CRE, de no sacrificar la justicia por la mera omisión de formalidades, hace que el efecto de nulidad se pueda dictar, al tenor del artículo 652.10.c) del COIP, únicamente cuando se haya presentado *"una violación al derecho a la defensa"*; fórmula a la que además se debe sumar el principio de convalidación, consagrado legalmente en el artículo 130.8 del COFJ, y según el cual: *"... la infracción a una solemnidad sustancial, inclusive aunque haya causado perjuicio a las partes litigantes en un primer momento, no puede servir para declarar la nulidad, si tal detrimento ha quedado subsanado mediante un acto posterior del juez o de las partes, que ha servido para garantizar la efectiva vigencia de los derechos procesales que fueron puestos en riesgo, por la omisión de los requisitos de validez de determinado acto."*[6]

5.2.- Sentadas que han quedado las bases que irradiarán el análisis y/o despeje de los problemas jurídicos que nos ocupan y, remitiéndonos una vez más a la identificación nuclear de las alegaciones ahora formuladas por los procesados a través de sus defensas técnicas, las cuales por efectos de mejor comprensión se las ha agrupado en un solo y gran núcleo que estriba en aquello de que se ha dicho, en palabras más, palabras menos:

- Que, en el *sub lite*, desde la formulación de cargos (13 de marzo de 2019), se omitió, el considerar la necesidad del requisito de procedibilidad en torno a que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General, -en este caso el informe DACE044-2017, que forma parte del informe general DACE 045-2017-;
- Que, se ha indicado enfatica, reiterada y coincidentenemente por las defensas técnicas de los procesados recurrentes, que dicho informe ha sido declarado nulo en sede contencioso administrativo y en consecuencia no existe;
- Que, se colige por parte de los encaratados apelantes, que faltó el requisito de procedibilidad;
- Que, se repara además, por un lado, que acorde con el art. 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE), estos informes deben ser tramitados desde la emisión de la orden hasta su aprobación, en el plazo máximo e improrrogable de 180 días; y en el caso en ciernes no se observó tal plazo, ya que la orden de trabajo para el examen especial fue emitida con fecha 12 de septiembre del 2016, el informe se aprueba el 1 de agosto del 2017, superando en más el mentado plazo; y que, *per se* la facultad de la CGE de emitir y aprobar tal informe, habría caducado.
- Que, por otro lado, tal caducidad ha sido declarada por la administración de justicia ecuatoriana (proceso No. 17811- 2018- 01125 que fuera incluso introducido como elemento de prueba en el *sub lite*); que dos veces en sede contencioso administrativa se ha declarado que ese informe no tiene validez, que es nulo porque habría caducado la facultad de la Contraloría para emitirlo.
- Que, adicionalmente, aquello se basa en precedentes jurisprudenciales de la Sala Especializada de lo Contecioso Adminitrativo de la Corte Nacional de Justicia; incluso, también por la sentencia 157-18-EP-CC de la Corte Constitucional y la Resolución No. 10-2021 de 29 de septiembre de 2021 adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

5.3.- Ubicado que ha quedado el eje nuclear de la alegación de nulidad, y previo a abstraerlo al caso *in examine*; es menester precisar, *inter alia*:

Que, se debe recordar que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justica; al respecto, Ávila Santamaría anota: *"...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*

[5] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal. Auto de nulidad dictado dentro del recurso de casación signado con el Nro. 21332-2016-00875. *Estado ecuatoriano Vs. López Morales y Rocana Castro* (Robo).

[6] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal. Auto de nulidad dictado dentro del recurso de casación signado con el Nro. 627-2012. *Estado ecuatoriano Vs. García Sabando* (Estafa).

derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."[7].

Que, 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; el art. 426 CRE acoge esta institución al establecer que *"... Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos..."*

Que, en aplicación del principio dispositivo, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, y en virtud del derecho de tutela judicial efectiva que rige todas las etapas y fases del proceso, e impone a los juzgadores el deber de enmarcar sus decisiones dentro del ámbito de los planteamientos esgrimidos por las partes procesales, para que no se provoque indefensión no se puede privar a las partes de un proceso, con defensa contradictoria y alegaciones procesales que defiendan sus intereses; marco de ejercicio defensa a partir del cual, los ahora procesados apelantes, han argüido la existencia de una nulidad procesal.

Que, la Norma Normarum, de conformidad al capítulo octavo, título segundo Art. 75 y siguientes, desarrolla los derechos de protección, dentro de los cuales ha de destacarse el derecho del debido proceso y a la tutela judicial efectiva, que reviste de gran importancia en todo proceso judicial y que, dentro de este, se contempla el derecho a la defensa.

Que, uno de los principios que rigen el debido proceso penal es el establecido en el Art. 5 COIP: *"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: [...] 14. Dirección judicial del proceso: la o el juzgador, de conformidad con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales. 18. Motivación: la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso."*

Que, bajo el marco de los derechos y garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva (art. 75 CRE); seguridad jurídica (art. 82 CRE); y, debido proceso (art. 76 CRE); el máximo órgano de control constitucional (Corte Constitucional) ha señalado que:

> (...) De acuerdo con el artículo 75 de la Constitución de la República, toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad. Así, la tutela judicial efectiva constituye un derecho mediante el cual se garantiza a toda persona el acceso oportuno y efectivo a los órganos jurisdiccionales para reclamar sus derechos y obtener de ellos, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas.
>
> El derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales para, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, hacer justicia. Por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia; el segundo, con el desarrollo del proceso en estricto cumplimiento de la Constitución y la Ley en un tiempo razonable, y el tercero, en relación con la ejecución de la sentencia. Por lo tanto, bajo esta premisa se encuentra que el derecho a la tutela judicial efectiva mantiene una estrecha vinculación y dependencia con el derecho a la seguridad jurídica y al debido

[7] Véase RamiroÁvila Santanaría en *"Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano"*Año XV, Montevideo, 2009, pp 775-793, ISSN 1510-4974 (Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

proceso. Así, habrá tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos si el órgano jurisdiccional, previo a dictar sentencia, ha observado la Constitución y la Ley; si ha aplicado normas claras, predeterminadas y públicas; si el proceso judicial se ha desarrollado con estricto respeto del debido proceso constitucional y si las partes han obtenido una sentencia motivada y fundada en derecho.

En tal sentido, cabe mencionar que el derecho a la seguridad jurídica, constituye el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana respecto de las actuaciones de los poderes públicos, pues brinda a las personas certeza de que la aplicación normativa se realizará acorde a la Constitución y que las normas aplicables al caso concreto han sido determinadas previamente, son claras y públicas, y aplicadas únicamente por autoridad competente. Solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que garantizan el acceso a la justicia y a una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses.

Del mismo modo, podemos decir que el debido proceso constituye un mínimo de presupuestos y condiciones que deben ser observados y fielmente cumplidos durante la tramitación de un procedimiento, para así asegurar las condiciones mínimas para la defensa y seguridad jurídica de las partes durante todo el transcurso del proceso hasta la obtención de una decisión adecuadamente motivada y fundada en derecho. La Corte Constitucional, de modo expreso, ha señalado en fallos anteriores que "el debido proceso es un derecho constitucional consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, dentro del cual se incluye un conjunto de garantías básicas tendientes a tutelar un proceso justo libre de arbitrariedades en todas las instancias judiciales". [Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-13-SEP-CC, caso No. 1647-11-EP] (...)[8] [subrayado fuera de texto]

Que, con relación al derecho a la defensa, se anota: *"En cuando al derecho a la defensa, previsto en el artículo 76 numeral 7, este constituye uno de los pilares indispensables del debido proceso y se define como el principio jurídico procesal o sustantivo mediante el cual, toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas para asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, el mismo que incluye la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez. El derecho de defensa en el ámbito constitucional y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos obliga a que nadie sea privado de los medios necesarios para proclamar y hacer respetar sus derechos en el desarrollo de un proceso legal, en base a la igualdad de condiciones y facultades de las partes procesales."*[9]

Que, huelga reparar que es deber del Estado garantizar el derecho constitucional a la defensa, es así que en el Art. 76.7 CRE, protege este derecho desde el momento que una persona es sometida a juicio, garantías del debido proceso. Además, se garantizará el principio de legalidad procesal, reconocido igualmente en el Art. 76.3 ibidem: *"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, (...) Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento."*

Que, para el tratadista Montero Aroca: *"Las garantías de actuación de las partes en el proceso [...], constituyen derechos que el tribunal debe respetar. Para un juez el derecho de las partes a ser oídas no es sólo un derecho subjetivo ajeno a respetar, es también regla fundamental organizadora de su actividad, dirigida a conformar el proceso de la manera más adecuada para obtener la mejor actuación de la norma"*[10]. El derecho de acceso a la administración de justicia envuelve la garantía de la seguridad legítima en

[8] Ver CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia No. 121-13-SEP-CC; Caso No. 0586-11-EP.
[9] Sentencia No. 131-13-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, de 19 de diciembre de 2013, dentro del caso No. 0125-13-EP.
[10] MONTERO AROCA, J. Introducción al derecho jurisdiccional. Perú. 1979, pág. 128.

la actividad del Estado como administrador de justicia.

Que, en cuanto a alegaciones de nulidad, el tratadista Bahamonde considera: *"Hemos expresado 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."*[11] En este sentido debe constatarse una proporcionalidad en estricto sentido, verificando si la medida optada genera más beneficios que perjuicios, atendiendo al conjunto de intereses que es materia de discusión, dando un razonamiento ordenado en donde se intensifique los derechos vulnerados y la importancia que reviste en la decisión obtenida.

Que, con respecto a las "nulidades implícitas", la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que:

> (...) Las nulidades implícitas se encuentran entonces inherentemente ligadas al debido proceso y por tal motivo podrían inclusive ser declaradas de oficio por el órgano judicial a cargo del juicio donde se produce la misma, dado que: `Las nulidades implícitas que un sector de la doctrina las conoce como nulidades virtuales, reconocen la procedencia de las nulidades aún cuando no estén expresamente sancionadas en la ley, siempre que se verifique la omisión de formalidades esenciales y que violen las garantías fundamentales del proceso... En casos excepcionales no son necesarios la mención y acreditación del perjuicio, como cuando la nulidad se declara de oficio´[12].
>
> Es decir, un pedido de `nulidad implícita´ se vincula a las garantías del debido proceso y como derecho constitucional bastaría la sola mención de su eventual incumplimiento, (...) para que se genere un análisis de nulidad por parte del órgano judicial que tramita el asunto, el mismo que debe pronunciarse expresamente. (...)[13]

Que, si ya el máximo órgano de control constitucional del Ecuador, ha establecido que el deber de subsanar las vulneraciones procesales, mediante lo que se conoce en doctrina acerca de las "nulidades implícitas"[14], las cuales pueden ser declaradas de oficio, en tanto y en cuanto están vinculadas a las garantías del debido proceso; con lo cual el órgano judicial que tramita el asunto -en este caso este Tribunal de Apelación- debe proceder con tal análisis de nulidad y pronunciarse expresamente, como se lo ha hecho.

Que, la falta de observancia en determinados actos que vicie el procedimiento, se sanciona con la nulidad procesal que puede declararse de oficio, emanada directamente de la autoridad del juez, o por iniciativa de las partes ejercitándolo por medio de un incidente de nulidad o en caso de haberlos por la alegaciones de nulidad especificados en la ley; el artículo 652 numeral 10 letra c) del COIP determina lo siguiente: *"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 deci-*

[11] Armando Cruz B., Estudio crítico del Código de procedimiento civil, 2001, pág. 274.

[12] MARTÍNEZ FLORES, Héctor. Las Nulidades Procesales. Lima 2002, pp 4,5 (citado por la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 214-12-SEP-CC)

[13] Ver CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia No. 214-12-SEP-CC; Caso No. 11641-10-EP López Pita vs Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

[14] La CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, en la Sentencia No. 214-12-SEP-CC, como referencia señala: *"Son aquellas que proceden cuando el acto carece de los requisitos indispensables para obtener su fin o violan formalidades o requisitos esenciales. Para algunos autores las nulidades implícitas podrían ser decretadas cuando el acto viciado vulnera alguna de las garantías fundamentales del proceso, cual es la bilateralidad del mismo, que hace a un debido proceso"* Lorenzo Zolezzi Ibárcena, *"Las Nulidades Procesales en el Derecho Comparado"*, en "Revista de Derecho No. 40 de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP", Lima, 1986, p. 1431 (disponible en: http://www.bibliojuridica.org/libros/2/642/28.pdf); en referencia a Giovannoni Adrio, "Los vicios formales en la realización del acto procesal", en *"Estudios de nulidades procesales"*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1980 p. 75.

sión del proceso. Para los efectos de este numeral, serán causas que vicien el procedimiento: [...] c) Cuando exista violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa."

Que, la Corte Constitucional emitió la siguiente regla de interpretación para la citada norma: *"Está vedado a los jueces y juezas competentes en materia penal el declarar la nulidad con base únicamente en el presunto incumplimiento de normas constitucionales. En consecuencia, 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."*[15]

Que, el ilustre maestro Zavala Baquerizo al analizar la institucionalidad de la nulidad en el derogado Código de Procedimiento Penal expone: *"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, genéricas o específicas, previstas por el CPP para la iniciación, trámite y conclusión del proceso penal."* [16]

Que, la nulidad procesal, debe ser examinada bajo el tamiz de los principios de especificidad, transcendencia y convalidación; ya que: según el primero, la nulidad tiene lugar únicamente por las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley *"pas de nullité sans texte"* -no hay nulidad sin ley específica-; en el segundo baremo, la trascendencia, implica que no cualquier error es susceptible de nulidad, sino aquellos que tengan influencia en la decisión de la causa, siendo el perjuicio cierto e irreparable, que solo mediante la nulidad pueda subsanarse.

5.4.- Manteniendo el hilo conductor de ahondar en el marco jurídico, conceptual y de real aplicabilidad de la institución de la nulidad procesal, previo a realizar la abstracción al *sub lite*, se debe advertir también:

Que, la Corte Constitucional ecuatoriana, ha determinado en sus múltiples fallos que los derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la seguridad jurídica, conforman entre sí un todo que se convierte en el debido sostén del modelo de Estado establecido en nuestra Constitución, esto es el de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia y así tenemos que, en la sentencia No. 080-13-SEP-CC., ha fijado que: *"...En efecto, la tutela efectiva, imparcial y expedita es un deber del Estado y específicamente de los jueces de garantizar el acceso a la justicia, un debido proceso y el cumplimiento de las decisiones que pongan fin a los procesos, por tanto asegura la imparcialidad en la resolución de las pretensiones de las partes, que los procesos se sustancien de manera constitucional en atención a los principios de inmediación y celeridad, garantizados en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia...".*

Que, de lo transcrito se desprende que la tutela judicial efectiva se encuentra directamente atada al cumplimiento cabal al debido proceso; el mismo que se constituye en el conjunto de garantías mínimas, que al ser estrictamente observadas, otorgan validez a los procesos judiciales. El artículo 76 de la Constitución encierra las garantías que conforman el debido proceso, mismas que deben ser observadas en toda causa en la cual se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden.

Que, la Corte Constitucional en la sentencia 08-13-SCN-CC estableció que *"...el debido proceso se constituye en el axioma madre, el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar, siendo por esto que los jueces, como garantes de la observancia de la Constitución y del ordenamiento jurídico, deben ejercer todas las acciones necesarias para el cumplimiento y respeto de este derecho...".*

Que, para garantizar el debido proceso en la causa, la Corte Constitucional en el fallo No. 025-17-SEP-CC, ha señalado que, *"...Entre las instituciones jurídicas procesales en el contexto general*

[15] Sentencia No. 025-17-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, de 25 de enero de 2017, dentro del caso No. 1361-13-EP.

[16] ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IX. Editorial Edino. Guayaquil, 2007, pág. 321

de la etapa de impugnación, se encuentra la nulidad procesal. Esta nulidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 331 del CPP -regulada en el mismo sentido en el artículo 652 del COIP, puede ser declarada por la Corte respectiva al momento de resolver un recurso (...) Es así que, conforme a la legislación correspondiente, la judicatura está en capacidad de declarar la nulidad del proceso, independientemente de qué recurso sea el que resuelve...".

Que, de esta manera ha quedado estatuido que al momento de resolver cualquier recurso, el Órgano Jurisdiccional superior o de alzada -como es el suscrito Tribunal de Apelación-, se encuentra en la obligación legal de vigilar que las actuaciones procesales se encuentren dentro de lo previsto en la norma y así evitar que existan errores *in procedendo*, que bien pueden ser imputables a las partes o a la administración de justicia, en cuya presencia deberá proceder a declarar la nulidad, con lo cual se asegura la validez procesal y el respeto a las reglas del debido proceso y los derechos en ella intrínsecos, constituyéndose así esta institución en una garantía ordinaria del proceso.

Que -una vez más, cabe traer a colación-, el Art. 652 COIP el cual establece las reglas generales que rigen a la impugnación en materia penal, señalando en el numeral 10 que, *"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 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"*; fijando para tal declaratoria la existencia de presupuestos a saber: a.- La falta de competencia de la o el juzgador, cuando no pueda subsanarse; b.- Cuando la sentencia no reúna los requisitos establecidos en la norma; y, c.- Cuando exista violación de trámite, siempre que comporte una violación al derecho a la defensa; siendo sobre esta última causal que se ha alegado la nulidad en el proceso.

Que, respecto a la nulidad la profesora Vanesa Aguirre, en la Revista de Derecho No. 6, año 2006, de la Universidad Andina Simón Bolívar, señala: *"…La nulidad, el vicio que se opone a la validez, se refiere a la falta de requisitos que precisa un acto procesal para que se considere realizado o producido, a los presupuestos necesarios para que nazca como tal a la vida jurídica, para que se exteriorice, o las formalidades que la ley procesal ha establecido como imprescindibles para que estos actos emerjan a la vida jurídica de manera válida y produzcan, en consecuencia, los efectos previstos en la norma procesal. Así un acto procesal requiere tres requisitos: existencia, validez y eficacia. Lo señalado ilustra que un acto procesal bien puede nacer a la vida jurídica, pero dicha existencia puede estar afectada en algún grado que perjudicaría su validez, y por ende, no produciría efectos. Así, el tema de la nulidad procesal no se agota en los efectos que produce, y viceversa, tampoco en los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para su existencia y exteriorización...".*

Que, por su parte, el tratadista Hugo Alsina citado por Luis Mauriño en su obra "Nulidades Procesales", Buenos Aires, 2001, pág. 19, entiende a la nulidad como *"... el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente invalido"*; de la misma forma, el tratadista Enrique Vescovi en su obra *"Teoría General del Proceso"*, respecto de la nulidad procesal manifiesta *"... en primer lugar, la nulidad es un apartamiento de las formas y no del contenido. Claro que, desde hace tiempo, se han distinguido dos clases de formas, unas sustanciales, más importantes y otras accidentales, menos importantes, y que afirma que solamente la infracción a las primeras o su omisión pueden acarrear la nulidad. También la tendencia moderna, bien notable en lo que al derecho procesal se refiere, reconoce que el simple apartamiento de las formas no genera nulidad, si en definitiva se cumple con el objetivo del acto, con el fin propuesto".*

Que, dichas citas doctrinarias nos llevan a establecer que la declaratoria de nulidad se encuentra directamente ligada al debido proceso y se finca en los principios de: taxatividad de las causales, es decir sólo se consideran motivos generadores de invalidez procesal a aquellos que de antemano han sido elevados a tal categoría por el legislador; siendo que dicha taxatividad debe estar atada procesalmente al principio de trascendencia, que comporta que no hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales del proceso.

5.5.- Sobre la base de lo ampliamente precisado *ut supra*, y adentrándonos al *sub lite* así como a lo argüido por las defensa técnicas de los procesados recurrentes; todo ello, en el marco adecuado de entender la forma en que se debe proceder a la declaratoria de nulidad procesal en aplicación de la causal citada por los encartados apelantes, es necesario

-una vez más- remitirnos a lo señalado por la Corte Constitucional como regla de interpretación del Art. 652.10 literal c) del Código Orgánico Integral Penal, fijada en la sentencia No. 025-17-SEP-CC, en la que se ha establecido que: *"…Está vedado a los jueces y juezas competentes en materia penal el declara la nulidad con base únicamente en el presunto incumplimiento de normas constitucionales. En consecuencia, 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 en 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 tramite tuvo influencia en la decisión de la causa"*.

De allí que, es bajo el precedente antes señalado que se debe proceder a analizar la causa a fin de establecer si en la misma ha existido una inobservancia de una norma procesal infra constitucional que comporte una violación de trámite, pues de no establecerse este primer presupuesto, no es posible al Juzgador Penal el proceder a efectuar un análisis basado únicamente en el incumplimiento de normas constitucionales; para ello es necesario indicar que, el Art. 76. 3 CRE señala que *"... solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento"*, lo que comporta que en el caso en ciernes y llegado ahora hasta sede de apelación, se debieron haber observado las normas procedimentales señaladas en el Código Orgánico Integral Penal para la sustanciación de un proceso penal ordinario, como es el que se analiza.

El Art. 589 COIP, establece las etapas en que se desarrolla el proceso en esta materia, siendo ellas las de: instrucción, evaluación y preparatoria de juicio y, juicio propiamente dicho; en donde el cumplimiento de los objetivos de cada una de estas etapas y su preclusión da inicio a la siguiente y conllevan el debido paso en el camino del proceso penal de manera concatenada y secuencial. Es de advertir que puede existir de forma previa al inicio del proceso, una fase de investigación como lo determina el Art. 580, *ejusdem* y que es la que posibilita el reunir elementos de convicción que permiten a Fiscalía el decidir respeto a la formulación o no de la imputación.

En el presente caso, y conforme -incluso- obra citado en el considerando atinente a los antecedesntes relevantes, se aprecia que desde el inicio mismo del proceso penal que nos ocupa, esto es, desde aquella formulación de cargos que data del 13 de marzo de 2019, y a lo largo de todas las etapas hasta llegar a esta instancia, la piedra angular se ha levantado sobre el requisito de procedibilidad -requisito *sine que non* aplicable al caso, dada su temporalidad-, en torno a un IRP (indicios de responsabilidad penal), el cual deviene a su vez de un examen especial de Contraloría General (informe DACE044-2017, que forma parte del informe general DACE 045- 2017), el cual, más allá de haber constituído elemento de convición primigenio, fuente de probanza, etc.; y/o, de aquel cuestionamiento en cuanto a que si en su momento existió o no; ó, si fue aprobado fuera de tiempo de ley; el tema nuclear y que es la base para la decisión a la que ha arribado el Tribunal de Apelación, desde el rol primario de control de legalidad y de garante del debido proceso y de los derechos de las partes procesales, radica en el tema incontrastable y que deviene -si bien de un hecho superviniente y/o posterior, y que lejos de haber sido o no previsto por las autoridades jurisdiccionales y o de fiscalía que han actuado en su momento en el decurso y sustanciación de la presente causa-, es que a la fecha existe una decisión jurisdiccional tomada en sede contencioso-administrativa que ha declarado nulo -por tanto inexistente- tal informe de CGE; de allí que, su consecuencia jurídica lógica - cual efecto cascada-, es que el *sub lite* no puede prosperar al retroarle hasta el inicio mismo del proceso penal, el cual como es conocido por doctos y profanos del derecho que arranca con la formulación de cargos.

5.6.- Establecida que ha quedado con claridad meridiana la base y/o causal sobre la cual se constituye la nulidad procesal en el caso *in examine*; corresponde ahora cimentarla desde los tamices de la taxatvidad, especificidad, convalidación y sobre todo trascendencia; así como desde el marco también de la regla determinada por la Corte Constitucional; es así que, se debe indicar finalmente:

Que, el proceso jurisdiccional, previsto en las legislaciones internas para la solución de conflictos de las partes, es concebido como una relación dinámica consecutiva y compleja, pero idónea para que los individuos tengan un acceso justo para salvaguardar sus derechos o intereses; y que, solo

debidamente depurado cumple con su objetivo de ser debido; lo cual en el presente caso no ha ocurrido, y de mejor y necesaria manera -más bien, como dice el vulgo-, ahora con la presente declaración de nulidad procesal desde la formulación de cargos ante la inexistencia jurídica ante la nulidad declarada de aquel acto adminstrativo determinante de responsabilidad por parte del órgano de control CGE, cobra vigencia e impide haber prosperado el presente proceso penal.

Que, debe quedar claro, que la referida delimitación concreta, en un aspecto formal, corresponde a un conjunto de requisitos que debieron -empero ahora si se observan- dado que, no solo por lo argüido en sede de apelación, sino cuando aquello ha sido reiteradamente alegado por los procesados en ejercicio de su derecho a la defensa y que se insiste -más allá de ser un declaración jurisdicional adoptada en sede contencioso administrativa (nulidad del acto administrativo), con posteriordad y de reciente data (18 de noviembre de 2021), no es menos cierto que estamos frente a un hecho incontrastable de una decisión firme (4 de abril de 2022, razón de ejecutoría) que declara inexistente aquel acto (documento público) a partir del cual arrancó el proceso penal; es así que en la sentencia emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, dentro de la causa No. 17811-2018-01125, consta *inter alia:*

> (...) **5.3.-** De las pruebas actuadas por las partes y que constan del proceso, se verifica que la Contraloría General del Estado, Dirección de Auditoría de Sectores Estratégicos practicó el examen especial DASE a la Secretaría de Hidrocarburos: examen especial a los procesos precontractual, contractual y de ejecución del Contrato de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos (petróleo crudo) en el Bloque Singue de la Región Amazónica, suscrito entre el Estado Ecuatoriano a través de la Secretaría de Hidrocarburos y el Consorcio DGC integrado por las Compañías DYGOIL Consultoría y Servicios Petroleros Cía. Ltda. y Gente Oil Development Ecuador LLC, su Contrato Modificatorio No. 1, suscrito con la compañía Gente Oil Ecuador PTE. LTD; y, la Aclaratoria al Contrato de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos (petróleo crudo) en el Bloque Singue de la Región Amazónica, entre el Estado ecuatoriano a través de la Secretaría de Hidrocarburos y la Compañía Gente Oil Ecuador PTE. LTD., en la Secretaría de Hidrocarburos", por el período comprendido entre el 01 de enero de 2011 y el 30 de septiembre de 2016.
>
> Del estudio del informe general del examen especial No. DASE-0045-2017, se predeterminó responsabilidad administrativa culposa en contra del actor de este juicio, mediante oficio No. 14145 de 3 de agosto de 2017, por el que se impone la sanción de destitución y multa por el valor de 6 360,00 USD, que corresponden al valor de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general de 318 USD, cada uno, vigentes al año 2013.
>
> **5.4.-** Es necesario entonces hacer referencia a lo alegado por la parte actora, que señala que consta del informe DASE-0045-2017 que el examen especial efectuado a la Secretaría de Hidrocarburos, por el período comprendido entre el 01 de enero de 2011 y el 30 de septiembre de 2016, se realizó en cumplimiento de la Orden de Trabajo 0077-DASE-2016 de 12 de septiembre de 2016. Del mismo informe, en su página 1, consta del informe DASE-0045-2017 fue aprobado el 1 de agosto de 2017.
>
> **5.5.-** Para resolver este caso se debe considerar que, conforme lo antes explicado, el texto vigente del art. 26 de la LOCGE a la época de emisión de la orden de trabajo:
>
> *Art. 26.- Informes de auditoría y su aprobación.- (Sustituida por la Disposición Reformatoria Décimo Segunda del Código Orgánico Integral Penal, R.O. 180-S, 10-II-2014; y reformado por el Art. 13 de Ley s/n, R.O.598-3S, 30-IX-2015).- Los informes de auditoría gubernamental, en sus diferentes clases y modalidades, tendrán el contenido que establezcan las normas de auditoría y más regulaciones de esta Ley, incluyendo la opinión de los auditores, cuando corresponda, y la referencia al período examinado. Estos informes serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe en*

el término máximo de ciento ochenta días improrrogables. Los informes, luego de suscritos por el director de la unidad administrativa pertinente, serán aprobados por el Contralor General o su delegado en el término máximo de treinta días improrrogables y serán enviados a las máximas autoridades de las instituciones del Estado examinadas de manera inmediata.

5.6.- Contrastadas ambas fechas queda en evidencia que entre la fecha de la orden de trabajo 0077-DASE-2016 (12 de septiembre de 2016) y la fecha en que el informe DASE- 0045-2017 fuera aprobado (01 de agosto de 2017), se ha superado el término de ciento ochenta días establecido en el artículo 26 de la Ley orgánica de la Contraloría General del Estado, **con lo cual los resultados del informe DASE-0045-2017 así como los hechos y actos administrativos que de él derivan, al estar afectados de caducidad, carecen de eficacia jurídica por extemporáneos**. (...) [subrayado y negrillas fuera de texto]

Que, es un tema de enorme trascendencia para el caso, dado que la observación de aquello en el marco de la iniciación, prosecución y/o consecución de actos que debieron cumplirse para asegurar la defensa y el debido proceso mismo, se levanta precisamente en aquellas obligaciones que se encuentran y/o se sustentan en una decisión judicial.

Que, nuestra legislación contempla cabalmente que la nulidad procesal, procede cuando no se ha cumplido el procedimiento reconocido por el ordenamiento jurídico que garantiza el debido proceso, el derecho de defensa y la organización o estructura judicial.

Que, tanto el COIP, así como el COGEP, norma supletoria aplicable al proceso penal acusatorio oral, conforme lo establecido en la Primera Disposición General del COIP y Resolución N° 004-2016 emitida por la Corte Nacional de Justicia, reconoce la sucesión de actos procesales de los cuales se compone el proceso que se encuentran influenciados y deben diligenciarse con sujeción a la naturaleza del asunto, que a su vez encuentra su origen en la clase de pretensión requerida.

Que, la obediencia al trámite significa el conjunto de las diligencias que deben ser ejecutadas y respetadas dentro de cada juicio y no solo alguna de ellas; es por ello que, existen normas procesales que son necesarias e indispensables para que tal acto jurídico pueda generar sus efectos, siendo su objetivo el de asegurar el cumplimiento del derecho positivo.

Que, principio fundamental del derecho procesal es la obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley; es así que la ex Alta Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado referente al ámbito de las normas procesales: *"(...) Es de dominio universal en el ámbito jurisdiccional que las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la aplicación o realización de las normas objetivas materiales; y son normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho objetivo en los casos concretos. De modo que la naturaleza de las formas procesales no es otra cosa que, de la ley procesal, es decir son de derecho público, de orden público e imperativas, sin que esté atribuido a las partes o al juzgador soslayarlas, con grave quebranto del sistema que es la columna vertebral del ordenamiento riguroso procesal, sin el que imperaría la arbitrariedad y el caos en los litigios (...)"*

Que, dado el contexto de la nulidad procesal que ha quedado cabalmente identificada en el sub punto 5.5., parafraseando -una vez mas- al tratadista Bahamonde en cuanto a que si bien la nulidad es un elemento que tiene efectos negativos en el proceso y que la tendencia más generalizada consiste en evitar, dentro de lo posible, tales efectos; no es menos cierto que precisamente la propia ley da ciertas facilidades para que se remedie el mal causado; y, es fundamentalmente, por tales razones -y abstrayéndonos al sub lite-, que la acción o la omisión que motivan la nulidad procesal, se la declara en tanto, obviamente, ha influido en la decisión de la causa, cumpliendo así con superar aquel obstáculo que la ley ha creado para impedir los efectos negativos de la nulidad; todo ello en el presente caso se lo consigue al volver la cosas a su inicio mismo, esto es, hasta antes de la formulación de cargos; y en el contexto a su vez de haberse constatado una proporcionalidad en estricto sentido, verificando que la medida optada genera más beneficios que perjuicios, atendiendo al conjunto de intereses que han sido materia de discusión a lo largo del *sub judice*, dando se han vertido razonamientos ordenados que intensifican los derechos vulnerados y la importancia que reviste en la decisión adoptada.

Que, es así que a manera de líneas corolarias, se debe reparar que precisamente ante hechos incontrastabes -la declaractoria de nulidad y por tanto inexistencia jurídica de un acto administrativo, entiéndase del o los informes de CGE, para el presente caso- constituye per se un tema insubsabale, no covalidable de manera alguna y vician el procedimiento, por lo que ahora se sanciona con la nulidad procesal que ahora se declara y es emanada directamente del suscrito Órgano Jurisdiciional (Tribunal Ad quem), en el marco irrestricto de la garantía normativa prevista en el artículo 652.10,c) COIP que determina -una vez más cabe citar-: *"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: [...] c) Cuando exista violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa."*

Que, acatando también lo determinado por la Corte Constitucional cuando emitió la regla de interpretación para la citada norma, en torno a que se encuentra vedado a los jueces penales declarar la nulidad con base únicamente en el presunto incumplimiento de normas constitucionales; es por ello que, en el presente caso se declara la nulidad del presente proceso, en razón de la causal arriba citada, sobre la base además de la -necesaria- enunciación de forma explícita de las normas procesales que rigen el debido y que ya han quedado referidas ut supra (Arts. 454 y, 581 COIP; y, 26 LOGCE), cuya inobservancia precisamente han ocasionado la violación de trámite; en tanto aquello precisamente del requisito de procediblidad - obligatorio para el *sub lite*-; su pertinencia de cabal aplicación al presente trámite, es la base sobre la que se ha cimentado el análisis previo a determinar cómo la violación de trámite ha acarreado la violación del derecho a la defensa de los encartados quienes a lo largo de esta causa han venido alegando aquello.

5.7.- Es ahí que, conforme lo examinado y precisado *ut supra*, al haberse evidenciado una violación en el trámite establecido en normativa procesal vigente para la prosecución de la causa, evidencia, a su vez, el error *in procedendo* -norma adjetiva, relativa a la validez procesal, cuya inobservancia invalida el decurso del proceso o inutiliza la formación de la sentencia de instancia la cual resulta inane.

Ahora bien, de forma adicional en este hilo conductor de lineas corolarias, acorde a lo indicado anteriormente, mientras el acto administrativo que a la fecha ha sido declarado nulo y por tanto inexistente, al pretenderlo mantenerlo en vigencia transgreda a todas luces un derecho fundamental como es el debido proceso; y es un obligación ineludible de este Tribunal invalidar lo levantado a partir de tal acto, esto es, desde el inicio mismo del proceso penal que nos ocupa; todo ello por oponerse a normativa existente; además, en tanto y en cuanto el vicio *in procedendo* es claro que ha influenciado también en la decisión de la causa y que, es más, la nulidad muchas veces alegada no ha logrado jamás, ni se lo puede convalidar -bajo la analogía de que no se puede dar vida a un acto jurídico que ya ha sido declarado inexistente-

Otra línea corolaria estriba en que la presente nulidad procesal cumple con los principios de especificidad, transcendencia y convalidación (baremos que ya han sido desarrollados), y en donde se reitera, la especificidad en el caso se da a partir de la causal "c" expresa y taxativamente señaladas en el artículo 652.10 ("pas de nullité sans texte" -no hay nulidad sin ley específica-); tanto más que, cabe reparar de forma adicional, en el presente caso, se inobserva tambien el contenido del COGEP (como norma supletoria) y por lo tanto existe violación al trámite propio de cada procedimiento conforme lo dispone, el artículo 652 numeral10, letra c) del COIP esto es: Cuando exista violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa; y aquello, también deviene a partir de lo dispuesto en el artículo 215 COGEP que dispone, acerca de la "Nulidad de los documentos públicos" y preve que: *"Los documentos públicos serán declarados nulos cuando no se han observado las solemnidades prescritas por la ley, las ordenanzas o reglamentos respectivos."* Lo cual en efecto así ha ocurrido en el caso en donde, se insiste, el acto administrativo del órgano de control CGE que dio origen a este caso (informes de CGE -incluido por deveniente el IRP- es decir tales documentos púbicos) han sido declarados en sede contencioso administrativa nulos y *per se* inexistentes.

Igual se cumple con aquel segundo baremo-tamis, en cuanto a que en el caso resulta ser trascendente, en tanto y en cuanto -ya se ha dicho reiteradamente con relación a este segmento- aquello tiene y ha tenido influencia en la decisión de la causa, siendo el perjuicio cierto e irreparable, que solo mediante la nulidad se la pueda subsanar y en efecto así se la hace y es el motivo de la presente decisión.

5.8.- Adaptación de la circunstancia irregular a las causales de nulidad.

En este apartado, corresponde adaptar la circunstancia irregular a los estándares que rigen la declaratoria de nulidad procesal, por lo que, en primer término, cabe mencionar que se verifica la exigencia de taxatividad, pues, para corregir esta anomalía, el COIP otorga a los infrascritos juzgadores la facultad prevista en el artículo 652.10.c):

> 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: (...) c) Cuando exista violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa.

De lo expuesto, se colige que la causal taxativa para declarar la nulidad del proceso es la violación de trámite. Una vez identificada la causal taxativa, corresponde verificar el cumplimiento de la exigencia de especificidad, ello supone que, la violación de trámite debe manifestarse en la inobservancia de una o varias normas adjetivas. En el presente caso, dichas normas están contenidas en el inciso final del artículo 581 del COIP, y la Resolución de 24 de febrero de 2010, emitida por la Corte Nacional de Justicia, y publicada en el Registro Oficial No. 154, de 19 de marzo de 2010.

Conforme se indicó previamente, la sustanciación del proceso *in examine* debe regirse por el Código Orgánico Integral Penal, específicamente, aquel que estuvo vigente antes de que la Corte Constitucional del Ecuador, declare insconstitucional el inciso final del artículo 581, mediante sentencia No. 5-13-IN/, de 02 de julio de 2019, ya que este cuerpo de leyes estuvo vigente en el momento en que inició el presente proceso.

Asimismo, vale mencionar que, para la sustanciación de la presente causa debe aplicarse la resolución de 24 de febrero de 2010, emitida por la Corte Nacional de Justicia, y publicada en el Registro Oficial No. 154, de 19 de marzo de 2010, ya que esta resolución estuvo vigente en el momento en el que inició el proceso.

Estas normas disponían lo siguiente:

- COIP

  Art. 581.- Formas de conocer la infracción penal.- Sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a su conocimiento por:

1. Denuncia: Cualquier persona podrá denunciar la existencia de una infracción ante la Fiscalía, Policía Nacional, o personal del Sistema integral o autoridad competente en materia de tránsito. Los que directamente pondrán de inmediato en conocimiento de la Fiscalía.
2. Informes de supervisión: Los informes de supervisión que efectúan los órganos de control deberán ser remitidos a la Fiscalía.
3. Providencias judiciales: Autos y sentencias emitidos por las o los jueces o tribunales.

   <u>Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado</u>, cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos.

- Resolución de 24 de febrero de 2010, emitida por la Corte Nacional de Justicia.

  Art. 1.- Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de éste, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo "Del Enriquecimiento Ilícito" incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 260 de 29 de agosto de 1985, se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal.

De estas normas, que insistimos, son aplicables para la sustanciación de la presenten causa, se desprende que para la formulación de cargos, inexorablemente, Fiscalía General del Estado, requería poseer el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal de las personas procesadas.

No obstante, conforme se desprende de la resolución que fuera emitida en sede administrativa el informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado ha sido declarado nulo, es decir, no existe tal informe en el mundo jurídico, por lo que, a este Tribunal de apelación, le corresponde verificar si la falta de este elemento vicia el proceso.

En este sentido, cabe apuntar que la inobservancia de un requisito de procedibilidad, no permite que un proceso pueda continuar desarrollándose, ya que, ésta es una exigencia que condiciona el inicio del proceso, por ende, no puede ser ignorada.

De lo expuesto, se desprende que se estaría violentando el trámite de continuarse con la sustanciación de la causa, pues existen normas específicas, que debían observarse en la tramitación de la causa, por lo que, se verifican los requisitos de taxatividad y especificidad.

Adicionalmente, se considera menester señalar que el error es trascendente, pues, violenta los derechos a la seguridad jurídica, debido proceso y sobre el derecho a la defensa de las personas que fueron procesadas, en tanto y en cuanto, si no se corrige esta irregularidad, además de inobservarse una exigencia de procedibilidad, se estaría violentando el derecho a la defensa de los procesados, quienes deben tener la oportunidad de conocer toda información que resulte relevante, para la preparación de su defensa.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta que, si se inobserva este requisito de procedibilidad, se violentaría el derecho a la seguridad jurídica, que supone la previsibilidad en la aplicación de la normativa jurídica, pues, las personas tienen el derecho a esperar, ante una determinada circunstancia fáctica, la aplicación uniforme de la normativa jurídica.

Adicionalmente, es importante determinar que la relevancia de esta irregularidad, se manifiesta en la necesidad de garantizar el cumplimiento de la garantía mínima del debido proceso, prevista en el artículo 76.1 de la Constitución, que establece lo siguiente *"Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes."*, por ende, los infrascritos juzgadores nos encontramos conminados a verificar que, en la especie, se apliquen tanto el inciso final del artículo 581 del COIP, como la resolución de 24 de febrero de 2010, emitida por la Corte Nacional de Justicia, y publicada en el Registro Oficial No. 154, de 19 de marzo de 2010.

Por último, no se podrá declarar la nulidad si dicha violación, ha quedado convalidada legalmente, es decir, si el recurrente consintió expresa o tácitamente dicho acto, en el presente caso, es lo contrario, de los autos en el proceso, se evidencia la inconformidad y alegación los recurrentes.

De lo expuesto, se colige que en la irregularidad estudiada cumple con los estándares de taxatividad, especificidad, trascendencia y convalidación. Además, se ha justificado por qué, esta omisión viola el derecho a la defensa de los procesados.

5.9.- Es por todo ello que, a la luz de lo ampliamente puntualizado que, este Tribunal, cumpliendo su deber de vigilar la correcta interpretación y aplicación del derecho adjetivo, así como velar por los principios emanados en la Constitución de la República, Arts. 75, 76 y 82; acorde a lo profundamente examinado, al haberse violado en el *sub lite* el trámite debido establecido en el Código Orgánico Integral Penal (arts. 454, 581 -aplicable al caso, antes de reformas-), en el Código Orgánico General de Procesos (Art. 215) y, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (Art. 26), transgredió el derecho a la defensa de los justiciables, en su garantía del Art. 76.7.a) CRE, y sobre todo el derecho al debido proceso (Art. 76 CRE); ya que, como corolario final se tiene que, la inobservancia de las reglas que rigen el debido proceso, generó la violación de los derechos a la defensa, ya que no se siguió el trámite propio del procedimiento correspondiente, encuadrándose en la causa de nulidad procesal contemplada en el Art. 652.10.c) COIP, por lo que es imperativo su declaratoria, por la influencia que posee en la decisión del proceso y por no ser convalidable en el actual estadio procesal.

SEXTO. DECISIÓN

Sobre la base de lo queda expuesto, este Tribunal de Apelación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, de manera unánime determina a la luz de las

consideraciones de orden constitucional, doctrinario y legal; asi como al amparo de lo previsto en los Arts. 75 y 76 numeral 7 de la Constitución de la República y al haberse violentado lo previsto en los los Arts. 454, 581 -anterior a sus reformas- del Código Orgánico Integral Penal; 215 del Código Orgánico General de Proceso; y 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; todo ello de conformidad con el Art. 652 numeral 10 literal c) del ya referido COIP:

6.1.- Declarar la nulidad procesal de todo lo actuado en la presente causa, a partir de la solicitud de formulación de cargos de FGE que fuera ingresada con fecha **12 de febrero de 2019**, **a las 11h30**, en la Secretaria General, Documentación y Archivo - Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia.

6.2.- Dejar a salvo, y en cabal ejercicio de la potestad que la asiste a FGE como titular del ejercicio de la acción penal pública, su derecho y/o deber de incoar la acción penal pertinente sobre la base de los elementos de convición -distintos a aquel que ha sido declarado nulo para y en este caso- que hayan sido recabados en fase pre procesal de la investigación previa No. 47-2017.

6.3.- Una vez que este Tribunal de Apelación ha procedido a declarar la nulidad procesal, como se deja indicado; por un lado, queda también sin efecto toda medida de orden real o personal que se haya dictado en contra de los procesados; y, por otro, nada tiene ya que manifestarse frente a los recursos de apelación interpuestos tanto por los procesados CARLOS EUGENIO PAREJA YANNUZELLI, JORGE DAVID GLAS ESPINEL, WILSON MARCELO PASTOR MORRIS, JOSÉ DAVID BURGOS ZAMBRANO, ANIBAL RAMIRO CAZAR AYALA, CESAR EDMUNDO GUERRA NAVARRETE y GUSTAVO ANDRES DONOSO FABARA; así como por la acusación particular Procuraduría General del Estado.

6.4.- Devuélvase el proceso a Fiscalía General del Estado.

Notifíquese y cúmplase.-

f) Dr. Luis Rivera Velasco, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Felipe Córdova Ochoa, JUEZ NACIONAL; Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL.

XI

Juicio Nro. *01283-2020-00372*
Resolución Nro. *1031-2022*
Fecha: *28 de noviembre de 2022, las 10h36*

TEMA: : El principio *non reformatio in peius* en el tipo penal de lesiones.

ASUNTO

En el presente caso se realiza un análisis sobre el tipo penal de lesiones, definiéndose cuáles son los presupuestos de hecho que se exigen para que se configure el delito y estableciéndose los elementos de la premisa fáctica, a través del análisis de los elementos probatorios, explicándose si estos se consideran suficientes para demostrar los elementos del tipo penal y cuando procede el principio *non reformatio in peius.*

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales del Azuay declara la responsabilidad del procesado, como autor directo del delito tipificado y sancionado en el artículo 152.4 del Código Orgánico Integral Penal, por lo que se le impone la pena privativa de libertad de tres años y el pago de $ 4010 por concepto de reparación integral.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Azuay rechaza el recurso de apelación y confirma la sentencia condenatoria, señalando que se ha logrado establecer, más allá de toda duda razonable, la existencia de la infracción y enervar el estado de inocencia, destacando que la sentencia de primera instancia se encuentra debidamente fundamentada, ya que existe pertinencia entre los hechos y las normas aplicadas.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01283-2020-00372

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, 28 de noviembre de 2022, las 10h36.
VISTOS:
I. ANTECEDENTES
1.1 Antecedentes procesales.
El Tribunal de Garantías Penales del Azuay, en sentencia de fecha 28 de junio de 2021 a las 09h43, declaró a Nelson Fernando Machuca Pulla como autor directo del delito de lesiones, tipificado y sancionado en el artículo 152.4 del Código Orgánico Integral Penal —COIP—, por lo que le impuso la pena privativa de libertad de tres años, multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general y ordenó como medida de reparación el pago de cuatro mil diez (4010) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica a favor de la víctima. De esta decisión el procesado presentó recurso de apelación.
La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, en sentencia de 18 de octubre de 2021, las 14h42, rechazó el recurso de apelación propuesto por el procesado y confirmó la sentencia subida en grado.
El procesado presentó oportunamente recurso de casación.

1.2.- Hechos acusados y hechos probados

Según la sentencia de la Corte de Apelaciones, los hechos acusados al procesado son:

> CUARTO.- ACTOS ATRIBUIDOS.- Fiscalía General del Estado presentó acusación oficial señalando: La víctima Sailenis Pérez el día 15 de septiembre de 2019, a las 05h30 se encontraba en el interior del bar denominado Taxi, ubicado en la Av. 12 de Abril y El Farol, de esta ciudad de Cuenca, en compañía de sus amigas Norman Quezada Delgado y Janeth Quezada Delgado; se produce un altercado con una persona al interior de dicho bar quien había tocado a Sailenis alguna de sus partes íntimas, por lo que la víctima le abofeteó y dicho individuo le había pegado en la boca, por lo que fueron sacados del bar; posteriormente a las afuera del mismo, se produjo un inconveniente entre Sailenis Pérez con la sobrina del ahora procesado, a raíz de lo cual el ahora procesado Nelson Fernando Machuca Pulla, sale del interior del bar, y agrede de forma física a la víctima, le golpea , le patea, uno de estos golpes es una patada en su rostro, por lo cual le rompe dos incisivos superiores y se da la pérdida de los mismos, siendo trasladada a un Centro de Salud de la parroquia Baños, donde fue atendida y se verificó que por la agresión había perdido dos de sus piezas dentales, lo que le produjo una disminución de sus facultades físicas que afectan tres funciones estética, masticatoria y fonética, adecuándose su actuar en el delito tipificado en el Art. 152 numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal.

Luego del análisis correspondiente, la Corte de Apelaciones, concluyó:

> Para establecer la intervención del hoy procesado Nelson Fernando Machuca Pulla, en el ilícito que nos ocupa, partimos del testimonio de la víctima, quien dio cuenta que el 15 de septiembre de 2019, se encontraba con sus amigas, en la Discoteca El Taxi, luego que se produjo un altercado en el interior de local con una persona diferente al procesado salieron del mismo a pedir ayuda a unos agentes de policía que se encontraban cerca de dicho local, quienes no les ayudaron, que posterior a ello se da una discusión con la sobrina del hoy procesado, Karolina Sarmiento, luego que se retiran los agentes de policía y es ahí que Nelson Machuca cuando la víctima se encontraba de espaldas la agrede, ésta corre pero cae al piso, y es donde el procesado le patea en el estómago y en la cara, provocándole las lesiones objeto del presente juzgamiento, testimonio en el cual la víctima le identifica al ahora procesado como la persona que le agredió físicamente con puñetes y patadas en la cara; prueba que está respaldada por una parte con la experticia médica y el informe remitido por el Centro de Salud donde recibió atención médica luego de los hechos, y por otro lado, obran los testimonios de Ashly Maily Quezada Delgado, Janeth Narcisa Quezada Delgado, testigos presenciales de los actos realizados por el procesado, quienes señalaron de manera clara que si bien la víctima previamente a los hechos que se acusan en esta causa la víctima fue al baño y regresó agredida, sólo tenía sangre en la boca pero contaba con todos sus dientes, que salió el procesado y le patea y es ahí cuando le saca los dientes, testimonios que fueron coincidentes entre sí y no fueron desvirtuados, los que afirman que fue el procesado quien golpeo a Sailenis Pérez pateándole en la boca y provocando con ello la pérdida de sus dientes.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. Competencia

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—.

En la audiencia de fundamentación del recurso intervinieron el doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional; el doctor Adrián Rojas Calle, Conjuez Nacional, por licencia concedida al abogado Walter Macías Fernández, Juez Nacional; la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente. Conocida oportunamente la integración del Tribunal, no se ha impugnado su competencia, ni la de quienes lo integramos.

2.2. Validez procesal

Por la fecha en que inició el proceso, según la formulación de cargos, el régimen procesal aplicable a la causal 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 *en la tramitación del recurso de casación* que vicien el procedimiento y puedan incidir en el resultado final de esta causa.

En consecuencia, el recurso es válido y así se lo declara.

2.3. Alegaciones de los sujetos procesales

a. Fundamentación del recurso de casación.- el doctor Paúl Guerrero Godoy, defensor público, en representación del procesado, como fundamento de su recurso, expresó:

- Se interpuso recurso en contra de la sentencia de segunda instancia, que rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del Tribunal de Juicio, que lo declaró autor del delito de lesiones, tipificado en el artículo 152.4 COIP, y le impuso la pena de tres años.
- Hay contravención expresa del artículo 454.6 del COIP, que habla que los partes informativos, informes u otra declaración previa rendida no se tomaran en cuenta como prueba. Solo servirán para refrescar la memoria del testigo, este error de la sentencia se encuentra en el considerando séptimo de la sentencia, cuando habla del análisis de la sala, e indica en su numeral 7.4, que obra como evidencia de la infracción el informe del médico Jaime Andrade, y los jueces dicen que guarda relación con la pericia médica, documento público que no fue impugnado por la parte procesada.
- Los jueces de la Corte Provincial contraviniendo la norma del artículo 454.6 toman en cuenta un documento que no debía ser valorado por los jueces, y la conclusión es que se le impuso una pena privativa de libertad, cuando no debía haber sido así.
- Este error influye en la decisión de la causa, ya que como conclusión de este error se le impuso la pena de tres años.
- El segundo cargo es la indebida aplicación del artículo 152.4 del Código Orgánico Integral Penal, indicando que la norma correcta es la del artículo 76.2 CRE y 5.3 del COIP. Error que se encuentra en el considerando 6.2 de la sentencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, indicando que, de los hechos probados, analizan lo que indicó el perito Méndez Narváez, que hay alteraciones en el vocabulario de la víctima, hay disminución física de sus facultades, que no es lo mismo que incapacidad, y terminan indicando que no hay tiempo de incapacidad, porque los dientes no van a crecer. Error que se repite en el considerando 7.3, cuando indican que la conducta está descrita en el 152.4 COIP.
- La condición jurídica de la norma sancionada incluye dos supuestos de incapacidad física, y que esta no sea permanente, no supere los 90 días.
- El auxiliar de la justicia no indica ni establece discapacidad alguna, este argumento es tomado para terminar sentenciando al procesado.
- Como se ha dicho anteriormente, para que sea sentenciada una persona la norma penal debe adecuarse a los hechos acusados, en los dos supuestos del artículo 152.4 del COIP, no se cumple que exista una incapacidad mayor de 90 días.
- Errores que han ocasionado que la Corte Provincial del Azuay, erróneamente sentencie al procesado. Solicita se acoja esta causal y se corrija los errores de derecho, y como consecuencia jurídica se ratifique el estado de inocencia.

b. Contestación del recurso de casación.- la doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada de la Fiscalía General del Estado, contestó:

- El recurso de casación se ha basado exclusivamente a la contravención expresa del artículo 454.6 COIP, porque dice que se ha acogido el informe de Jaime Andrade, que fue el perito que realizó la diligencia, y que no se debía haber valorado dicho documento.
- Sin embargo, existe una contravención expresa de una norma cuando dada una circunstancia fáctica como probada, el juzgador aplica una norma que no corresponde a esos elementos.
- Esto no ha sucedido, existe otra pericia quien rindió su testimonio al indicar los hechos sucedidos y el agravio realizado a la víctima. Quien fue agredida por el procesado, pues con patadas la lanzó al piso y la pateó en el rostro, lo que como resultado de aquella agresión se le salieron los dientes de la víctima.
- Claramente se determina los hechos probados detallados en el considerando sexto. De igual forma, se encuentran analizados los elementos fácticos y se encuentra contestados los argumentos planteados en apelación en el considerando séptimo, titulado análisis de la sala.
- Los jueces de instancia han sido benevolentes, pues como razonan los jueces, el daño sería

permanente porque los dientes no vuelven a crecer, la víctima tiene que seguir un tratamiento que no puede ser menor de cuatro meses para reponer unos dientes postizos.

- Claramente se verifica la conducta del procesado recurrente al artículo 152.4 del COIP
- No existe la contravención expresa del artículo 454.6 del COIP que se refiere prácticamente a la prueba. Lo que conlleva a una nueva valoración probatoria, lo que está vedado.
- Por otra parte, se ha manifestado que existiría indebida aplicación del artículo 152.4 del COIP, la indebida aplicación de la norma se verifica cuando se aplica una norma que no tiene relación con los hechos.
- La incapacidad de la víctima de no ser a los medios de salud para reponer, su incapacidad sería permanente.
- Sí se superan los noventa días que los jueces de instancia han razonado.
- No sería pertinente la alegación de la Defensoría Pública, cuando dice que no se ha establecido una incapacidad de noventa días.
- No se ha podido justificar la indebida aplicación alegada. Toda vez que al analizar lo fáctico y lo probatorio se verifica la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado recurrente por el delito que ha sido procesado y sancionado.
- Fiscalía solicita que, al no haberse demostrado las acusaciones vertidas en contra de la sentencia de segunda instancia, se declare improcedente, toda vez que no se ha indicado uno de los principales principios que rigen el recurso de casación. Esto es el de trascendencia, es decir cómo estos errores afectan al procesado.
- Por lo que se ha incumplido el principio de la debida fundamentación y demostración de los errores jurídicos acusados.

c. Contestación del recurso de casación.- el doctor William Merchán, en representación de la víctima, contestó:

- Me apego a lo manifestado por la Fiscalía, porque es tal como se ha llevado el procesado.
- Se hizo otro peritaje más al que se reclamó, y el segundo fue quien compareció y rindió testimonio y dijo que hubo pérdida de dos incisivos provocando perdida fonética y de masticación.
- No solo fueron testigos de la víctima, quienes observaron que el procesado fue quien por medio de puñetes y patadas agredió a su defendida, fue el parte policial, y hubo peritajes y videos.
- Hay declaraciones de testigos, incluso del mismo procesado, que acepta que es verdad que le había golpeado.
- La incapacidad es permanente, no le van a volver a nacer los dientes, tuvo que ponerse una prótesis, y luego un implante.
- Consta del expediente lo que se ha manifestado.
- Defensoría pública no ha fundamentado el recurso de casación, sobre la indebida aplicación.
- Al ser adecuada la aplicación el artículo 152.4 COIP, pues se ha producido una disminución física. Por ello es que se ratificó la pena de primera instancia.
- Por todo lo explicado, solicita se declare improcedente el recurso de casación establecido por el procesado y se ratifique la sentencia.

d. Réplica.- la defensa del procesado, añadió:

- El delito de lesiones tiene varias sanciones, de acuerdo a la incapacidad física que un auxiliar de la justicia expone a los jueces. En este caso, el perito que es el auxiliar de la justicia, indica que no existe incapacidad de la víctima.
- Ese es el error de derecho que cometen los jueces.
- Se me ha dado la razón al argumento planteado ya que ratifica que la sentencia se basó en un documento.
- Ratifica su pedido que se ratifique el estado de inocencia del procesado.

e. El procesado no ejerció su **derecho a la defensa material.**

2.3. Sobre la conducta durante la sustanciación de la causa del procesado Nelson Fernando Machuca Pulla.

El día de la audiencia, el procesado Nelson Fernando Machuca Pulla compareció mediante vía telemática con un nuevo defensor técnico, el doctor Diego Palacios, quien solicitó se difiera la audiencia para la preparación de la defensa. Lo que fue negado por el Tribunal, en razón de lo siguiente:

De la revisión del expediente, se encuentra:

- El 28 de abril de 2022, las 10h39, se convocó por primera vez a audiencia de fundamentación del recurso de casación, a llevarse a cabo el día *jueves 05* de mayo de 2022, a las 09h45.
- El miércoles 04 de mayo de 2022, 11h52, menos de 24 horas antes de la diligencia, el procesado solicita diferimiento de la audiencia, por encontrarse enfermo de COVID-19.

- El jueves 19 de mayo de 2022, las 10h05, por segunda ocasión se convocó la audiencia de 30 de junio de 2022, las 08h30.
- El miércoles 29 de junio de 2022, las 13h02, nuevamente menos de 24 horas antes de la diligencia, la defensa técnica del procesado solicitó diferimiento de la audiencia, por encontrarse enfermo de COVID-19.
- En providencia de 29 de junio de 2022, las 14h51, por tercera ocasión se convocó a la audiencia de fundamentación del recurso de casación, para el día 28 de julio de 2022, las 08h30, con tiempo suficiente para que el procesado puede seleccionar a su defensa técnica.
- El día 28 de julio de 2022, las 08h37, el mismo día de la diligencia y ya dentro del tiempo de la misma, el defensor del procesado presenta escrito solicitando que se difiera la audiencia por encontrarse con COVID-19.
- Por inoportuna, la solicitud no se pudo resolver por escrito, sino que se puso en conocimiento de Tribunal ya constituido, para llevar a cabo la audiencia de fundamentación del recurso de casación. En la audiencia, el doctor Carlos Patricio Conde Duchitanga, por vía telemática, expresa que no va a fundamentar el recurso, lo que de conformidad con el artículo 652.9 COIP, equivale al desistimiento del mismo.
- En providencia de 2 de agosto de 2022, las 09h09, en atención al desistimiento expuesto por la defensa técnica, y en cumplimiento con el artículo 652.2 COIP, se dispuso que el procesado Nelson Fernando Machuca Pulla, comparezca ante el órgano jurisdiccional a expresar su deseo de desistir y que ratifique lo expuesto por su defensa técnica. El día de la diligencia, el procesado expresa que no desiste del recurso y designa como su abogado defensor a Miguel Arias.
- El día viernes 16 de septiembre de 2022, las 09h36, se convoca por cuarta ocasión a la audiencia de fundamentación del recurso de casación, para el día jueves 13 de octubre de 2022, las 09h45.
- El miércoles 12 de octubre de 2022, las 16h02, nuevamente menos de veinticuatro horas antes de la audiencia, el procesado presenta escrito designando al doctor Oscar Enríquez V. como su abogado patrocinador, y solicitando que se difiera la audiencia.
- El jueves 13 de octubre de 2022, por la hora de presentación de la solicitud, esta no pudo ser atendido por escrito, y fue puesto a decisión del Tribunal constituido para la diligencia, y tomando se aceptó el pedido de diferimiento para que su nuevo defensor técnico tenga tiempo para la preparación de la fundamentación.
- El jueves 13 de octubre de 2022, las 14h23, por quinta ocasión se convocó a la audiencia de fundamentación para el día 20 de octubre de 2022, las 09h45, y ante los múltiples incidentes provocados por el procesado se previno que:

  > Tomando en cuenta que se convoca a la diligencia con el tiempo suficiente para la preparación de la defensa, lo que incluye la selección de un abogado de su confianza, por lo que se previene a los sujetos procesales que tomen las medidas adecuadas para el ejercicio de su defensa, pues no se aceptarán pedidos de diferimiento por cambio de defensa técnica a última hora.
  > [...]
  > Tómese en cuenta a la defensoría pública para que en caso de inasistencia de la defensa técnica del procesado recurrente señor NELSON FERNANDO MACHUCA PULLA, intervenga en la referida audiencia, a quien se le notificara en el casillero judicial N.º 5711; y correo electrónico: boletaspichincha@defensoria.gob.ec, cmontalvo@defensoria.gob.ec, pguerrero@defensoria.gob.ec.

- El 17 de octubre de 2022, las 12h15, el doctor Oscar Enríquez Villarreal presenta escrito solicitando que no lo tome en cuenta como defensor técnico del procesado, pues no le ha cancelado sus honorarios.
- En providencia de 19 de octubre de 2022, las 12h09, se atiende el pedido referido y se le recuerda al profesional mentado sus deberes al comparecer como abogado autorizado y las sanciones de su incumplimiento, previstas en el artículo 330.5, 335.3.10 y 337.6 COFJ. Y, que tiene las vías legales para reclamar sus honorarios ante la autoridad competente.
- El día de la audiencia, el procesado comparece junto con un nuevo abogado defensor, el doctor Diego Palacios, quien solicita que se difiera la audiencia para tener tiempo para la preparación de la defensa.
- El Tribunal de casación niega su pedido, en atención a las prevenciones realizadas, y consulta a la Defensoría Pública si está preparada

para ejercer la defensa técnica del procesado. El doctor Paúl Guerrero Godoy, defensor público, expresó que estudió el caso y puede fundamentar el recurso de casación propuesto.

El recurso de casación es un medio de impugnación que con su interposición evita la ejecutoria de la decisión, y que la sentencia surta fuerza de cosa juzgada. Es decir, mientras el recurso se encuentra en trámite, corren los plazos para la prescripción de la acción, que de producirse implica el cese del poder punitivo del Estado, y por tanto, provoca impunidad ante una afectación real a un bien jurídico protegido.

De lo anotado, se evidencia que ha sido el procesado el que con su conducta ha provocado el retardo injustificado de la causa, evitando que la administración de justicia pueda dar una decisión oportuna al incidente. El retardo de la causa antes de que se ejecutorie la decisión, beneficia a la persona procesada, por lo que cuando por sus actos lo provoca, este beneficio resulta ilegítimo.

Es de especial relevancia para el caso, el modo en el que el procesado ha logrado que no se lleve a cabo la audiencia de fundamentación del recurso de casación que él mismo ha propuesto. Solamente durante la sustanciación de este recurso ha designado tres abogados distintos, autorizándolos para su defensa horas antes de la realización de la audiencia, invocando el derecho a la defensa y su elemento de contar con el tiempo suficiente para prepararla, para solicitar que se difiera la diligencia, lo que fue aceptado. Para posteriormente, cuando se vuelve a llevar a cabo la misma, designa a un profesional diferente, con poco tiempo, para realizar la misma solicitud.

En este sentido, es evidente que el procesado ha invocado ilegítimamente el derecho a la defensa, de modo abusivo para evitar que se lleve a cabo esta audiencia de cierre y así evitar que la decisión surta efecto de cosa juzgada. Provocando que la víctima está sometida al proceso judicial de manera prolongada, sin que pueda recibir una respuesta judicial sobre la afectación a su bien jurídico protegido.

Ante la conducta del procesado, se le previno que no se diferiría la audiencia nuevamente por cambiar de abogado a última hora, y se designó a la defensoría pública, con el debido tiempo, para que prepare la defensa técnica, para garantizar así su derecho.

Pese a esta prevención, el procesado intentó nuevamente retrasar la sustanciación de la causa, al no cancelar los honorarios del abogado previamente autorizado y designando a uno distinto el día y hora de la diligencia. Por lo que, se negó su pedido, y se procedió a garantizar su derecho a la defensa a través de la Defensoría Pública.

Además, respecto de la influencia en la decisión de la causa de este incidente, no existe en casación, pues el fin de este medio extraordinario de impugnación es la de garantizar la legalidad de la decisión, y como una medida para tal fin existe la casación de oficio, a través de la cual se asegura la correcta aplicación, selección e interpretación de las normas, aun cuando las partes no lo reclamen o lo hagan erróneamente; por lo que, quienquiera que

Por todo lo expuesto, a través de la actuación de la defensoría pública se garantiza el ejercicio de la defensa técnica del procesado, quien, ante su reincidente conducta para retardar la sustanciación de la causa, ha demostrado su falta de interés en la realización de la diligencia, siendo la actuación tomada por el Tribunal, la única para poder realizar la diligencia y no dejar en indefensión ni vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima.

2.4. Reflexiones del Tribunal sobre el recurso propuesto.

El recurso de casación es extraordinario, pues para su interposición y procedencia se establecen en la ley causas y limitaciones específicas en el ámbito de 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 la prohibición, previstas en el artículo 656 COIP.

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.

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.

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.

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.

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.

De los argumentos expuestos en la audiencia, se desprende que la defensa técnica del recurrente, plantea dos argumentos relevantes:

a) La contravención expresa del artículo 454.6 del COIP, pues se habría validado un informe pericial como prueba
b) La indebida aplicación del tipo penal de lesiones del artículo 152.4 COIP

Tomando en cuenta que por la reiterada posición del procesado se ha designado a la Defensoría Pública para su defensa técnica, para que no se alegue indefensión, vulneración al debido proceso o a la tutela judicial efectiva, este Tribunal analiza en primer lugar si la sentencia cumple con la garantía de motivación, pues su consecuencia jurídica es la nulidad de la decisión, por lo que de verificarse cualquier otro cargo resultaría inoficioso.

Sobre la falta de motivación.

El artículo 76.7.l) CRE y el artículo 130.4 COFJ, establecen a la motivación como una garantía mínima del debido proceso; para la existencia de motivación, las normas referidas establecen dos requisitos:

i. la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión; y,
ii. la explicación la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

Además, en materia penal, el COIP en el artículo 5.18, establece expresamente como contenido obligatorio de la motivación de las decisiones judiciales que "en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso".

La garantía de la motivación como obligación de las juezas y jueces en la emisión de sus decisiones, es fundamental para el respeto y ejercicio del derecho a la defensa. Pues permite conocer el fundamento de la forma en que se resolvió la causa.

Además, 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, entiendan las razones de las decisiones y confíen en el sistema de administración de justicia. De ahí que sea necesario que todos los argumentos relevantes de los sujetos procesales reciban una respuesta judicial razonada.

La Corte Constitucional en funciones desde 2018, en sentencia No. 1320-13-EP/20 fijó que la garantía de motivación, "no establece modelos ni exige altos estándares de argumentación jurídica".

En este sentido, complementamos los requisitos constitucionales y legales que son **i)** pertinencia (entendida como la explicación del porqué la aplicación de las normas y principios en la resolución del caso puesto en conocimiento del Tribunal, así como una relación coherente entre lo debatido por los sujetos procesales y la decisión del Tribunal; y, **ii)** suficiencia, como la respuesta de todos los argumentos relevantes de las partes.

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*. Todo cargo de falta de motivación se debe analizar desde estos tipos básicos de deficiencia argumentativa.

Una argumentación es *inexistente* cuando la decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica. Es decir, no se da respuesta en absoluto al problema jurídico puesto a decisión del órgano juzgador.

Una argumentación jurídica es *insuficiente* cuando la decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia, al no atender a todos los aspectos jurídicos o fácticos que subyacen al problema jurídico que se ha puesto a resolución del juzgador, por lo que la respuesta jurídica dada por la administración de justicia es incompleta.

Una argumentación jurídica es *aparente* cuando, cuenta con fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, 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):

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.

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.

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 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 frente al Derecho*, se produce 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.

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.

De la revisión del expediente, se constata que el procesado planteó en apelación el mismo argumento que ha pretendido sea atendido en esta sede casacional, esto es, que no se demostró ni se dejó claro el tiempo de incapacidad de la víctima, argumentando que sin esta circunstancia de tiempo de incapacidad es irrazonable la condena, pues no se puede entender la selección de la norma.

Además, reclamó ante los jueces de segunda instancia que se debía aplicar duda razonable porque la víctima fue agredida con anterioridad en la boca sin poderse determinar cuál de las agresiones provocó la pérdida de los dientes.

Analizada la decisión impugnada, este Tribunal encuentra que se ha dado contestación a todos los argumentos formulados por el procesado en

la apelación, en el considerando séptimo de la sentencia.

En ese sentido se encuentra que se fija la premisa normativa desarrollándose un análisis sobre el tipo penal de lesiones desde el ordenamiento jurídico, estableciéndose cuáles son los presupuestos de hecho que esta exige para que se configure el delito, posteriormente se establecen los elementos de la premisa fáctica cuando se analizan los elementos probatorios y se fijan qué hechos se derivan de la prueba actuada. Explicando razonadamente por qué estos se consideran suficientes para demostrar los elementos del tipo penal.

No se encuentra deficiencia motivacional por apariencia, pues la respuesta judicial contenida en la decisión impugnada si tiene relación con los argumentos expuestos por las partes y con lo que el ordenamiento jurídico exige del razonamiento judicial; no se encuentra ninguna contradicción entre las premisas empleadas y las conclusiones arribadas, o entre los razonamientos y la decisión final; todos los puntos desarrollados por la decisión de segunda instancia tienen relación con el objeto del proceso y no existe ningún enunciado inatinente; finalmente, la redacción y términos empleados por los juzgadores en la exposición de su respuesta resulta es de fácil comprensión y no existe posibilidad de ninguna interpretación ambigua.

Con lo que se verifica que la sentencia está debidamente motivada y la decisión judicial ha tomado en cuenta los argumentos relevantes de las partes y ha dado una respuesta suficiente tanto en lo normativo como en lo fáctico, por lo que no existe una vulneración a la garantía prevista en el artículo 76.7.l de la CRE.

Por lo que, siendo válida la decisión corresponde atender los cargos de casación alegados.

Sobre la contravención expresa

Como ha expresado esta Sala Penal[1], se considera violación a la ley por contravención expresa a su texto, 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.

Contravenir, según el diccionario de la Real Academia Española, es "Obrar en contra de lo que está mandado"[2]; y, [de modo] expreso "Claro, patente, especificado"[3]. Por lo tanto, una contravención expresa debe entenderse como obrar en contra de lo que está específicamente mandado.

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.

Si la orden o prohibición no es expresa, lógicamente, la contravención tampoco puede ser expresa. Como en el caso de normas que contienen únicamente una definición y no hay mandato en contra del cual se pueda obrar. O, como en el caso de mandatos de optimización, que no contienen disposiciones específicas sino que establecen una situación que debe ser alcanzada en la mayor medida posible y la respuesta al caso concreto se obtiene a través de la interpretación y argumentación (o la aplicación de un criterio interpretativo ya emitido sobre ese norma en un caso similar por las autoridades competentes).

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.

Si bien pueden darse contravenciones expresas antes de la sentencia, respecto de normas de trámite, estas vulneraciones no son materia del recurso de casación al ser anteriores a su objeto de análisis, no constituyen cargos propios del control de legalidad de la decisión pues no atacan a los fundamentos de la misma.

[1] 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 de 30 de agosto de 2021; Sentencia en caso 16281-2019-01008 de 3 de marzo del 2022, las 15h57;

[2] Diccionario de la RAE, recuperado de: https://www.rae.es/dpd/contravenir

[3] https://dle.rae.es/expreso

Las contravenciones legales cometidas en el proceso previo a la sentencia, corresponden al control de legalidad del trámite y, dependiendo de su adecuación a una de las causales del artículo 657.2 COIP, de verificarse que provocaron indefensión y son trascendentes (afectan a la decisión de la causa), su efecto es la nulidad procesal desde el vicio encontrado.

Con todo lo expuesto, para verificar 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.

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. Es decir, se debe determinar la pertinencia de la aplicación de la norma omitida a la resolución con el caso en concreto. Con la identificación de la omisión en el razonamiento judicial, se excluye a los vicios de errónea interpretación e indebida aplicación (que exigen que la norma sí haya sido utilizada en el razonamiento judicial).

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.

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.

De los reclamos de la defensa, cumple con invocar una sola causal de casación y vincularla a una norma específica, esto es el artículo 454.6 COIP; asimismo, identifica con claridad en qué parte de la sentencia considera se incurrió en la violación alegada y las razones por las que estima errado el razonamiento judicial, según la causal invocada.

En su reproche, efectivamente identifica que la norma que alega violada contiene un mandato negativo, es decir una prohibición, y que pese a la existencia de este mandato la Corte Provincial ha actuado expresamente en contra del mismo. Proposición acorde a la naturaleza de la causal, y que refiere a un error de omisión, lo que excluye las causales de indebida aplicación y errónea interpretación.

Si bien el reclamo se refiere a un elemento probatorio, este tiene relación con un aspecto legal, que es materia del recurso de casación, y no exige un nuevo ejercicio de corroboración de hechos o de asignación de juicios de valor de conducencia, utilidad o pertinencia de esa prueba,

Por lo que el cargo propuesto por la defensoría pública ha sido planteado acorde a la técnica que exige la naturaleza del recurso de casación.

En cuanto a la verificación o no de la violación es necesario remitirse a la norma alegada, que ordena:

> **Art. 454.- Principios.-** El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios:
> [...]
> 6. Exclusión.- Toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal.
> Se inadmitirán aquellos medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la o el fiscal con la persona procesada o su defensa en desarrollo de manifestaciones preacordadas.
> *Los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, se podrán utilizar en el juicio con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones, siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio. En ningún caso serán admitidos como prueba.*
> [...]

Esta norma refiere a la exclusión de las pruebas, que tiene que ser invocada y aplicada en la etapa preparatoria de juicio, que ya esta precluída:

> Art. 604.- Audiencia preparatoria de juicio.- Para la sustanciación de la audiencia preparatoria del juicio, se seguirán además de las reglas comunes a las audiencias establecidas en este Código, las siguientes:
> [...]
> 4. Concluida la intervención de los sujetos procesales, si no hay vicios de procedimiento que afecten la validez procesal, continuará

> la audiencia, para lo cual las partes deberán:
> [...]
> c) *Solicitar la exclusión*, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba, que estén encaminadas a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba.
> [...]

Sin embargo, si en la audiencia preparatoria de juicio no se ha excluido un elemento previsto en el artículo 454.6 COIP, no implica que este se subsana y que adquiere eficacia probatoria, el Tribunal de Juicio de verificar que existe una prueba ineficaz por disposición legal, no debe tomarla en cuenta en su razonamiento de corroboración de los hechos. Por lo que el uso de estos elementos como medios de prueba sí puede afectar la legalidad de la decisión, y por tanto sí puede ser objeto de recurso de casación si el error no ha sido enmendado en apelación.

Es precisamente sobre el último inciso del artículo 454.6 COIP, que alega ha sido vulnerado violación en la sentencia, pues reclama que se ha tomado como prueba un informe pericial, lo que según la defensoría pública, se verificaría en el considerando 7.4 de la decisión, que dice:

> Obra también como evidencia de la infracción, el informe N° 144 de fecha 15 de septiembre de 2019, suscrito por el médico *Jaime Andrade Martínez, Médico familiar del Centro de Salud Carlos Elizalde,* en el que consta que la paciente Sailenis Pérez, acudió el día de los hechos a dicho centro a recibir atención médica, por cuanto ese día había sido agredida con golpes de puño y patadas en su rostro, el cual se verifica ausencia de dos piezas dentales en arcada dentaria superior; guardando coherencia y coincidencia con lo descrito en la experticia médica antes anotada, y además documento público cuya autenticidad no fue impugnada por la parte procesada. Frente a estas pruebas no existen otras que contradigan su resultados y hallazgos.

Para la defensoría pública el informe suscrito por el médico Jaime Andrade Martínez, es un informe pericial; sin embargo, en ningún momento el Tribunal de Apelación se refiere a este como un informe pericial, sino como prueba documental, que es de carácter público pues es un certificado emitido por un funcionario público de un centro del sistema de salud pública, en el que se describe la atención primaria recibida por la víctima, y relata como se encontraba físicamente la misma, luego de recibir las agresiones cuando fue tratada por el profesional médico.

Sobre el valor de verdad de este elemento probatorio, así como de su utilidad o pertinencia para la fijación del relato fáctico no se pronuncia este Tribunal, pues implica un ejercicio de valoración de prueba prohibido en casación, de conformidad con el segundo inciso del artículo 656 COIP.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación, no le ha dado valor como prueba documental a un informe pericial, como erróneamente alega la defensa técnica del procesado, lo que provoca que su reclamo sea infundado por alejado a la verdad procesal; en consecuencia, no existe la contravención expresa del artículo 454.6 COIP.

Sobre la indebida aplicación

En cuanto a la causal de indebida aplicación de la ley como una de las tres causales de casación prevista en el artículo 656 COIP, la Corte ha establecido[4] que esta se verifica como un error en la selección de la norma aplicada en la respuesta judicial. Esto ocurre cuando el juzgador aplica una norma diversa a la que corresponde al caso puesto en su conocimiento y resolución.

La indebida aplicación, por lo general, conlleva a la falta de aplicación de otras normas relacionadas, aquellas cuyo presupuesto fáctico guardan identidad con el hecho considerado probado en el caso en concreto, y por lo tanto, era la norma que debía aplicarse correctamente. Sin embargo, sí existen casos en los que puede existir un error de aplicación sin la omisión de otra norma relacionada, como en las circunstancias que califican una infracción o que constituyen agravantes o atenuantes de la misma.

Para verificar la indebida aplicación de una norma se debe identificar en primer lugar la norma presuntamente aplicada, señalando con claridad el presupuesto de hecho contenido en la norma y

[4] Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado. Sentencia en caso 13259. 25 de octubre de 2021.

la consecuencia jurídica. Proposición que permite excluir un error de omisión.

Posteriormente, se debe señalar la parte de la sentencia en donde el Tribunal de Apelación fija los hechos que le llevaron a aplicar la norma que se alega no corresponde al caso en concreto; y, el razonamiento en donde se aplica la consecuencia jurídica que se estima no se debía aplicar.

Asimismo, se debe explicar por qué los hechos del relato fáctico no guardan identidad con el presupuesto fáctico de la norma aplicada. Demostrando la falta de identidad en esos elementos se puede verificar la indebida aplicación de la norma. Razonamiento que permite excluir el error de interpretación.

En su fundamentación el recurrente cumplió con identificar la norma que considera no fue correctamente seleccionada, en este caso el tipo penal, pues considera que no se reúnen todos los elementos que están descritos en el presupuesto fáctico de la norma, específicamente la circunstancia de "incapacidad de noventa días". Para este particular, hace referencia a la parte de la sentencia donde se fija el relato de los hechos probados y donde el Tribunal de Apelación establece que no hay tiempo de incapacidad, sino que hay una pérdida permanente de las funciones porque los dientes no vuelven a crecer.

En este sentido, si bien plantea técnicamente su cargo de casación, pues argumenta su reproche conforme a la causal invocada, reclamando que no se debían aplicar las consecuencias jurídicas del tipo penal, con sustento en un ejercicio de comparación entre los presupuestos fácticos de la norma que alega vulnerada y los hechos considerados probados. El Tribunal encuentra que existe un error en la comprensión del tipo penal, por parte de la defensa técnica.

El artículo 150.4 COIP es un tipo penal, por lo que, bajo la regla del artículo 13.2 COIP, debe ser entendida en sentid literal, para lo cual se deben emplear las herramientas semánticas y gramaticales. En este sentido, la norma referida enuncia varias circunstancias, unidas mediante conjunción disyuntiva "o", por lo que, constituye un conjunto de enunciados que se pueden presentar de manera alternativa, no concurrente. Por lo tanto, la norma prevé varios escenarios fácticos producidos por las lesiones provocadas por el sujeto activo:

a) una grave enfermedad o
b) una disminución de sus facultades físicas o
c) una disminución de sus facultades mentales o
d) una incapacidad o enfermedad, que no siendo permanente, supere los noventa días.

Por lo que la circunstancia que exige el tiempo de noventa días de incapacidad o enfermedad es únicamente el último escenario de esta norma. Y no como plantea el recurrente respecto de todas las posibilidades de la infracción referida. Por lo que no cabe la alegación de la defensa del procesado al no corresponderse con el contenido de la ley.

Sin embargo, según los hechos probados no solo se acusó y demostró la diminución de facultades físicas (masticatorias, fonéticas y estéticas); en la teoría del caso de la Fiscalía y en el relato fáctico fijado por los jueces de instancia, se establece que la víctima perdió dos dientes. Sobre lo cual, el Tribunal se pronuncia posteriormente.

Sobre los principios de congruencia y iura novit curia.

En el relato de la acusación, así como de los hechos probados consta que la víctima, como consecuencia de la infracción perdió dos dientes, además de la disminución de las facultades físicas ya referidas. Circunstancia que este Tribunal considera fue pasado por alto al momento de la calificación jurídica del delito, pese a que sí consta como hechos acusados y probados. Omisión incurrida tanto por Fiscalía, como por los jueces de instancia.

El artículo 140 del COFJ, reconoce el principio *iura novit curia* que establece la facultad de los jueces de corregir errores y omisiones en la invocación del derecho aplicable a la causa:

> Art. 140.- OMISIONES SOBRE PUNTOS DE DERECHO.- La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.
>
> Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.
>
> Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La aplicación del principio *iura novit curia*, según el texto de la ley, tiene como limitación los errores u omisiones exclusivamente de la aplicación del ordenamiento jurídico, por lo que está sujeto al ámbito fáctico fijado por las partes procesales, esto

en concordancia con el principio dispositivo y el modelo acusatorio del sistema penal ecuatoriano, por los cuales el objeto del proceso sobre el cual el juez aplica el derecho es introducido al debate por los sujetos procesales.

Asimismo, el principio *iura novit curia* exige aplicar el derecho que *corresponde al proceso*, por lo que no solo se debe enmendar los errores u omisiones sobre el derecho que incurran los sujetos procesales; también se deben corregir los errores de derecho cometidos por los jueces de instancia que se encuentren en su conocimiento en virtud de un medio de impugnación.

Esta facultad de corrección de la aplicación y selección de normas para resolver el objeto del proceso penal, no entra en contradicción con el principio de congruencia (fáctica):

> [COIP] Art. 619.- Decisión.- La decisión judicial deberá contener:
>
> [...]
>
> 2. La determinación de la existencia de la infracción y la culpabilidad de la persona procesada. La persona procesada no podrá ser declarada culpable *por hechos que no consten en la acusación*.
>
> [...]

Es decir, que el juez no puede pronunciarse sobre hechos que no hayan sido introducidos en la acusación de la Fiscalía, por lo que la aplicación del principio *iura novit curia* tiene como límite la base fáctica propuesta por el titular de la acción penal.

Esta limitación se ha desarrollado en la jurisprudencia como principio de congruencia, que se ha de entender como la relación lógica de correspondencia entre los hechos acusados por la Fiscalía y la decisión del órgano jurisdiccional, que se deriva del derecho a la defensa, en el sentido en que no se puede condenar por hechos sobre los cuales no se ha ejercido el derecho a la defensa.

Sobre el principio de congruencia, la Corte IDH, en el caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, expresó:

> "74. El párrafo segundo del artículo 388 del Código Procesal Penal guatemalteco establece que 'en la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio, o imponer penas mayores o menores que la pedida por el Ministerio Público'. Esta facultad, consecuente con el principio iura novit curia, debe ser entendida e interpretada en armonía con el principio de congruencia y el derecho de defensa. La necesaria congruencia entre la acusación y la eventual sentencia justifica la suspensión del debate y el nuevo interrogatorio del acusado, cuando se pretende cambiar *la base fáctica de la acusación*. Si esto ocurre irregularmente, se lesiona el derecho a la defensa, en la medida en que el imputado no ha podido ejercerlo sobre todos los hechos que serán materia de la sentencia.
>
> 75. Al respecto, la Corte observa que, en la sentencia de 6 de marzo de 1998, el Tribunal de Sentencia no se limitó a cambiar la calificación jurídica de los hechos imputados previamente, sino modificó la base fáctica de la imputación, inobservando el principio de congruencia."[5] [El énfasis es añadido]

En Ecuador, en materia penal, bajo el modelo acusatorio, el único titular del ejercicio de la acción es la Fiscalía (Art. 195 CRE[6]), y conforme lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Mohamed Vs. Argentina, en sentencia de 23 de noviembre de 2012, párrafo 132, es al juez a quien corresponde la calificación jurídica de los hechos probados, es decir, debe atenerse estrictamente a lo dispuesto por la ley penal y observar la mayor rigurosidad en la adecuación de la conducta de la persona incriminada al tipo penal[7].

En consecuencia, la calificación jurídica de los hechos es potestad del órgano juzgador, la acusación

[5] Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, Párrafos 74 y 75.

[6] CRE." **Art. 195.-** *La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal."* [...]

[7] Criterio que confirma lo establecido por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en: Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 82; Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, sentencia de 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 90.

formal de la Fiscalía por un tipo determinado no vincula al juzgador ni surte efectos irrevocables[8] ante los hechos que se prueben durante el proceso, siempre y cuando no se altere la base fáctica de la acusación.

De la revisión de la sentencia, si bien está motivada bajo los criterios de suficiencia, este Tribunal considera que sí existe un error de derecho en la misma en cuanto la adecuación del tipo penal. Pues según los hechos probados, la víctima de la infracción perdió los dos dientes incisivos centrales, presentando por esta razón disminución permanente de funciones masticatoria, estética y fonatoria, y son permanentes pues los dientes no vuelven a crecer.

En este contexto, en la sentencia de la Corte Provincial, precisamente en los extractos de la misma citados al inicio de esta sentencia como hechos acusados y hechos probados se encuentra que en ambas narraciones se contiene la circunstancia que la víctima perdió dos dientes.

Tomando en cuenta la interpretación literal de los tipos penales (Art. 13.2 COIP), la definición de uso corriente en el lenguaje de diente, es la contenida en un diccionario. En este sentido, la Real Academia Española define diente como: "cuerpo duro que, engastado en las mandíbulas del hombre y de muchos animales, queda descubierto en parte, para servir como órgano de masticación o de defensa"[9]; y, órgano como "cada una de las partes del cuerpo animal o vegetal que ejercen una función"[10].

Esto en el contexto del uso común del lenguaje, sin entrar a definiciones científicas que explican profundamente, desde la histología y su funcionalidad porqué los dientes son órganos del cuerpo humano.

Teniendo esto en cuenta, el tipo penal aplicado por la Corte de Apelaciones es la prevista en el artículo 152.4 del COIP, que establece:

> 4. Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad, que no siendo permanente, supere los noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Esta norma establece la disminución de facultades físicas, pero no la pérdida de órganos, lo que está descrito en el numeral quinto.

> 5. Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Por lo que era la norma prevista en el numeral cinco es la que guarda identidad con los hechos considerados probados, y es la que debía aplicarse a la causa. Con lo que se verifica indebida aplicación del numeral 4 del artículo 152, cuando la que correspondía era la prevista en el número 5, por lo que la pena que debía imponerse a la persona procesada es de cinco años, al no haberse fijado en el relato ninguna circunstancia agravante ni atenuante.

Sin embargo, Fiscalía no ha presentado recurso con pretensión de aumentar la pena impuesta. Escenario que se debe tomar en cuenta en virtud del principio *non reformatio in peius* que está reconocido en los artículos 77.14 CRE y 652.7 COIP, establecen:

> "**[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. 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

[8] Así lo determina el artículo Art. 608.5 del COIP Las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio no surtirán efectos irrevocables en el juicio.
[9] https://dle.rae.es/diente.
[10] https://dle.rae.es/%C3%B3rgano.

situación jurídica de la persona sentenciada cuando sea la única recurrente.
[...]"

En este sentido, este Tribunal considera que el fundamento del principio *non reformatio in peius*, se contiene en lo siguiente:

i. El derecho a la defensa no puede perjudicar a quien lo ejerce.
ii. El derecho a la impugnación es parte del derecho a la defensa.
iii. Si una de las partes procesales ejerce su derecho de impugnación, desde una perspectiva teleológica, su única pretensión es que el Tribunal de Apelaciones acepte las razones de su inconformidad, y en ningún caso para que se empeore su situación jurídica.

Por tanto, el principio de *non reformatio in peius* en su sentido más amplio significa la prohibición del juzgador de perjudicar al recurrente, cuando la reforma peyorativa sea consecuencia de los argumentos planteados en su impugnación.

La Corte Constitucional del Ecuador, sobre este principio, en la sentencia 995-12-EP/20 de 22 de enero de 2020, manifestó que:

41. Con base en lo expuesto, esta Corte verifica que no existe vulneración a la garantía constitucional al non reformatio in peius debido a que dicha garantía no es absoluta, y que para activarse a favor del acusado, este debe ser el único recurrente.

Sin embargo, en la sentencia 768-15-EP/20 de 02 de diciembre de 2020, definió que solo la impugnación de Fiscalía respecto al tipo penal y la sanción, permiten reformar la sentencia peyorativamente hacia el procesado:

19. El sentido de esta prohibición se sustenta, además, en la inviolabilidad de la defensa. Por un lado, los argumentos de la acusación fiscal permiten la defensa; si no hay acusación o recurso por parte de la Fiscalía, entonces el procesado no tiene que contradecir u oponerse a lo que no existe. Una actuación de oficio por parte del órgano juzgador –salvo las expresamente previstas en la ley– impediría el ejercicio del derecho a la defensa y, por esta razón, es contraria al sistema adversarial acusatorio. Por otro lado, si una persona procesada plantea un recurso para mejorar su situación jurídica y tendría la posibilidad de que se le agrave la pena de oficio, se inhibiría el uso de recursos judiciales y, a través de ellos, de las facultades correctivas del sistema procesal. De ahí la máxima: "no se puede cortar la mano a quien pide clemencia."
[...]
26. Sin embargo, las víctimas no tienen derecho en las acciones penales públicas a tener una pretensión punitiva fuera del ámbito de las competencias exclusivas de la Fiscalía. Es decir, **si la Fiscalía no presenta acusación, por más que la víctima considere que existen elementos suficientes, no podrá haber juicio**. De igual modo, si la Fiscalía no presenta recurso, la pretensión de la víctima no podrá agravar la pena del procesado. La pretensión punitiva materializada en la acusación y en la posibilidad de pedir el agravamiento de una pena es una competencia de la Fiscalía15 y no es un derecho de la víctima.
[...]
30. En este contexto, cuando no existiere impugnación fiscal, el derecho a recurrir que tiene la víctima tiene como alcance las cuestiones relacionadas con la reparación integral y no podría extenderse a la pretensión punitiva. Incluso cuando existiere impugnación fiscal y ésta no tendría alegación sobre el posible aumento de pena, los tribunales de alzada no podrían agravar la sanción establecida en la sentencia en perjuicio del procesado. Los jueces y juezas, en estos casos, solo podrían alterar la pena para mejorar la situación de la persona condenada. [...]".

Por lo tanto, en los delitos de ejercicio público de la acción penal, como en el presente caso, el único escenario posible por el cual, mediante un medio de impugnación se puede empeorar la situación jurídica del procesado respecto de la pena, es que este haya sido propuesto por la Fiscalía General del Estado y que dentro de sus reproches se haya alegado precisamente que se deben agravar las penas. Lo que no sucede en la presente causa. Por lo que, corresponde ratificar la condena impuesta por los jueces de instancia, pese a haber determinado el error en la aplicación del tipo penal. Reconociéndose únicamente con fines declarativos la calificación jurídica que corresponde a los hechos,

reivindicando el derecho de la víctima a la verdad y a que esta sea declarada judicialmente, al constituirse la sentencia como un mecanismo de reparación simbólica, de conformidad con el artículo 78 de la CRE.

III. DECISIÓN

En virtud de todo lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales anotadas, con fundamento en el artículo 657.5.6 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, resuelve:

1. Declarar improcedente el recurso de casación propuesto por Nelson Fernando Machuca Pulla;
2. Por el derecho de la víctima a la verdad, casar de oficio la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, en sentencia de 18 de octubre de 2021, las 14h42, por indebida aplicación del artículo 152.4 COIP, cuando correspondía aplicar el artículo 152.5 ibídem;
3. En respeto del principio *non reformatio in peius*, la condena que deberá cumplir el procesado es la ordenada por los juzgadores de instancia, esto es: la pena privativa de libertad de tres años, multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general, y demás penas accesorias impuestas.
4. Se ratifican todas las medidas de reparación impuestas a favor de la víctima.

Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen para su ejecución.- **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

f) Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL; Dr. Luis Adrián Rojas Calle, CONJUEZ NACIONAL.

XII

Juicio Nro. *17291-2020-00475*
Resolución Nro. *1032-2022*
Fecha: *28 de noviembre de 2022, las 15h14*

TEMA: Vicios procedimentales y plazos para el cumplimiento de la reparación integral.

ASUNTO

Dentro del presente caso se analiza como los vicios procedimentales pueden conllevar una nulidad, siempre y cuando se violente el trámite, incidiendo en el derecho a la defensa, así como los plazos para el cumplimiento de la reparación integral, tomando en consideración los criterios vertidos acerca del cálculo de la indemnización a la parte afectada.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de la Unidad Judicial de lo Penal del cantón Cayambe dicta sentencia condenatoria en contra del procesado, al considerarlo autor directo del delito de muerte culposa, tipificado y sancionado en el artículo 377, inciso segundo, numeral quinto, del Código Orgánico Integral Penal, en tal virtud, le impone la pena privativa de libertad de tres años, disponiendo como reparación integral que, de manera solidaria con el propietario del vehículo, realice los pagos por los daños materiales ocasionados a la víctima.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha acepta parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procesado, reformando la sentencia subida en grado y ampliando los plazos para el cumplimiento de la reparación integral.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17291-2020-00475

Juez Ponente: Dr. Marco Rodríguez Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO. Quito, lunes 28 de noviembre del 2022, las 15h14.

VISTOS:

ANTECEDENTES:

El 28 de septiembre de 2021, las 14:42, el Juez de la Unidad Judicial de lo Penal del cantón Cayambe, provincia de Pichincha, dictó sentencia condenatoria en contra del procesado Darío Patricio Caiza Necpas, por considerarle autor directo del delito de muerte culposa, causada por accidente de tránsito, tipificado y sancionado en el artículo 377, inciso segundo, numeral quinto, del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), en tal virtud, le impuso la pena privativa de libertad de tres años y multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme lo prevé el artículo 70.6 *ejusdem*. Además, en cuanto a la reparación integral, se ordenó que de manera solidaria entre el encartado, como conductor del vehículo de placas PCC7226, y el propietario del mismo, señor Ulfer Ceferino Rodríguez Rocillo, efectúen los siguientes pagos: USD. $ 19.200 a favor de la acusadora particular Germania Aracely Enríquez Valencia por los daños sufridos al bien jurídico vida, de quien en vida se llamó Jesús Amable Morales Cartagena y USD. $ 25.000 a favor de la víctima Cristóbal Andrés Vásquez Cifuentes

por los daños materiales ocasionados al vehículo de placas IBD3839. Finalmente, el *a quo* aceptó el pedido de suspensión condicional de la pena a favor del sentenciado.

Inconforme con el fallo del *a quo*, el encausado antes referido planteó recurso de apelación, para ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

El 14 de diciembre de 2021, las 15:13, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha aceptó parcialmente la apelación, reformó la sentencia subida en grado, ampliando los plazos para el cumplimiento de la reparación integral, "fijándolos en doce meses para el pago que corresponde a la acusadora particular Germania Aracely Enríquez Valencia y dieciocho meses para el pago correspondiente al señor Andrés Vásquez Cifuentes".

Respecto de la resolución del *ad quem*, el encartado Darío Patricio Caiza Necpas interpuso recurso extraordinario de casación, para ante la Corte Nacional de Justicia.

Luego de haberse llevado a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de casación, siendo el estado procesal, el de reducir la sentencia por escrito, se lo hace en los siguientes términos:

1. COMPETENCIA:

La Corte Nacional de Justicia ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con lo ordenado por los artículos 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ).

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, según lo previsto por los artículos 184.1 de la CRE; 8 y 9 del COFJ, así como por las Resoluciones No. 0082021, de 28 de enero de 2021 del Pleno del Consejo de la Judicatura y No. 042021, de 19 de febrero de 2021, del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; siendo que, el Tribunal de casación asignado a la presente causa, está conformado por los Magistrados Marco Rodríguez Ruiz,

Juez Nacional Ponente, Liz Barrera Espín y Pablo Loayza Ortega, Conjueces Nacionales (e).

2. VALIDEZ PROCESAL:

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.

3. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN, CONTRADICCIÓN Y RÉPLICA:

3.1. Fundamentación del recurso:

El abogado José Paúl Gallardo Echeverría, en representación del procesado recurrente Darío Patricio Caiza Necpas, manifestó que:

> "Ciertamente la esperanza de justicia no se agota con la sentencia de primera instancia o con la sentencia de segunda instancia, por ello que hemos presentado este recurso de casación, y vamos a anticipar que vamos a hablar de dos cargos casacionales. El primero que, se refiere a contravenir expresamente el texto de la ley, esto puesto que la Corte Nacional de Justicia (CNJ) ha dicho en reiteradas ocasiones que esta vulneración de derecho consiste en inaplicar normas jurídicas, en este sentido, quiero partir con algo muy importante que ha sido desarrollado por la CNJ dentro de algunos fallos, se está vulnerando el artículo 76.7.l de la CRE y esto en relación con el artículo 518 del COIP, el derecho a la defensa en la garantía de la motivación. La Corte Constitucional (CCE) dentro de la sentencia 115817EP-2021, en una sentencia del 20 de octubre del 2021, ha reiterado y ha expresado en qué consiste la garantía de la motivación, y para ello, es necesario que en sentencia se enuncien las normas o principios jurídicos en las que se fundan, se explique la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. El referido fallo que estamos casando, consiste en la sentencia del 15 de diciembre del 2021, dictada por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en este caso, no hay motivación, y por tanto, alteración al debido proceso en la garantía de la motivación. Como ya lo ha dicho la CCE, y vuestra autoridad reitera en diferentes fallos, para que exista esta motivación tiene que existir suficiencia fáctica y suficiencia normativa, en la sentencia que estamos casando vamos a encontrar que no existe esa suficiencia fáctica y mucho menos esa suficiencia normativa, vamos a referirnos al segundo aspecto, por ser más importante, la sentencia que estamos casando no hace

un análisis de dos elementos indispensables, primero, la teoría del delito, que consiste en los elementos que definen qué es delito, y segundo, el estándar de la duda razonable, esto lo digo porque podemos apreciar dentro del fallo que estamos impugnando, en el punto 5.2.2 se hace la motivación respecto a esa existencia del delito, y en ningún momento, se topan las categorías dogmáticas, no se establece por qué hay tipicidad, por qué hay culpabilidad, y vamos a centrarnos en específico en la tipicidad, cuando hablo de la tipicidad en su parte subjetiva, esto es, la parte interna que esta manifiesta en torno al dolo o a la culpa, no hace una análisis de qué significa infracción al deber objetivo de cuidado, basa su decisión en lo que dice el perito Fabián Marcelo, que además hace la experticia de daños materiales de causa basal y todas las pericas las hace el perito, lo único que ha hecho es la sentencia, y los jueces de corte provincial y de tribunal de apelación fundamentan este delito culposo en ese testimonio, que de ningún momento nos define qué es infracción al deber objetivo de cuidado, y aquí viene la insuficiencia fáctica porque se ha infringido ese deber. No hay suficiencia normativa como lo exige la CCE, en razón que no se habla del estándar de la duda razonable y esto es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), al igual que la CCE y la CNJ, se han pronunciado sobre este estándar, pero quiero traer a colación algo importantísimo que dice la Corte IDH y esto es respecto de la duda razonable, y esto en el caso Benavides vs Perú, en el año 2000, dice que para sentenciar un fallo de condena a una persona, es necesario que se establezca que hay prueba plena más allá de la duda razonable, para ello hay que definir qué es prueba plena o prueba más allá de la duda razonable; si vemos el artículo 76.2 que es el principio de inocencia y en el 5.3 del COIP vamos a ver los estándares de la duda razonable y los jueces no establecen que significa prueba más allá de la duda razonable, y en el punto donde deciden sobre la valoración que hacen respecto al estado de inocencia, en el 5.2.2, en ningún momento, nos dicen qué significa prueba más allá de la duda razonable, y por qué se ha superado esta suficiencia, esto es reconocido por el mundo anglosajón, y es como lo dice la propia CCE sobre la teoría del delito, lo que constituyen estos dos elementos para que exista suficiencia probatoria. Tenemos que destacar que el fallo de segunda instancia ha dejado abierta la suspensión condicional de la pena, decisión tomada por el juez de primera instancia, ha dejado como expresado como 18 meses el tiempo de la reparación, y en el supuesto que vuestra autoridad decida que exista suficiencia normativa respecto de fallo casado, porque nuestra petición es que se declare la nulidad constitucional por falta de motivación, pero en el supuesto que vuestra autoridad considere que se reúne la motivación, debemos hacer una argumentación adicional, 18 meses como tiempo de reparación es totalmente insuficiente para una persona que apenas gana el sueldo básico, es por eso que, debemos traer a colación la vulneración nuevamente de las normas del ordenamiento jurídico infraconstitucional, y en este punto, debo referirme al artículo 77 del COIP y también debo referirme a una sentencia de CNJ, donde se establece claramente que tiene que haber proporcionalidad para que se pueda fijar esa reparación, entonces, como hablamos de esa proporcionalidad, y esto también, en razón de que la proporcionalidad exige el justiciable pueda reparar a las presuntas víctimas. En ese sentido, pedimos a su autoridad que se aumente al plazo de 5 años esta reparación, esto es el punto 7 del fallo de primer nivel, respecto a la suspensión condicional de la pena ha sido acogido y modificado parcialmente por la corte provincial aumentado al plazo de 18 meses, es todo lo que tiene que decir está defensa técnica respecto a esta parte de la intervención."

3.2. Contradicción:

3.2.1. Fiscalía General del Estado (FGE):

La doctora Zulema Pachacama Nieto, en representación de la FGE, señaló que:

"El recurso de casación que ha sido interpuesto por Darío Patricio Caiza, por medio de su defensa técnica, exclusivamente ha señalado que la sentencia recurrida viola el artículo 76.7.l y 5 del COIP por contravención expresa de aquellas, esto se refiere a la motivación de las sentencias. Es pertinente

recordar que, el recurso de casación por tratarse de ser extraordinario, y limitado, se basa a que los jueces del tribunal de casación verifiquen la correcta aplicación de las normas jurídicas y constitucionales a la sentencia que se está recurriendo. En este contexto, también es pertinente que la defensa técnica del procesado recurrente, observe ciertos parámetros para que un recurso de casación prospere, como es señalar la sentencia, indicar en qué parte se encuentra el error jurídico acusado y las normas jurídicas que se creyeren que tienen yerro jurídico, así como los principios fundamentales, que es el de trascendencia, debida fundamentación y debida demostración de los errores jurídicos acusados. En este contexto, ha dicho que la sentencia vulnera el debido proceso por suficiencia fáctica y normativa, que no existe ninguna de ella porque no se hace el análisis de la teoría del delito, ni el estándar de la duda razonable, si estamos hablando de una sentencia de apelación, encontramos claramente por el principio de inescindibilidad que rigen los recursos casacionales que, la teoría dogmática prácticamente se encuentra en la sentencia de primer nivel, y en la sentencia de apelación que corresponde a los jueces del tribunal de alzada únicamente contestar los argumentos planteados en apelación, esto es pues, que la defensa técnica del hoy procesado recurrente ha indicado los mismos argumentos planteados en apelación, los plantea en casación, y se determina el texto de la sentencia, exclusivamente, donde dice sustanciación del recurso de apelación, a partir de aquel, desde el considerando sexto empieza a contestar todos los argumentos planteados por parte de la defensa técnica del procesado recurrente, y exclusivamente, en el considerando 5.2.2 titulado análisis de los puntos controvertidos y contestación de la prueba actuada, es donde contesta el tribunal de apelaciones a estos argumentos ya indicados, inclusive se procede a negar la pretensión de que se amplíe el plazo de la reparación integral a 5 años, pues la pena no es de 5 años, por lo tanto, inclusive explican el tiempo de la suspensión condicional de la pena, pues en aquella es donde debe cumplir con una reparación integral. También ha señalado el tribunal que, en virtud del principio de proporcionalidad, se ha impuesto inclusive el pago como reparación integral por el occiso de USD $.19.200, lo cual, pues, prácticamente a criterio de quién habla, es un valor menos proporcional cuando debía haber sido algo más, pues existió una muerte por el accidente de tránsito causado por el procesado, pues de los elementos fácticos y probatorios que se encuentran correctamente detallados en la sentencia recurrida, inobjetablemente que el responsable del accidente en la que se priva la vida a una de las personas, o en este caso a Jesús Amable Cartagena pues es Darío Patricio Caiza Necpas, habiendo de esa forma adecuado la conducta al 377 del COIP, y no es verdad que únicamente se basa la sentencia, o la decisión la toman en base al testimonio del perito Galo Quinga, pues se realizan prácticamente todas las diligencias correspondientes en la investigación para determinar la causa basal de este accidente de tránsito, en el cual se quitó la vida al ciudadano antes indicado. Dice también que no hay suficiencia normativa, encontramos claramente que la conducta corresponde al artículo 377, y dice más adelante que no hay prueba plena más allá de toda duda razonable y que no se ha hecho un análisis de la duda razonable por la que se ha superado está insuficiencia, es más allá de haberlo realizado las pruebas, y los elementos probatorios que se encuentran detallados, que superan la duda razonable y como señalé anteriormente, estamos en un recurso de casación, y por ende, únicamente en el de apelación se dio contestación a los argumentos inconformes de la defensa. Por otra parte, el fallo de segunda instancia también encontramos que la pena inclusive ha sido suspendida por parte de los jueces de instancia. En ese contexto, no existe inclusive violación al artículo 77 del COIP que se refiere a la reparación integral o al tiempo de la reparación integral, pues han sido claros los jueces en explicar el por qué no se puede atender el pedido de la defensa técnica que sea a 5 años el plazo para la reparación integral por la víctima, y por el vehículo por el cual fue objeto del choque al occiso. De esta forma, la sentencia que se está recurriendo cumple con los requisitos

establecidos en el artículo 76.7.l de la CRE, esto es que, los jueces de instancia justifican la razón de la decisión, esto es, imponiendo la pena correspondiente y adecuando la conducta del procesado al artículo 177, y de igual manera, cumplen con lo establecido en la sentencia de la CCE, 1158, de 20 de octubre del 2021, por cuanto la misma tiene una suficiente motivación y no carece de ninguna de las causales en las cuales se vería avocada dicha sentencia. En este contexto, la defensa técnica del procesado recurrente no ha logrado justificar error jurídico en la sentencia que se está recurriendo, ni ha logrado cumplir con los parámetros mínimos de la casación, esto es el de trascendencia, es decir, no ha indicado al tribunal de casación, cómo es que estos supuestos errores jurídicos acusados infieren o está afectando los derechos del sentenciado. En este contexto, es criterio de la FGE que se declare improcedente el recurso de casación presentado por el procesado Darío Patricio Caiza."

3.2.2.Víctima:

El doctor Jorge Ricardo Sánchez (vía telemática), en representación de la víctima Cristóbal Andrés Vásquez Cifuentes, indicó que:

"FGE ha sido clara en detallar que no existe ningún tipo de violación a la norma constitucional invocada por la defensa del recurrente, y esta defensa solicita que se ratifique la sentencia subida en grado, y se niegue la casación."

3.2.3. Acusación particular:

El doctor Luis Alberto Borja (vía telemática), en representación de la acusadora particular Germania Aracely Enríquez Valencia, expresó que:

"Solicito que se valore el mal uso que se hace del contexto legal para presentar una casación sin pies ni cabeza, FGE ha sido clara y objetiva en enunciar la improcedencia del recurso de casación, existe una muerte de responsabilidad del procesado, y la defensa técnica del procesado ha hecho un mal uso de la justicia, con el fin de evadir la responsabilidad."

3.3. Réplica:

La defensa técnica del encartado casacionista, señaló que:

"Discrepo con el criterio jurídico de FGE, con esa razón misma de la exigencia de la suficiencia normativa, la CCE, en la sentencia referida, ha expresado esos dos elementos, es por eso que, nos ratificamos en la pretensión. También nos ratificamos respecto al artículo 77, pues la proporcionalidad se refiere al tiempo en el cual se debe hacer la reparación, y pedimos que se amplíe el tiempo para que se haga efectiva la reparación. Insistimos en que los jueces de segunda instancia habrían tomado los elementos de la teoría del delito de los jueces de primera instancia, hubieran hecho suya esa decisión, y para eso está el fallo de 1898-12EP, de la CCE en donde se dice que se debe argumentar mínimamente los criterios de suficiencia e insistir en el argumento, en la motivación del juez de primera instancia, sin eso no hay suficiencia, entonces al motivar debe observarse esos estándares."

3.4. Derecho de última palabra:

El procesado Darío Caiza Necpas señaló que está de acuerdo con la intervención realizada por su abogado defensor.

4. REFLEXIONES DEL TRIBUNAL DE CIERRE:

4.1. Sobre el recurso de casación:

La casación constituye un medio impugnatorio extraordinario que se constriñe a la existencia de un error *in iudicando* devenido de una de las causales especificadas en el artículo 656 del COIP; tales yerros emanan de la forma en la que el tribunal de alzada aplica el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto, de tal suerte que los errores pueden suscitarse en dos escenarios de esa actividad.

El primer escenario constituye la subsunción, que tiene relación con la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración probatoria que ha efectuado el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación, a partir de lo cual, son dos los yerros que pueden acaecerse de la subsunción: la falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico (contravención expresa del texto de la ley); y, la indebida aplicación de una norma de derecho, cuyo supuesto de aplicación no se ha generado en el caso sometido al juzgamiento del tribunal de instancia.

El segundo escenario del error *in iudicando*, tiene vínculo directo con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En este tablado, solo puede presentarse la errónea interpretación, cuyo contenido demanda de parte

del proponente, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, en la medida en que la objeción que se hace sobre la sentencia se dirige solo al sentido y alcance que el tribunal de apelación les ha dado a las consecuencias jurídicas que se derivan de las normas utilizadas para resolver.

En esta inteligencia, el recurso de casación irrumpe como una herramienta de protección de los sujetos procesales, que tiene como objetivos ulteriores alcanzar la justicia, recuperar las tan anheladas paz social y seguridad jurídica, por medio del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m de la CRE, en relación con los artículos 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así las cosas, a través de este medio impugnatorio corresponde el examen del fallo, materia de casación, con el fin de establecer posibles conculcaciones a la ley, ya por contravención, indebida aplicación o errónea interpretación, de acuerdo a lo prescrito por el invocado artículo 656 del COIP.

Por lo demás, cabe puntualizar que la casación tiene una función nomofiláctica, para asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad, tanto a nivel sustantivo, como adjetivo, y así evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales, así lo comenta la profesora Teresa Armenta,[1] correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia.[2]

4.2. Sobre el caso en concreto:

El procesado impugnante Darío Patricio Caiza Necpas, a través de su defensa técnica, al fundamentar el recurso, planteó dos hipótesis casacionales, a saber:

1. Contravención expresa de los artículos 76.7.l[1] de la CRE y 5.18[2] del COIP, bajo el argumento relativo a que la sentencia *del ad quem* adolecería de deficiencia motivacional, por insuficiencia fáctica y normativa; y,
2. Vulneración del artículo 77[3] del COIP, toda vez que, el cumplimiento de la reparación integral en su vertiente indemnizatoria debe supeditarse al principio de proporcionalidad, y en este sentido, el tiempo que determinó el juzgador de alzada dieciocho meses para consumar aquel ítem, deviene en insuficiente para el procesado que "gana el sueldo básico".

Así fijadas las demarcaciones que impuso el objetante, en primer término, se cavilará sobre la supuesta inmotivación, pues de tener asidero jurídico de aquella tesis, esta Corporación estaría en la obligación de declarar la nulidad constitucional del fallo de apelación, lo cual, tornaría inocuo abordar la segunda pretensión.

Bajo el esquema trazado, se tiene que, la CCE, cuando aborda la garantía de la motivación, en fallo de 20 de octubre de 2021[3], ha dicho lo siguiente:

G. Pautas para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación

(...)

G.b. Criterio rector

57. Para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, se debe atender al siguiente criterio rector, establecido por la jurisprudencia de esta Corte: una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa. Este criterio deriva directamente del artículo 76.7.l de la Constitución, pues este prescribe que "[n]o habrá motivación si en la resolución no

---

[1] **CRE: "Art. 76.** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."

[2] **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: (...) 18. Motivación: la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso."

[3] **COIP: "Art. 77.** Reparación integral de los daños. La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado. La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido. (...)"

se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho". Como ya ha señalado esta Corte, la citada disposición constitucional establece los "elementos argumentativos mínimos" que componen la "estructura mínima" de una argumentación jurídica.

58. En esta línea, la jurisprudencia de esta Corte ha reiterado que la exigencia de la mencionada estructura mínimamente completa 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" (énfasis añadido).

59. La Corte también ha descrito la estructura mínima de una argumentación añadiendo un tercer elemento a los dos indicados en la cita reciente: "[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" (énfasis añadido).

60. Como la misma Corte ha señalado, "[a]mbos precedentes [los citados en los dos párrafos anteriores a este] son compatibles entre sí porque la 'enunciación de los hechos del caso' es parte de la 'explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas al caso'". Y, en esta misma línea, la Corte ha sostenido que, con arreglo al artículo 76.7.l de la Constitución, una argumentación jurídica cuenta con una estructura mínimamente completa cuando "está compuesta por suficientes fundamentos fácticos (sobre los antecedentes de hecho y su prueba) y jurídicos (enuncia normas y principios jurídicos y explica la aplicación de estos a los antecedentes de hecho)" (énfasis añadido).

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"] 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.

(...)

64. Ahora bien, el juicio sobre la suficiencia de la fundamentación normativa y de la fundamentación fáctica va a depender del estándar de suficiencia que sea razonable aplicar en el tipo de causa de que se trate y de la aplicación que razonablemente deba hacerse de dicho estándar en el caso concreto.

64.1. El estándar de suficiencia es 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. En palabras de la Corte IDH, la exigencia de motivación "dependerá de la naturaleza de los procesos y materias sobre las cuales se pronuncian". (...) Finalmente, la Corte ha señalado que "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.), […] 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". (...)

De la misma manera, en el terreno de la jurisprudencia convencional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), acerca de la motivación, ha señalado lo que sigue:

> (...) la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomadas en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Así mismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso.[4]

Mientras tanto, en el ámbito doctrinario, los tratadistas Miguel LÓPEZ RUIZ y Miguel LÓPEZ OLVERA, cuando hablan en relación a tal garantía, subrayan que:

> Las resoluciones son operaciones mentales o juicios lógicos a través de los cuales se deciden las cuestiones planteadas en un proceso. A través de ellas se compara una pretensión con la norma jurídica aplicable y se emite un juicio sobre la conformidad o no con él.[5]

A partir de las citas de orden jurisprudencial y doctrinal que anteceden, entre otras cosas, se infiere que el criterio rector de la motivación debe estar regido por una argumentación jurídica suficiente, que esté dotada de una estructura "mínimamente completa", lo cual, tiene como basamento lo previsto por el artículo 76.7.l de la CRE, de ahí que tal estructura conlleva la obligación para el juzgador de enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamenta y la de explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

Con otras palabras, la motivación de una resolución judicial, al ser una garantía constitucional que destierra la arbitrariedad y la discrecionalidad del juzgador, debe garantizar un ejercicio intelectivo racional, que debe estar presente en todas las partes que contienen las decisiones jurisdiccionales, toda vez que, en la motivación se hace efectivo el cumplimiento de la obligación de los órganos jurisdiccionales de garantizar el derecho a la defensa, que asegura a los justiciables conocer las causas y razones por las que el juzgador aceptó o denegó las posturas jurídicas planteadas por los sujetos procesales.

En suma, en materia penal, sobre todo, el Juzgador debe explicar pormenorizadamente por qué se dictó sentencia condenatoria o se ratificó el estado de inocencia de los procesados, es por ello que, la motivación no es una mera formalidad, sino una garantía, pues la actividad de administrar justicia se encuentra bajo el imperativo primordial de despliegue y solución de un conflicto, atendiendo a las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales.

En la especie, el estudio pormenorizado de la sentencia recurrida, devela que esta no contiene ninguna deficiencia de tipología motivacional, tampoco la de insuficiencia fáctica y normativa como propuso la defensa del recurrente, sin sustento jurídico alguno, por el contrario, cumple con el estándar de suficiencia, entendido como 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", como discurre la CCE en el párrafo 64.1 de la citada sentencia No. 1158-17EP.

En efecto, el fallo de segunda instancia guarda una fundamentación normativa suficiente, pues este contiene una enunciación y justificación suficiente de las normas y principios en que se funda la decisión de aceptar parcialmente el recurso de apelación, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso, toda vez que, aborda de manera integral los problemas jurídicos surgidos en sede de alzada, y que se constriñeron a tres: supuesto yerro *in procedendo*, por falta de defensa técnica del procesado, cuestionamiento a

la valoración probatoria efectuada por el *a quo*, y disconformidad con la reparación integral, en su arista indemnizatoria.

Ahora bien, a fin de corroborar con lo expuesto en los párrafos inmediatos anteriores, consta a partir del numeral 5.2. del acápite "V. SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN" del fallo, materia de casación, lo que a continuación se transcribe:

> 5.2. Consideraciones y fundamentos del Tribunal de Sala. 5.2.1. Del recurso de apelación. El derecho a recurrir está previsto en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley, sin embargo, no todos los recursos son iguales ni pretenden corregir la misma clase de errores, es por ello que le corresponde al legislador determinar el alcance de cada uno de ellos, conforme se ha pronunciado la Corte Constitucional, al señalar que "el legislador goza de libertad de configuración en lo referente al establecimiento de los recursos y medios de defensa que puedan intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades. Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado recurso reposición, apelación u otro tiene o no cabida respecto de cierta decisión, y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos positivos o negativos que deben darse para su ejercicio. De conformidad con lo previsto en los artículos 653.4 del COIP y 208.1 del COFJ, corresponde a las cortes provinciales conocer los recursos de apelación de las sentencias dictadas por jueces y tribunales de primera instancia, lo que significa que un tribunal de alzada revisada la mima, analice los puntos controvertidos y se pronuncie respecto a ellos. Cabanellas lo define del modo siguiente: "Exposición de queja o agravio contra una resolución o medida, a fin de conseguir su revocación o cambio // Por antonomasia en lo jurídico, y específicamente en lo judicial, recurso que una parte, cuando se considera agraviada o perjudicada por la resolución de un juez o tribunal, eleva a una autoridad orgánica superior; para que, por el nuevo conocimiento de la cuestión debatida, revoque, modifique o anule la resolución apelada"[2]. Se trata entonces de un medio de impugnación, basado en la garantía procesal de la "doble instancia", protegido por la Constitución de la República y los convenios internacionales de derechos humanos, que permite a los litigantes inconformes con la sentencia dictada, recurrir ante un tribunal superior a fin de que examine la misma o analice los puntos en desacuerdo, con el objeto de que modifique o revoque determinada resolución, según sea el caso. Luigi Ferrajoli se refiere a él como "el reexamen, a pedido de parte, del primer juicio, lo que constituye una garantía esencial del ciudadano y en particular, en el juicio penal, del imputado. Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta de doble examen, los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan sólo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio"[3]; 5.2.2. Análisis de los puntos controvertidos y contrastación con la prueba actuada. De los argumentos expuestos por el recurrente, se destacan de manera clara y precisa tres aspectos a dilucidarse: 5.2.2.1. Ha mencionado que se violó el debido proceso en la garantía del derecho a la defensa por cuanto Fiscalía no actuó con objetividad ni la defensa técnica solicitó pericias importantes, como, por ejemplo la de velocidad del automotor conducido por el señor Cristóbal Andrés Vázquez, lo que hubiese permitido un proceso justo, estableciendo quién faltó al deber objetivo de cuidado. Este argumento, como bien responde Fiscalía, no deja de ser ambiguo y evidentemente subjetivo, ya que se trata de una apreciación muy personal del nuevo defensor, respecto a qué pruebas debían practicarse y no se lo ha hecho, omitiendo referirse a las pericias existentes, todas ellas concluyentes para determinar la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado, conforme más

adelante nos referiremos. En ese contexto, al tenor de lo previsto en el artículo 652, numeral 10 del COIP, son causas que vician el procedimiento y consiguientemente provocan nulidad procesal, las siguientes: a) La falta de competencia del juzgador, que no es el caso; b)
Cuando la sentencia no reúna los requisitos establecidos el COIP, lo cual tampoco se evidencia, ya que de su revisión se cumplen con los requisitos señalados en el artículo 622 ibídem; y, c) Cuando exista violación del trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa. De lo expuesto por la defensa, ésta sería, desde su óptica, la razón para una declaratoria de nulidad, señalando que no es suficiente tener un defensor técnico como el que le antecedió, sino que la defensa deber ser efectiva, precisando que no se ha solicitado una pericia de velocidad, que a su decir, sería importante para el caso, por lo que también cuestiona la actuación fiscal, señalando que no actuó con objetividad. Al respecto, desde el inicio del proceso se le ha garantizado a la persona procesada el derecho a la defensa, contando con un defensor técnico que le asistió hasta ser reemplazado en la defensa; y, de parte de Fiscal ía, se han dispuesto las diligencias propias de esta clase de infracciones, atendiendo además lo peticionado por las partes, por lo que mal se puede, bajo una evidente subjetividad del defensor, pretender invocar pruebas no practicadas para peticionar una nulidad procesal. El artículo 169 de la CRE, señala: "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"; y, el maestro Jorge Zavala Baquerizo, al respecto sostiene que "solo se sancionará con nulidad el desprecio a ciertas solemnidades esenciales cuando incidan de manera irreversible e insubsanable en la relación procesal"[4]. Consiguientemente, no cualquier vicio procedimental puede conllevar una nulidad, se requiere que violente el trámite incidiendo en el derecho a la defensa, y en el caso en estudio no aparece violación alguna en ese sentido. Consiguientemente, se niega lo peticionado; 5.2.2.2. A fuerza de lo anterior se ha cuestionado la valoración probatoria, ya que si bien se ha dicho que de parte de la defensa del procesado solo se ha presentado su testimonio, en el juicio también existe el testimonio del señor José Miguel Albaco Ulcuango, quien dice que la camioneta fue impactada por el vehículo marca Hyundai, conducido por el señor Cristóbal Andrés Vázquez Cifuentes, quien iba a exceso de velocidad. El testimonio en referencia corresponde a otro de los ocupantes de la camioneta marca Mazda, conducida por el procesado Darío Caiza, con quien habían estado jugando vóley desde las diez de la noche, por lo que a eso de las 02h000 a 03h00 se dirigían a comer hamburguesas, produciéndose el accidente en la calle Venezuela y avenida Natalia Jarrín; que al salir de la Venezuela ganaron el derecho de vía y el vehículo Tucson los impactó. Esto es lo que dice el señor José Miguel Albaco, correspondiendo más bien al procesado Darío Caiza la afirmación de que cuando ganó el derecho de vía "nos impactó el TUCSON con demasiada velocidad". Si bien se ha pretendido crear dudas respecto a la autoría, bajo el argumento de que el automotor Tucson iba a exceso de velocidad, es necesario señalar que en esta clase de infracciones reviste vital importancia el informe técnico pericial que determina la causa basal. En ese sentido, el perito Fabián Marcelo Jurado Quingla, quien elaboró en primer momento la noticia técnica, señala que el accidente de tránsito ocurrió en las calles Natalia Jarrín y Venezuela, consistente en un choque lateral, sacado de circulación y estrellamiento, del que resultó una persona fallecida y otras tres heridas; que el participante (1) es el señor Caiza Necpas Darío Patricio, con aliento a licor, conduciendo la camioneta marca Mazda, de placas PCC7226; y, el participante (2) es el señor Cristóbal Andrés Vásquez Cifuentes, en estado normal, conductor del vehículo marca Hyundai, de placas IBD3839; que la causalidad del accidente de tránsito es que el participante (1) no cede el derecho de vía, al salir de una secundaria a otra principal, impactando y

estrellándose los dos vehículos. Posterior se practica la inspección ocular técnica, ratificándose la causa basal, al señalar que se han recopilado todos los datos que el suceso puede dejar, entre éstos los rastros o huellas del accidente, el movimiento de los vehículos, el cotejamientos de los daños materiales de los automotores partícipes en el suceso y la verificación de las zonas y puntos de impacto, llegando de este modo a determinar la causa basal, en este caso que el participante 1 no cedió el derecho de vía al que estaba obligado. De este modo, si bien no se han determinado las velocidades a la que circulaban ambos automotores, no es menos cierto que la causa basal determinada por el perito es determinante y concluyente para establecer la autoría del señor Darío Patricio Caiza Necpas, quien salió desde una vía secundaria, obstruyendo la circulación del vehículo marca Hyundai, que lo hacía por una de carácter principal, con lo que ha faltado al deber objetivo de cuidado, produciéndose la muerte del ciudadano Jesús Amable Morales Cartagena y dejando a otras tres heridas; 5.2.2.3. Respecto al valor de la reparación integral al señor Cristóbal Andrés Vásquez Cifuentes, propietario del vehículo marca Hyundai, de placas IBD3839, se alega que se ha dispuesto el pago de $ 25.000,00 USD, siendo mayor a la reparación por la muerte del señor Jesús Amable Morales. Al respecto, el cuestionado valor de $ 25.000,00 USD responde a un peritaje técnico mecánico, practicado por el señor Fabián Marcelo Jurado Quingla, quien determinó que este vehículo presenta daños en la parte frontal, lateral derecho; parte posterior, lateral izquierdo; y, en el techo. En cuanto a la zona interior, presenta daños en el chasis, en el motor, en el sistema de transmisión, en el sistema de tracción, en el sistema de suspensión, en el sistema de dirección, en el sistema de alumbrado, en el sistema de refrigeración y en los accesorios, por lo que ha estimado la cantidad ya señalada, la misma que no ha sido controvertida en el momento procesal oportuno. Consiguientemente, no ha lugar esta alegación; y, 5.2.2.4. Por último, respecto al plazo para cubrir los valores de la reparación integral, fijados en cuatro meses para el pago de $ 19.200,00 USD a la víctima Germania Aracely Enríquez Valencia; y, ocho meses para el pago de $ 25.000,00 USD al señor Cristóbal Andrés Vásquez Cifuentes, respecto a lo cual se ha dicho que son demasiados cortos en atención al monto y la mínima capacidad de pago de la persona procesada, este Tribunal Adquem, considera que dichos valores, conforme está dispuesto en la sentencia, no corresponden única y exclusivamente a la persona sentenciada, siendo también responsabilidad solidaria del propietario del vehículo causante del accidente, de propiedad del señor Ulfer Ceferino Rodríguez Rocillo. En cuanto al plazo mismo, este Tribunal de Alzada considera que el previsto por el Juez Aquo resulta demasiado corto para cumplir con el propósito de la reparación integral, debiéndose conceder un plazo prudencial que permita resarcir los daños causados, sin afectar los derechos de las víctimas con tiempos demasiados excesivos, como pretende la defensa, al solicitar cumplir el pago fuera del tiempo que dura la suspensión condicional de la pena. En ese sentido se acepta parcialmente el recurso y se amplían los plazos conforme más adelante se detalla. (sic) -Las negrillas pertenecen al Tribunal de cierre.

Como se aprecia del extenso memorial precedente, el *ad quem* en el afán de contestar todos los puntos relevantes acaecidos en sede de segundo nivel, no prescinde del elemento subjetivo culpa, concebido como la persona que infringe el deber objetivo de cuidado –como adujo desacertadamente la defensa del casacionista, en este sentido, valora el acervo probatorio actuado en sede de juicio, con base al estándar de la convicción, desvirtuando que no haya existido falta del deber objetivo de cuidado en la conducta del encartado Darío Caiza Necpas, sin que el hecho relativo a no detallar todos los elementos constitutivos de las categorías dogmáticas del delito, implique *per se* insuficiencia normativa, como sugirió la defensa del impugnante, y por tanto, se rechaza la finalidad encaminada a la declaratoria de nulidad de todo lo actuado, hasta la audiencia de fundamentación del recurso de apelación, por supuesta inmotivación de la sentencia de segundo nivel.

Continuando con el análisis correspondiente, se tiene que la segunda censura traída a colación por el recurrente, tiene relación directa con la figura de

la reparación integral en su parámetro indemnizatorio, lo cual, torna viable el imperio de la justicia restaurativa que, finalmente constituye uno de los nuevos paradigmas que impuso la CRE (artículo 78), y que se sistematizó en nuestro ordenamiento jurídico penal, con la entrada en vigencia del COIP (artículos 77, 78 y 662.6).

Para mayor ilustración el profesor Ramiro García Falconí, cuando subraya líneas acerca de la reparación integral, en su matiz indemnizatorio, señala lo que sigue:

> La necesidad de mejorar las condiciones de la víctima llevó a desarrollar la teoría de la reparación del daño en materia penal mediante la compensación autorvíctima. En este último tema se vienen desarrollando varias corrientes que van desde la simple compensación hasta verla como una opción abolicionista de la pena. El COIP estable a la reparación integral como «solución que objetiva y simbólicamente restituya en la medida de lo posible al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas», asumiendo de esta manera los parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
>
> La jurisprudencia de la Corte IDH, ha señalado que las reparaciones, consisten en el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados.
>
> (...)
>
> Por otra parte, la Corte IDH en lo concerniente a la reparación la ha definido como una consecuencia jurídica de la violación al derecho humano determinando que esta primera sea consecuencia de la naturaleza y características de la segunda; las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Lo ideal sería que no hubiese violación o de haberla se pudiera restituir íntegramente el derecho conculcado; sin embargo, no siempre se puede restituir las cosas al estado original, por ello, dentro del sistema interamericano, se ha aceptado que al *restitutio*, se añada la eficacia resarcitoria por la vía de la reparación de las consecuencias de la infracción y el pago de indemnizaciones. La reparación se dirige a los efectos inmediatos de la violación cometida, solo en la medida en que se hallen jurídicamente tutelados.
>
> El segundo elemento que conforma la reparación tiene que ver con las medidas precautorias destinada a evitar daños en las personas, las mismas que principalmente son contenidas en las medidas provisionales y que pueden darse independientemente que haya proceso o no. Garantizar el derecho o la libertad conculcada, significa que fueron restringidos o desconocidos a su titular y el tribunal dispone que se restituya, reparando el agravio jurídico.
>
> La teoría general sobre reparaciones reconoce como un elemento importante la indemnización, vista como forma de reparar las consecuencias que produjeron las infracciones y compensación por los daños ocasionados en el caso. Este concepto tiene como fundamento la justa indemnización a la parte lesionada, mas no una sanción, de esta manera la Corte IDH desconoce el concepto *punitive demages,* tan utilizado en los sistemas de *common law.*
>
> La indemnización es consecuencia de la imposibilidad de restituir el derecho lesionado, ligándose de manera directa al Daño, sea este material o inmaterial.
>
> En lo concerniente al daño material este se encuentra constituido por dos aspectos: daño emergente y lucro cesante, el primero que se refiere a las consecuencias patrimoniales que derivan de la violación, en forma directa: un detrimento y/o una erogación más o menos inmediatos y en todo caso cuantificables, mientras que la segunda se refiere a lo que se dejó de percibir por la pérdida de ingresos y la reducción de patrimonial familiar, la expectativa cierta que se desvanece, como consecuencia, asimismo directa, de la violación cometida.[6]

La cita doctrinaria expuesta en párrafos anteriores, permite discernir sobre al menos dos aspectos de suma importancia, en materia de reparación integral, en su vertiente indemnizatoria, a saber:

a. Respeto a la figura de la reparación integral, el COIP asume la línea de la Corte (IDH), sobre todo, porque la deja entrever como

una solución de restitución y satisfacción a favor de la víctima; y,

b. El monto indemnizatorio depende del daño ocasionado en los planos tanto material (daño emergente y lucro cesante), como inmaterial (lo que se dejó de percibir por la pérdida de ingresos y la reducción de patrimonial familiar), a fin de que se determine una "justa indemnización a la parte lesionada".

En el *sub iudice*, el juzgador de segunda instancia –a pesar de que amplía los plazos para el pago a favor de las dos víctimas, no considera que la indemnización a la parte lesionada, debe regirse con base al principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 76.6 de la CRE, en relación con el daño causado, pero también con la situación laboral del procesado, de tal suerte que aquella, no precarice el entorno económico de este último, en los términos que demanda en varios de sus fallos la Corte IDH[4], y por ende, evitar que se torne inejecutable la cancelación de los montos indemnizatorios ordenados en las resoluciones judiciales.

Así las cosas, acudiendo al principio de inescindibilidad, que constituye un principio básico que rige al recurso de casación, se advierte que de los hechos que se dan por probados en las sentencias de instancias, el encartado Darío Caiza Necpas percibe mensualmente una remuneración básica unificada del trabajador en general (USD. $ 400), en su calidad de ayudante de mecánica, por tanto, el tiempo para que se viabilicen y puedan ser ejecutados los pagos indemnizatorios deben extenderse, hasta inclusive tener sindéresis con el tiempo de la pena privativa de libertad tres años que impuso el juzgador de instancia al procesado.

Por consiguiente, se aumentan los plazos para la cancelación de los montos indemnizatorios, a los siguientes: veinte y cuatro (24) meses, para el pago a la acusadora particular Germania Aracely Enríquez Valencia, y treinta y seis (36) meses, para el pago a la víctima Andrés Vásquez Cifuentes.

Bajo los parámetros expuestos, este máximo órgano de justicia ordinaria en materia penal concluye que la segunda tesis casacional intentada por el procesado impugnante tiene sostén jurídico, y por ende, el recurso debe ser aceptado parcialmente.

5. 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 parcialmente el recurso de casación interpuesto por el procesado Darío Patricio Caiza Necpas;
2. Casar la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2021, las 15:13, por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, únicamente en la *ratio decidendi* de la misma, en el ítem de los plazos para el cumplimiento de la reparación integral;
3. Imponer como tiempos de cancelación de los montos indemnizatorios dispuestos en el fallo expedido el 28 de septiembre de 2021, las 14:42, por el Juez de la Unidad Judicial de lo Penal del cantón Cayambe, provincia de Pichincha, los que a continuación se detallan: veinte y cuatro meses para el pago a la acusadora particular Germania Aracely Enríquez Valencia y treinta y seis meses para el pago a la víctima Andrés Vásquez Cifuentes; y,
4. En lo demás, se estará a lo dispuesto en la sentencia de segunda instancia.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen para los fines legales pertinentes.

f) Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Liz Barrera Espin, CONJUEZA NACIONAL; Dr. Pablo Loayza Ortega, CONJUEZ NACIONAL.

[4] Corte IDH: Caso González y otras (*"Campo Algodonero"*) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas.

XIII

Juicio Nro. *17283-2018-02208*
Resolución Nro. *28-2023*
Fecha: *7 de diciembre de 2022, las 10h43*

TEMA: La utilización de arma falsa como elemento de amenaza y o violencia en el delito de robo.

ASUNTO

Fiscalía formula cargos en contra del señor G. A. Q. C., como coautor del delito robo, tipificado en el artículo 189 del Código Orgánico Integral Penal, en virtud de que portaba un arma de fuego –comprobada con posterioridad que era de juguete- y que con insultos y amenazas de muerte pidió a las víctimas que le entregaran sus pertenencias, quienes, al negarse, fueron amenazadas con armas, y que, posteriormente, quien acompañaba al señor G. A. Q. C. procede a arrancharle la cartera a una de las víctimas y huir.

En el presente caso se discute si existe una indebida aplicación de los artículos 189 inciso 1, y 47 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, considerando la existencia de un arma falsa.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales del Distrito Metropolitano de Quito considera que se ha probado la existencia del delito de robo y se ha determinado la participación del señor G. A. Q. C en el hecho acusado. El tribunal tiene por establecida la existencia material de la infracción y que el procesado G. A. Q. C. es autor directo del delito de robo con agravante.

En este sentido, los jueces condenan al procesado en calidad de coautor del delito de robo, con una pena de 9 años y 4 meses de privación de libertad y, una vez cumplida, con la expulsión y prohibición de retorno a territorio ecuatoriano, por el lapso de diez años.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha destaca la existencia de un ejercicio de amenaza y de intimidación por parte de quienes participaron en este hecho delictivo, existiendo violencia física sobre la persona, no sólo fuerza sobre los bienes, como es el forcejeo para retirar del poder de la víctima la cartera, que en sí es un acto de violencia.

El tribunal estima, además, que el miedo producido por el arma, aunque sea falsa, es una amenaza que modifica el comportamiento de la víctima y, en relación a su grado de participación, que los dos ciudadanos intervinieron de manera directa, inmediata y personal, por mano propia, en la consumación de la infracción, por lo que no puede haber complicidad, porque no se demostraron hechos secundarios, anteriores o simultáneos a la consecución del delito de robo.

Por consiguiente, el tribunal de alzada tiene el convencimiento de que está probada la existencia del delito de robo y la responsabilidad del procesado, así como adecuadamente fijada la pena y la reparación integral, por lo que rechaza el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia subida en grado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17283-2018-02208

Jueza Ponente: Dra. Mercedes Caicedo Aldaz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, 7 de diciembre de 2022, las 10h43.
VISTOS: El presente proceso llega a conocimiento de esta alta Corte de Justicia en vista del recurso de casación planteado por el señor Ab. Santiago Francisco Cahuasqui Chicaiza en representación del señor QUIJADA CAGUO GEREMY ALEJANDRO, con fecha 25 de febrero del 2021[1], el mismo que fue convocado para discutir el recurso de casación mediante Auto de fecha 19 de agosto del 2022, las 15h14, dictado por la CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito Corrupción y Crimen Organizado[2]. Con este antecedente se escucha las alegaciones de las partes en audiencia de fecha 30 de agosto del 2022, a las 11h00[3], emitiéndose la resolución oral y una vez que se ha puesto a conocimiento de la Ponente la causa para la elaboración de la sentencia escrita, se considera en virtud del art. 76 numeral 7 literal l de la Constitución, lo siguiente:

PRIMERO.- ANTECEDENTES

1.1 Contenido de la sentencia impugnada vía casación.

El recurrente señor QUIJADA CAGUO GEREMY ALEJANDRO, con fecha 25 de febrero del 2021[4], interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 17 de febrero del 2021, las 19h17, suscrita por los señores Jueces Fabara Gallardo Fabian Plinio (Ponente); Lema Lema Wilson Enrique y Grijalva Chacón Elsa Paulina[5], quienes resuelven:

> *"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION, Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, rechaza el recurso de apelación interpuesto por el procesado GEREMY ALEJANDRO QUIJADA CAGUAO, y confirma la sentencia venida en grado en todas sus partes. Ejecutoriada esta sentencia, y dejando copias para el archivo de la Sala remítase de inmediato el proceso al Tribunal de origen, para los fines legales correspondientes."*

Confirmación que se refiere a la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de con sede en la parroquia Quitumbe, de fecha 3 de junio del 2020, a las 12h05[6], suscrita por los doctores Juan Tenesaca Atupaña (Ponente), Gómez Romero Esneider Ramiro y Palacios Ortiz Stalin Pavel, que resuelve:

> *"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara probada la existencia del delito y la culpabilidad del señor QUIJADA CAGUAO GEREMY ALEJANDRO, cuyas generales de ley constan en el considerando tercero de esta sentencia; del delito tipificado y sancionado en el Art. 189*

[1] Escrito de interposición del recurso de casación presentado por señor Ab. Santiago Francisco Cahuasqui Chicaiza en representación del señor Quijada Caguo Geremy Alejandro, con fecha 25 de febrero del 2021, a las 09h36, constante a fs. 46 a 50 del expediente de apelación.
[2] Auto de convocatoria a la audiencia de fecha 19 de agosto del 2022, las 15h14, constante a fs. 24 a 31, expediente de la CNJ.
[3] Acta de audiencia de fecha 30 de agosto del 2022, a las 11h00, constante a fs. 33 a 36.
[4] Escrito de interposición del recurso de casación presentado por Quijada Caguo Geremy Alejandro, con fecha 25 de febrero del 2021, constante a fs. 46 a 50 del expediente de apelación.
[5] Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 17 de febrero del 2021, las 19h17, constante a fs. 37 a 43 del expediente de apelación.
[6] Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Quitumbe, de fecha 3 de junio del 2020, a las 12h05, constante a fs. 58 a 74 del expediente de Tribunal.

inciso primero, con la circunstancia agravante del Art. 47 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor directo de conformidad al Art. 42 numeral 1 literal a) ibídem, por lo que se les impone:

1.- PENA DE 9 AÑOS 4 MESES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD, como resultado de la comisión de la infracción, pena que la cumplirán en el Centro de Rehabilitación Social respectivo, conforme lo dispuesto en el Art. 77, numeral 12 de la Constitución de la República, debiendo descontarse el tiempo que hayan estado privado de su libertad por esta causa.

2.- MULTA DE VEINTE SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL, acorde a lo dispuesto en el Art. 70.8 del COIP, misma que deberá ser cancelada de forma íntegra e inmediata, acorde a lo dispuesto en el Art. 69.1 del COIP, una vez ejecutoriada esta sentencia, a favor del Consejo de la Judicatura, para el efecto se ordena la prohibición de enajenar los bienes muebles e inmuebles del sentenciado por el valor establecido como multa, para lo cual ofíciese al señor Registrador de la Propiedad y Mercantil del Cantón Quito, asimismo ofíciese a la Superintendencia de Bancos a fin de que se disponga a las Instituciones del Sistema Financiero la retención de los valores de las cuentas de la persona sentenciada.

3.- Como reparación integral se le impone la cantidad de OCHOSCIENTOS DÓLARES DE NORTEAMERICA, la misma que debe sufragar el sentenciado a la víctima, para el efecto se ordena la prohibición de enajenar los bienes muebles e inmuebles de los sentenciados por el valor establecido como reparación, para lo cual ofíciese al señor Registrador de la Propiedad y Mercantil del Cantón Quito, asimismo ofíciese a la Superintendencia de Bancos a fin de que se disponga a las Instituciones del Sistema Financiero la retención de los valores de las cuentas de la persona sentenciada.

5.- De conformidad al Art. 61 del Código Orgánico Integral Penal, una vez que cumpla la pena impuesta se dispone la expulsión y prohibición de retorno a territorio ecuatoriano por el lapso de diez años a QUIJADA CAGUAO GEREMY ALEJANDRO."

De la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la Parroquia Quitumbe[7], evidencia como hecho:

"El señor Jhoffre Boanerges Coronel García con su esposa María Alicia Gualotuña, el día 21 de Noviembre del 2018, aproximadamente a las 18H30, realizaron una visita al cuñado señor Fernando Homero Amaya Maldonado, en el sector de Santa Anita, después de la visita se dirigen a su domicilio, se quedaron en la parada de la Gran Bretaña, ubicada en la Av. Maldonado a fin de poder ingresar a pie a su casa, era aproximadamente las 19H10, al encontrarse en las calles S46 y Quilla Ñan, lugar donde se encuentra un parque, entre los matorrales, salieron dos personas, entre las dos personas se encontraba el procesado señor Geremy Alejandro Quijada Caguao, quien portaba un arma de fuego y quien le acompañaba tenía un cuchillo en su mano, con insultos y amenazas de muerte, les pidieron que les entregaran las pertenencias, al negarse fueron amenazados con las armas y quien le acompañaba al señor Quijada procede arrancharle la cartera de la víctima la señora Gualotuña, proceden a huir, le siguen, el señor Cornejo se abalanza en contra del señor Quijada y logra que se caiga, el señor Quijada se levanta rápido trata de agredir con una patada al señor Cornejo y huye, metros más adelante un motociclista logra percatarse de lo sucedido, le cruza la motocicleta y logra reducirle al señor Quijada hasta que el señor Cornejo le ayude, posterior llaman a la Policía Nacional, la segunda persona que intervino en el hecho huyó con la cartera de la señora Gualotuña, en el lugar de los hechos se pudo encontrar un arma de fuego, misma que verificaron que fue un arma de juguete, misma que tenía el señor Quijada en ese momento. Con esos antecedentes Fiscalía justificará que los hechos se adecuan a lo tipificado en el inciso primero del artículo 189 COIP, el delito de robo con violencia física y amenaza, en calidad de coautor"

[7] Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Quitumbe, de fecha 3 de junio del 2020, a las 12h05, constante a fs. 58 a 74 del expediente de Tribunal.

Hechos que se han adecuado al tipo penal de ROBO, tipificado y sancionado en el Art. 189 inciso primero del COIP, con la circunstancia agravante del Art.47 numeral 5 del COIP, según lo referido en doble conforme, tanto por la sentencia del Tribunal de Garantías Penales con sede en la Parroquia Quitumbe[8], como de la sentencia dictada por la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

1.2. Actos procesales de sustanciación del recurso de casación.

- Escrito de interposición del recurso de casación, presentado por el señor QUIJADA CAGUAO GEREMY ALEJANDRO, de fecha 25 de febrero del 2021, las 09h36.[9]
- Auto de fecha 2 de marzo del 2021, las 18h36, dictado por la Sala de Apelación, por medio del cual concede el recurso de casación interpuesto por el señor Quijada Caguao Geremy Alejandro.[10]
- Acta de Sorteo por recursos de fecha jueves 18 de marzo del 2021, a las 15h48, realizado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante el cual, el Tribunal para conocer y resolver el recurso de casación se integró con los señores Jueces Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas (Ponente), Córdova Ochoa Felipe Esteban y Guillén Zambrano Byron Jueces Nacionales.[11]
- Considerando que el Dr. Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional, asume las funciones de Presidente de la Corte Nacional, se llama a que actúe en su lugar la Dra. Mercedes Johanna Caicedo Aldaz, Conjueza Nacional, en atención al oficio No. 094-SG-CNJ de fecha 07 de febrero de 2022.[12].
- Auto de fecha 19 de agosto del 2022, a las 15h14, donde se convoca a audiencia para fundamentación del recurso de casación planteado por el señor Quijada Caguo Geremy Alejandro. [13]
- Acta de la audiencia de fecha 30 de agosto del 2022, a las 11h00, audiencia para fundamentar el recurso de casación, instalada por los señores Magistrados Mercedes Caicedo Aldaz, Jueza Nacional E (ponente), Dr. Luis Adrián Rojas Calle quien actúa en reemplazo del Dr. Felipe Córdova Ochoa, en atención a la acta de sorteo de fecha 24 de agosto de 2022, a las 15h10, suscrita por el Dr. Ivan Patricio Saquicela Rodas, Presidente de la Corte Nacional de Justicia y Dr. Guillen Zambrano Byron, Juez Nacional.[14]

1.3. Cargos que se proceden a fundamentar en audiencia.

Mediante Auto de fecha 19 de agosto del 2022, a las 15h14, *se convoca a la audiencia de fundamentación del recurso de casación presentado por el señor Geremy Alejandro Quijada Caguao*[15], por los cargos determinados en su escrito presentado con fecha 25 de febrero del 2021, a las 09h36.

SEGUNDO.- COMPETENCIA Y VALIDEZ

2.1 Competencia.-

La Corte Nacional de Justicia, ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con el artículo 182, último inciso de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal 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, en materia penal de conformidad con el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los artículos 183

[8] Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Quitumbe, de fecha 3 de junio del 2020, a las 12h05, constante a fs. 58 a 74 del expediente de Tribunal.
[9] Escrito de interposición del recurso de casación presentado por Quijada Caguao Geremy Alejandro, con fecha 25 de febrero del 2021, constante a fs. 46 a 50 del expediente de apelación.
[10] Auto de fecha 2 de marzo del 2021, a las 18h36, dictado por la Sala de Apelación, constante a fs. 51 del expediente de apelación.
[11] Acta de Sorteo por recursos de fecha 18 de marzo del 2021, a las 15h48, constante a fs. 2 del expediente de Corte Nacional
[12] Oficio No. 094-SG-CNJ, de fecha 07 de febrero de 2022, a las 10h45, constante de fs. 22 del expediente de CN.
[13] Auto de fecha 19 de agosto del 2022, a las 15h14, constante a fs. 24 a 30 del expediente de CN.
[14] Acta de audiencia de fecha 30 de agosto del 2022, a las 11h00, constante a fs. 33 a 36.
[15] Auto de fecha 19 de agosto del 2022, a las 15h14, constante a fs. 24 a 30 del expediente de CN.

y 186 de la misma ley, y la Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 04-2021 de 14 de febrero de 2021.

El Tribunal para la resolución de la presente causa está conformado por los señores Magistrados Mercedes Caicedo Aldaz, Ponente, Dr. Byron Guillén Zambrano y Dr. Adrián Rojas Calle, quienes instalaron la audiencia en la que se fundamentó el recurso.[16]

2.2. Validez

En el trámite del recurso de casación, no se encuentran 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 Arts. 656 y 657 del COIP.

En virtud de la fecha de inicio de la presente causa, según la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos de fecha 22 de noviembre del 2018 (según la información extraída del sistema SATJE), corresponde aplicar las normas vigentes a tal tiempo, conforme lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicada en el registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, que, para el presente caso, corresponde al Código Orgánico Integral Penal.

TERCERO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

3.1. Cargos planteados por la defensa técnica del recurrente señor Geremy Alejandro Quijada Caguo, a través del defensor Público Dr. Germán Jordán.

En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, la defensa técnica del recurrente entre otras cosas sustentó que la sentencia que se impugna es la dictada por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la que rechazan la apelación a la sentencia del Tribunal, manifestando:

> *"Mi defendido es sentenciado a la pena de 9 años 4 meses y una reparación de 800 dólares como autor del art 189 inciso primero con agravantes. La sentencia que se ataca es la dictada por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de Corte Provincial de Justicia de Pichincha, alego:*
>
> *Indebida aplicación.- el error de pertinencia cuando se aplica un artículo que no debía, esto es del art. 189 inciso 1 y debió aplicar el 76 numeral 2 de la CRE, principio de inocencia. Error en la sentencia en el numeral 4 dice que se apropia cosa ajena con violencia, delito de resultado, es necesario desplazamiento de la cosa, violencia propia, o impropia. Y en el punto quinto, en la parte final dice que en materia penal la ajenidad no se demuestra la propiedad sino de quien se apodera es decir, ajenidad está en función de que el bien está fuera. El art. 527 habla de la flagrancia, se debe advertir 3 preceptos, que exista persecución y que la persona que se detiene esté con objetos del ilícito. No se ha obtenido objeto material no están los elementos objetivos del tipo. Habla de la ajenidad en función de que el bien está en el sujeto activo. Mi defendido es inocente, la carga de prueba corresponde a Fiscalía, la carga de la prueba es de fiscalía. No se ha encontrado ningún bien. El principio de trascendencia es que se sentencia al máximo de la pena cuando no se ha determinado el objeto del hecho, debiendo ratificarse la inocencia.*

Pretensión.- *Solicita case la sentencia y ratifique inocencia.*

> *Indebida aplicación del art. 47 numeral 5 COIP, LA PARTICIPACION DE DOS O MÁS PERSONAS, se debió aplicar el art. 44 del COIP, no constituyen circunstancias agravantes o atenuantes los elementos que integran la conducta, se le sentencia por 9 años 4 meses, se le pone el máximo, esto influye en la sentencia porque al hablar de dos o más personas hablamos de la participación de autor directo, indirecto o coautor, no hay otra persona, se le sentencia por 2 o más personas. Esto influye en el quantum de la pena, que pudo ser de 5 años.*

Pretensión. – *Solicita se case la sentencia y se le ponga una pena proporcional.* [17]

[16] Acta de audiencia de fecha 30 de agosto del 2022, a las 11h00, constante a fs. 33 a 36.
[17] Acta de audiencia de fecha 30 de agosto del 2022, a las 11h00, constante a fs. 33 a 36.

1.2. Contestación al fundamento por parte de la representante de la señora Fiscal General del Estado, esto es la Dra. Paulina Garcés.

En la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, la fiscalía sin ser recurrente, y al ser el titular de la acción penal, alegó entre otras cosas lo siguiente:

> *"Se nos habla de error de pertinencia sobre el art 189 inciso primero del COIP, el tribunal de apelación contesta los argumentos, señala los elementos del tipo penal de robo y en las consideraciones normativas señala cuales son los elementos del delito de robo y nos indica que la acción en este delito consiste en apropiarse de una cosa ajena. Se encuentra un arma de fuego (arma de juguete), pero al momento no podían determinar que no era de verdad, hay una persona herida, lo que señalan las víctimas y las personas que conocen del hecho. Este hecho se adecúa al art. 189, del COIP la víctima llevaba dinero, se dice que no se cumple con la flagrancia y que no se ha justificado lo sustraído, dice que no se ha demostrado la agravante de pandilla. Pero no es verdad, son dos los intervinientes y por eso se acepta la agravante a favor de QUIJADA, los temas probatorios no pueden ser tocados, no se ha demostrado la existencia del error de derecho, pido se deseche el recurso.*

Pretensión.- *deseche el recurso por improcedente."*[18]

CUARTO.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. Sobre el Recurso de casación.

Respecto del derecho a recurrir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, Sentencia de 30 de enero de 2014, párrafo 85, dice:

> "*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*".[19]

En el presente caso, se ha presentado recurso de casación, y por ello se debe dejar aclarado, lo siguiente:

4.1.1. ¿Cuándo procede el Recurso de Casación?

Procede el recurso de casación, cuando la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.[20]

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 que conociéndola no la aplica; **tiene lugar la aplicación indebida de la ley, cuando el juzgador en lugar de aplicar la norma que corresponde al caso, aplica otra que es impertinente, hay aquí una norma incorrecta que se ha aplicado y una correcta que se ha dejado de aplicar**; y, errónea interpretación que se da cuando el juzgador no acierta con el sentido genuino que tiene la norma, es decir, refleja un error de intelección.

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

[18] Acta de audiencia de fecha 30 de agosto del 2022, a las 11h00, constante a fs. 33 a 36.

[19] Corte Interamericana De Derechos Humanos, En El Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, Sentencia De 30 De Enero De 2014, párrafo 85

[20] **COIP. 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,

jurídicos atribuidos a la sentencia de segundo nivel que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la norma jurídica.

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"*[21], concordante con el criterio del profesor Gilberto Martínez Rave, quien agrega que el recurso extraordinario de casación *"es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideran violatorias de la ley. No origina una tercera instancia que no existe; en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias. Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a ésta y tiene validez jurídica."* [22]

Para analizar el recurso de casación, los Tribunales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus diferentes fallos, han definido parámetros:

> *"Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada"*[23].

Por ello, el recurrente debe realizar una correcta fundamentación del recurso interpuesto, para que el Tribunal de Casación cuente con los medios claros y suficientes para casar una sentencia con base a las argumentaciones del casacionista.

4.1.2. Al derecho a recurrir y al recurso de casación

La Constitución de la República, en el artículo 76.7.m), establece que: *"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos."*[24].

El derecho de recurrir de las decisiones judiciales, se encuentra garantizado en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice: *"Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".*

La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, en sentencia No. 095-14-SEP-CC, dictada el 04 de junio de 2014, dentro del caso No. 2230-11-EP, ha señalado que:

> *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."*[25]

---

[21] Rodríguez Ch. Orlando. Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, p. 67.
[22] Martínez Rave Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 457.
[23] Ecuador. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. Juicio No. 444-2014.
[24] Art. 76.7.m de la CRE.
[25] Sentencia No. 095-14-SEP-CC, de fecha 04 de junio de 2014, dentro del caso No. 2230-11-EP

Según lo determinado por la Corte Nacional, el recurrente debe fundamentar cada uno de los cargos de forma autónoma (principio de autonomía).[26] Advirtiendo que 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, nulidad y/o apelación, -segunda instancia- que inexorablemente debió haberse agotado previo a la interposición del recurso de casación, la impugnación va ser declarado 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.

QUINTO.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL RESPECTO DEL RECURSO PLANTEADO POR EL RECURRENTE

Ante las pretensiones presentadas en audiencia, se considera por parte de este Tribunal, lo siguiente:

5.1. Identificación del problema jurídico según los cargos planteados por el recurrente.

Los cargos propuestos por el impugnante, persona procesada, radican en:

> **Único cargo:** *Indebida aplicación de los artículos 189 inciso 1 del COIP y Art. 47 numeral 5 COIP* [27]

5.2. Examen circunstanciado de cada cargo y argumentación del Tribunal

En virtud de los planteamientos realizados por la recurrente, este Tribunal, va a despejar algunas interrogantes:

5.2.1. ¿El recurso se ha fundamentado debidamente, siendo las alegaciones realizadas suficientes para casar la sentencia recurrida?

Debemos indicar que en sede casacional, no basta una simple referencia de una violación a normativa legal, sino que se deben cumplir con los principios de Taxatividad, Autonomía y Transcendencia, es decir, es obligación de quien impugna un sentencia vía recurso de casación, especificar en qué error de derecho ha incurrido el juzgador al dictar la sentencia, señalando detalladamente que norma jurídica, que artículo de la ley, ha sido violentado y en qué forma, así como determinar cómo esta violación ha incidido en la sentencia, tanto que si no se hubiera cometido otra hubiera sido la decisión judicial.[28] En el presente caso observamos que el recurrente no cumple con los parámetros de fundamentación del recurso, si bien es cierto refiere *una causal de casación (indebida aplicación), la norma jurídica específica que considere vulnerada en el fallo impugnado y la norma que en su reemplazo debió aplicarse (indebida aplicación de los artículos 189 inc. 1 y 47 numeral 5 del COIP y debió aplicarse el 76 numeral 2 de la CRE y 44 del COIP, respectivamente), no dice en que parte de la sentencia se encuentra el supuesto error y no realiza una argumentación jurídica acorde que dote de sustento los cargos de casacionales,* por cuanto: : a.-) no se determina el considerando especifico que contiene el error de la sentencia, ni exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido para considerar la indebida aplicación del tipo penal de *Robo,* es decir, no identifica donde se encuentra el error de derecho; b) No hace una confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación indebida, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación que estima el recurrente se debería haber realizado, limitándose a manifestar: "*dice que en materia penal la ajenidad no se demuestra la propiedad sino de quien se apodera es decir, ajenidad está en función de que el bien está fuera",* intentado que se revise los hechos que se han dado por probados; y, c) no hace una explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada y cuál fue la consecuencia de ese supuesto error para su defendido.

En virtud de lo expuesto, se observa que las alegaciones realizadas por el recurrente son: **A.-)** ***Infundadas.-*** puesto que no se ha hecho una argumentación jurídica acorde (donde está el error, las razones por las que considera existe una indebida aplicación; **B.-)** ***Insuficientes.-*** No ha referido que perjuicio le ha ocasionado a su defendido el supuesto error de derecho de la sentencia.

Lo que tiene claro este Tribunal, es que, se intenta por parte del recurrente que, se verifique el acervo probatorio y determine una nueva carga valorativa

[26] Juicio Penal: No. 212-2015
[27] Acta de audiencia de fecha 30 de agosto del 2022, a las 11h00, constante a fs. 33 a 36.
[28] Ecuador. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, Casación, juicio Penal 331 2013. Resolución No. 15 2015.

cambiando los hechos que se dan por probados por el Tribunal Ad Quem, contradiciendo la normativa, por cuanto en Casación no se valora prueba alguna. Por lo cual este Tribunal concluye determinando que el recurso se ha fundamentado de forma indebida, siendo las alegaciones realizadas insuficientes para casar la sentencia recurrida

Pese a lo expuesto este Tribunal con el fin de garantizar los derechos de los sujetos procesales, procede a verificar si se ha garantizado el debido proceso por parte del Tribunal de Apelación, con ello la seguridad jurídica a la que tienen derecho los recurrentes, verificando si la sentencia impugnada con los parámetros de motivación, para lo cual vamos a responder las siguientes interrogantes:

5.2.1.1. ¿Existe una indebida aplicación de los Artículos 189 inc. 1 y 47 numeral 5 del COIP, debiendo aplicarse lo determinado en el Art. 76 numeral 2 de la CRE y 44 del COIP, respectivamente?

Para analizar la siguiente interrogante, debemos determinar que:

- *El Art. 189 del COIP, tipifica el delito de Robo, y refiere que:*
  "La persona que mediante amenazas o violencias sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.
  Cuando el robo se produce únicamente con fuerza en las cosas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.
  Si se ejecuta utilizando sustancias que afecten la capacidad volitiva, cognitiva y motriz, con el fin de someter a la víctima, de dejarla en estado de somnolencia, inconciencia o indefensión o para obligarla a ejecutar actos que con conciencia y voluntad no los habría ejecutado, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.
  Si a consecuencia del robo se ocasionan lesiones de las previstas en el numeral 5 del artículo 152 se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años.
  Si el delito se comete sobre bienes públicos, se impondrá la pena máxima, dependiendo de las circunstancias de la infracción, aumentadas en un tercio.
  Si a consecuencia del robo se ocasiona la muerte, la pena privativa de libertad será de veintidós a veintiséis años.
  La o el servidor policial o militar que robe material bélico, como armas, municiones, explosivos o equipos de uso policial o militar, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años." [29]
- ***El Art. 47 numeral 5 del COIP, menciona:***
  "Circunstancias agravantes de la infracción.- Son circunstancias agravantes de la infracción penal:
  5. Cometer la infracción con participación de dos o más personas."
- ***El Art. 44 del COIP, manifiesta:***
  "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

[29] **COIP.- Art. 189.- Robo.-** TLa persona que mediante amenazas o violencias sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.
Cuando el robo se produce únicamente con fuerza en las cosas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.
Si se ejecuta utilizando sustancias que afecten la capacidad volitiva, cognitiva y motriz, con el fin de someter a la víctima, de dejarla en estado de somnolencia, inconciencia o indefensión o para obligarla a ejecutar actos que con conciencia y voluntad no los habría ejecutado, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.
Si a consecuencia del robo se ocasionan lesiones de las previstas en el numeral 5 del artículo 152 se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años.
Si el delito se comete sobre bienes públicos, se impondrá la pena máxima, dependiendo de las circunstancias de la infracción, aumentadas en un tercio.
Si a consecuencia del robo se ocasiona la muerte, la pena privativa de libertad será de veintidós a veintiséis años.
La o el servidor policial o militar que robe material bélico, como armas, municiones, explosivos o equipos de uso policial o militar, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

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."[30]

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 Pichincha, en el considerando QUINTO, respecto del tipo penal, dice:

"(...)*En el caso sub júdice, el delito por el cual es sentenciado Geremy Alejandro Quijada Caguao, en el grado de autor directo, se encuentra contemplado en la Sección Novena "Delitos contra el derecho a la propiedad", artículo 189, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, que prevé: "La persona que mediante amenazas o violencias sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años." El artículo 42 ibídem, prescribe: "Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades: 1. Autoría directa: a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata...". El tipo penal constante en la norma legal precedente, denominado también en doctrina como hurto agravado o robo calificado, se diferencia del hurto por la forma como la acción se ejecuta, por el medio empleado: en el robo la acción de apoderamiento se realiza con violencia o amenaza, intimidación o fuerza en las cosas, en el delito de hurto no hay ninguna de esas formas ejecutivas de realizarlo. ... ...Al respecto, realizando un examen pormenorizado de la prueba actuada en juicio, al contrario de lo manifestado por el procesado, se encuentra probada tanto la materialidad como la responsabilidad de éste en el tipo penal imputado por Fiscalía General del Estado, en su rol exclusivo y excluyente de llevar a juicio aquellos casos de acción pública reñidos con nuestro ordenamiento jurídico en materia penal. Es así que en el testimonio vertido por la señora María Alicia Gualotuña, la víctimas del ilícito en juzgamiento, reconoce plenamente al uno de los dos sujetos que le atacaron a ella y a su esposo, en su testimonio en lo principal refiere: "...dos muchachos uno con cuchillo y uno con revolver, de pronto aparecieron y les insultaron, les dijeron que les den todo lo que tienen hija de puta, al momento que aparecen detrás de ellos se asustaron, regresaron y vieron que tenían un arma, un revolver y un cuchillo, se quedó quieta y asustada, hubo un forcejeo porque en seguida le arrancharon la cartera, el que tenía el cuchillo le arranchó la cartera, no está la persona que tenía el cuchillo en la audiencia, la persona que se encontraba con la pistola si se encuentra en la audiencia, le arrancha la cartera el chico del cuchillo y sale corriendo, vira el muchacho y el esposo le cae encima, el muchacho cae junto con el esposo, ella empieza a gritar y decía que le van a disparar o le van a meter el cuchillo, eso es lo que pensaba ella, se levanta el del cuchillo y le da una patada al esposo, el muchacho de la pistola ya salió corriendo, el esposo se levanta y sale corriendo atrás del muchacho, la señora también le sigue gritándole que se detenga que no le siga, porque tenía miedo de que le vayan hacer algo, salieron a la avenida que da a la calle que sube al colegio réplica Mejía, observa unas luces que bajaban era una moto, el señor de la moto le ayuda a detener al chico, el señor de la moto deja la moto a un lado y el ayuda al esposo a detenerlo, el señor quiso intentar irse por la cancha, ya que por la cancha hay unos alambres, ahí logra*

[30] **COIP.- Art. 44.-** Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.- Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes 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.

cogerlo el señor de la moto, el esposo y todas las personas, en ningún momento lo perdió de vista ya que estaban muy cerca los cuatro, nunca le perdió de vista porque corrían atrás, por el mismo camino que se iba el señor se escapó el que se llevó la cartera, en su cartera tenía todos los documentos, tarjetas de crédito, 600 dólares que el cuñado Fernando Homero Amaya Maldonado le encargó para que le dé depositando y 200 dólares de la quincena" (las negrillas son nuestras). Testimonio que es concordante con el brindado por el señor Homero Fernando Amaya Maldonado, al que adiciona que es cuñado de la víctima, que ese día le entregó a su cuñada USD 600 dólares para que deposite en una institución bancaria por cuanto se encontraba convaleciente de una cirugía, adicional a esto refirió y presentó documentos de la procedencia de ese dinero, que se trataría de honorarios profesionales en su calidad de abogado. El testigo del Sargento Segundo Juan Klever Córdoba Machado, refiere lo acaecido el 21 de noviembre del 2018 cuando se encontraba de servicio indicando que: "... visualizaron a un ciudadano que le tenían en el piso los moradores del lugar, una vez que le pudieron rescatar al señor del populacho constato el nombre del señor que se encontraba aprehendido, se llamaba Quijada Caguao Geremy Alejandro de nacionalidad venezolana, tomaron contacto los moradores del sector y las víctimas, el señor coronel y la esposa la señora Alicia, las dos personas le indicaron que se encontraban trasladándose desde la Av. Maldonado hasta su domicilio, ubicado en la ciudadela el Ejército, a la altura de un pasaje, indican que salen dos ciudadanos, un ciudadano con un cuchillo y otro con un arma de fuego, el un ciudadano el arrancha la cartera a la señora Alicia y procede a darse a la fuga, no pudo presenciar el acto, la pistola se encontró en la calle S-46, en la vereda de la acera a unos 30 o 40 metros aproximadamente de la distancia que se encontraba el señor Quijada, los moradores del sector indicaron que el sujeto había votado un arma en el sector; la señora indicó que le habían sustraído la cartera y en el interior de la cartera se encontraban USD 800, una tarjeta de débito del Banco del Pichincha y otra tarjeta de débito de otra entidad bancaria, la cartera nunca apareció por que supuestamente el otro sujeto se había llevado la cartera, a las preguntas de la defensa, tomó contacto con los moradores del sector ya que ellos le tenían al ciudadano, afirma que los moradores le indicaron que el ciudadano botó el arma..." (Las negrillas nos corresponden). El perito médico legal Dr. Manuel Antonio Guamangallo Calles, en relación a su peritaje en su testimonio manifiesta: "...realizó un examen médico legal de lesiones al señor Coronel García Jhoffre, quien en el relato refiere que fue asaltado por dos sujetos desconocidos y al perseguirlo uno de ellos le dio una patada en una mano, al examen físico se encontraba consiente, orientado, despierto, presentaba una lesiones en el dorso de la mano derecha, una zona edematosa contusionada de 5cm de diámetro que dificultaba un poco los movimientos de flexión y extensión de los dedos, es decir estaba hinchada la mano, no presentó otro tipo de lesiones en las demás regiones del cuerpo, en conclusión la lesión determinaba una incapacidad física menor de 3 días y el agente causal fue un objeto contundente...". Del testimonio de la Sargento Segundo de Policía Jeny Araceli Moya Chicaiza, refirió que hizo el reconocimiento de las evidencias, consístete en un objeto plástico de similares características de un arma tipo pistola, concluyó que la evidencia existe y está ingresada en cadena de custodia en las bodegas de la Unidad De Flagrancia de Quitumbe. La señora María Alicia Gualotuña, de manera detallada hace un recuento de lo acaecido el día de los hechos, reconocimiento notoriamente al procesado, Quijada Caguao, como uno de los partícipes del ilícito en juzgamiento; manifestó que cuando se dirigía a su domicilio en una parte despoblada salen de unos matorrales dos personas, en este caso la una identificada el señor Geremy Alejandro Quijada Caguao acompañado de otro, el señor Quijada portando en su poder un arma de fuego que luego se determinó era de construcción plástica y la otra persona con un cuchillo quienes le increparon con duros epítetos a entregarles sus pertenencias, es decir, en ese momento se produjo un hecho de amenaza, de coacción psicológica más que física a la señora, esto obedece a un proceso mental y emocional en el cual una persona en condiciones normales considera amenazada grave a su integridad física, ante la acción ilegítima de un tercero que sin mediar la causa legal y suficiente es

apremiada para ejecutar un acto determinado, en el presente era entregar la cartera, el bolso que contenía las pertenecias de la señora María Gualotuña por tanto sintieron con la persona que le acompañaba que era su esposo una acción amenazante, independientemente que no es relevante el considerar si para las víctimas en ese momento podían identificar si era un arma de fuego verdadera o no, pues fue suficiente exhibirla por parte del hoy procesado en las condiciones en que se desarrollaba el hecho, más la presencia de otra persona con una arma blanca, esta circunstancia determina de manera expresa lo contenido en la norma del Art. 189 inciso primero del COIP, es decir, para este Tribunal de Alzada, efectivamente existió un ejercicio de amenaza, de una intimidación por parte de quienes participaban en este hecho delictivo(...)".[31]

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, por esto a falta de aplicación se manifiesta si la juzgadora yerra ignorando la norma en el fallo.

Edgardo Alberto Donna, en su libro Derecho Penal, parte especial Tomo II-B, respecto a la ajenidad en el delito de robo manifiesta:

"el acto material es la obtención de la cosa, y con el propósito de someterla al propio poder, es decir, el de disponer de ella, propósito que comprende cualquier finalidad de uso, goce, afectación o destino que una persona puede obtener de una cosa o le pueda dar a ella". [32]

Como evidenciamos, en efecto se observa una correcta subsunción del hecho a derecho, es decir, se aplica debidamente el artículo 189, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto los hechos dados por probados se adecuan a lo determinado en el Art. 189 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, al encontrarse cumplidos los elementos constitutivos del tipo, tal como lo ha justificado los jueces Adquem, la ajenidad no la determina el ser propietario, sino que la cosa no sea de propiedad de quien la arrebata con violencia y que se encuentre en poder de su propietario o de otro por encomienda, en el caso particular el dinero del señor Homero Aymara Maldonado, se encontraba en poder de la señora María Alicia Gualotuña, en el momento del incidente de fecha 21 de noviembre del 2018, y no les pertenecía a los procesados, consecuentemente al realizar la sustracción lo hacen con *el propósito de someterla al propio poder, es decir, el de disponer de ella, con cualquier finalidad de uso, goce, afectación o destino, sacándola de la esfera de uso de su propietario.*

En cuanto a la agravante del artículo 47 numeral 5 del COIP, según el hecho "*dos muchachos, uno con un cuchillo y uno con un revolver, cometen el ilícito*". Al respecto se debe advertir que no es necesario que exista la sentencia, es decir, que exista una sentencia de condena en contra de 2 o más personas para que se aplique la agravante en mención, lo que es necesario que se prueba es que el hecho se comete con la participación de 2 o más personas, lo que en el caso particular se ha evidenciado de los hechos dados por probados. Decir lo contrario implicaría una desproporción cuando al segundo procesado se le imponga la agravante, por existir ya una sentencia de condena y al primero no se le imponga agravante alguna.

Por otra parte, llama la atención del Tribunal el uso de un arma de juguete y un cuchillo para el cometimiento del robo, al respecto Edgardo Alberto Donna, en su libro Derecho Penal, parte especial Tomo II-B, respecto a armas de utilería manifiesta:

"*4. La problemática del arma de fuego falsa, de juguete, inútil o descargada.*

La doctrina excluye de la agravante el arma falsa, el arma de juguete, el arma que esta inutilizada y el arma descargada, con el fundamento de que, si bien pueden esgrimirse y provocar un efecto paralizante, esta circunstancia lo único que hace es transformar el apoderamiento en robo, ya que forma parte de la violencia requerida por el tipo penal" [33].

"Visto el asunto solamente desde el sujeto pasivo, y en un momento en que la víctima toma

[31] Sentencia de fecha 17 de febrero del 2021, las 19h17, dictada por la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, constante a fs. 37 a 42 del expediente de Apelación.
[32] Edgardo Alberto Donna., "Derecho Penal, parte especial Tomo II-B", Editores Rubinzal-Culzoni, pp.254.
[33] Edgardo Alberto Donna., "Derecho Penal, parte especial Tomo II-B", Editores Rubinzal-Culzoni, pp.216.

un papel relevante, era clara que la jurisprudencia admitiere la agravación del robo con arma descargada, ya que aumenta la capacidad ofensiva del autor, porque juzgado el caso ex ante, la víctima no puede detenerse a cuestionar si su asaltante tiene o no el arma cargada o, en su caso, si esta apta para el disparo"[34]
"se logró el fin ilícito perseguido, se ha cumplido el ciclo de consumación del delito. El atacado no puede entrar a discernir, si el arma está o no cargada. Él ve un arma y siente el efecto invencible, que provoca su exhibición, que en manos del asaltante o de quien sea puede destruir su vida"[35]

Lo que implica entonces que la victima entrega su pertenencia convencida que se le puede provocar daño con un arma, por lo cual estaría reunido el elemento del tipo penal "amenazas y violencia", teniendo claro que en este caso para el cometimiento del ilícito se hizo uso de un arma de juguete y un cuchillo y que finalmente una de las victimas sufrió lesiones.

En conclusión, no existe indebida aplicación del artículo 189, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, ni hay una indebida aplicación del artículo 47, numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal. Normativa que fue debidamente aplicada.

5.2.1.2. ¿La sentencia recurrida carece de falta de motivación?

Según la carta magna, en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá el derecho de las personas, lo que implica que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas, advirtiendo 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. [36]

La Corte Constitucional en sentencia No. 035-12-SEP-CC, ha señalado que:

"*... el primero de los subderechos del debido proceso es el deber de las autoridades administrativas o judiciales de garantizar el cumplimiento de las normas o los derechos de las partes; constituye un principio fundamental para garantizar la existencia del Estado constitucional de derechos y justicia y una garantía indispensable para evitar la arbitrariedad en las decisiones y resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales (...). El Estado constitucional de derechos y justicia se dota de una Constitución normativa, que sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas*"[37].

De lo cual se infiere que la garantía de motivación ataca el abuso del poder público, pues demanda los fundamentos que justifican la resolución judicial adoptada; y, por ende, otorga certeza y seguridad jurídica a los sujetos procesales que están en litigio dentro de una causa.

Por otra parte, pero dentro del mismo contexto, la Corte Constitucional, sobre motivación dice suficiente y pertinente, Sentencia No. 1320-13-EP/20, de fecha Quito, D.M., 27 de mayo de 2020, manifiesta:

"*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*

[34] Edgardo Alberto Donna., "Derecho Penal, parte especial Tomo II-B", Editores Rubinzal-Culzoni, pp.217.
[35] Edgardo Alberto Donna., "Derecho Penal, parte especial Tomo II-B", Editores Rubinzal-Culzoni, pp.218.
[36] 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 será sancionados
[37] Ecuador. Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, de 08 de marzo de 2012, caso No. 0338-10EP.

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."[38]

Respecto a la deficiente motivación la Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1158-17-EP/21, Caso No. 1158-17-EP, de fecha Quito, D.M., 20 de octubre de 2021, manifiesta:

"*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: i)* ***Inexistencia****: Ausencia absoluta de los elementos mínimos de la motivación; ii)* ***Insuficiencia****: Cumplimiento defectuoso de los elementos mínimos; y, iii)* ***Apariencia:*** *Cuando a primera vista parece suficiente, pero en realidad no lo es, porque incurre en vicios que afectan a su suficiencia. En función de la actual jurisprudencia de la Corte, se identificaron los siguientes vicios:* ***Incoherencia:*** *Existe contradicción entre: Premisas o premisas y conclusión (lógica). Conclusión o decisión (decisional).* ***Inatinencia:*** *Las razones no tienen que ver con el punto en discusión.* ***Incongruencia:*** *se da cuando: No da respuesta a los argumentos de las partes, o No aborda cuestiones exigidas por el Derecho en determinadas decisiones.* ***Incomprensibilidad:*** *No es razonablemente inteligible. La Corte señaló, además, que el análisis del cumplimiento de la garantía de la motivación en un caso concreto debe partir del cargo específicamente planteado por la parte y no puede consistir en la aplicación de una "lista de control", como se ha usado el test de motivación."*[39]

Dentro de esta misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, ha dicho que:

"*....la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomadas en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Así mismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso*"[40].

Por consiguiente la motivación de una Resolución, en este caso sentencia, en la que se arriba a una conclusión, debe encaminarse en la correcta explicación lógico-jurídica de la decisión; siendo obligación del juzgador, demostrar que la conclusión a la que arriba devienen de los hechos comprobados a través de las pruebas debidamente actuadas, y que cumplen con los principios del debido proceso, para lo cual, debe desarrollarlas, calificarlas y subsumirlas a la norma jurídica, para que la resolución sea considerada motivada en derecho.

De lo revisado de la sentencia, se colige:

A. La sentencia de fecha 17 de Febrero del 2021, a las 19h17, dictada por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en el considerando Quinto hace un análisis sobre la prueba presentada en juicio la cual sirvió de sustento al Tribunal de Garantías Penales con sede en la Parroquia Quitumbe. Se evidencia en el ejercicio de subsunción que tiene relación con la adaptación del relato a la norma.

B. La sentencia se encuentra debidamente motivada, este Tribunal ha analizado si existe alguna falta de motivación y una vez leída la sentencia recurrida *dictada por el Tribunal Aquo de la* Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha miércoles 17 de febrero del 2021,

[38] Corte Constitucional, Sentencia No. 1320-13-EP/20, de fecha Quito, D.M., 27 de mayo de 2020
[39] Sentencia No. 1158-17-EP/21, Caso No. 1158-17-EP, de fecha Quito, D.M., 20 de octubre de 2021.
[40] Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.

suscrita por los señores Jueces Fabara Gallardo Fabian Plinio (Ponente); Lema Lema Wilson Enrique y Grijalva Chacón Elsa Paulina[41], se verifica que cumple con la debida motivación, pues mantiene un estructura adecuada: en la parte expositiva, contiene la denominación del órgano jurisdiccional de alzada, ciudad y fecha en la que se emite la sentencia, contienen además la decisión adoptada por el Tribunal de mérito, competencia, del órgano jurisdiccional de alzada, validez procesal, y consignación de la alegaciones efectuada vía apelación, y consignación del acervo probatorio practicado en juicio, resolviendo las pretensiones de los sujetos procesales, cumpliendo con los requisitos de la sentencia conforme el Art. 622 del COIP. En la parte considerativa, se desarrolla la argumentación jurídica, abarcando criterios jurisprudenciales, doctrinarios y legales, en torno al delito de "*ROBO*", y detalla en el considerando QUINTO, las razones por las cuales se da por probada la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, en calidad de autor, respondiendo las pretensiones de los sujetos procesales, llegado a la conclusión de desechar el recurso de apelación planteado y ratificar la sentencia del Tribunal de Garantías Penales en todas sus partes, siendo evidente que la sentencia recurrida cumple con la exigencia constitucional de motivación que garantiza el artículo 76.7.l), de la Constitución de la República del Ecuador.

Por ello se advierte que no se ha violentado lo dispuesto en el art. 76 numeral 7 literal l de la CRE, por falta de motivación de la sentencia, puesto que la sentencia recurrida se encuentra debidamente fundamentada, siendo su motivación suficiente puesto que se observa de la misma enunciación de las normas y la explicación de la pertinencia de su aplicación al caso concreto, cumpliendo con ello, con los parámetros básicos de motivación. La sentencia no adolece de: i) Inexistencia: Ausencia absoluta de los elementos mínimos de la motivación; ii) Insuficiencia: Cumplimiento defectuoso de los elementos mínimos; y, iii) Apariencia: Cuando a primera vista parece suficiente, pero en realidad no lo es, porque incurre en vicios que afectan a su suficiencia, en cuanto a su motivación. Por otra parte, de la sentencia no ser observan vicios como: A.-) Incoherencia: B.-) Inatinencia: C.-) Incongruencia; y D.-) Incomprensibilidad. Siendo la sentencia coherente, congruente y comprensible, atendiendo todos los puntos puestos a su consideración.

Por otra parte de la revisión de la sentencia se observa que no existen errores en derecho que conlleven a que se case de oficio la sentencia impugnada.

SEXTO.- DECISIÓN.

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 656 del Código Orgánico Integral Penal, resuelve, por unanimidad:

1. Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por la persona procesada señor QUIJADA CAGUAO GEREMY ALEJANDRO, por indebida fundamentación, del cargo casacional de: a.-) indebida aplicación del Art. 189 inc. 1 y 47.5 del Código Orgánico Integral Penal.
2. Este Tribunal observa que la resolución que se está recurriendo cumple con los parámetros de debida motivación que deben cumplir las resoluciones judiciales. Razón por lo que no existe mérito para casar de oficio la misma. Ejecutoriada la sentencia, devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines de ley.

Los intervinientes han actuado bajo principios de buena fe y lealtad procesal. **Notifíquese y cúmplase.-**

f) Dra. Mercedes Caicedo Aldaz, JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. Byron Guillén Zambrano, JUEZ NACIONAL; Dr. Adrián Rojas Calle, CONJUEZ NACIONAL.

[41] Sentencia dictada por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 17 de febrero del 2021, las 19h17, constante a fs. 37 a la 42 del expediente de apelación.

XIV

Juicio Nro. *17294-2017-00028*
Resolución Nro. *1090-2022*
Fecha: *7 de diciembre de 2022, las 14h07*

TEMA: Adecuación típica del delito de abuso de confianza y aplicación de los principios de tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y favorabilidad.

ASUNTO

En el presente caso se realiza un análisis de las proposiciones jurídicas del artículo 560 del Código Penal, relativas al tipo penal de abuso de confianza, dadas las alegaciones respecto a la prescripción de la acción penal y la existencia de vicios de motivación, por una posible conculcación de derechos y garantías, tales como: tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, debido proceso y el principio de favorabilidad.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito dicta sentencia condenatoria en contra de los procesados, por el delito de abuso de confianza, tipificado y sancionado en el artículo 560 del Código Penal, toda vez que, a consideración de los jueces, existió perjuicio de numerosas personas afiliadas al Club General de Aerotécnicos de la Fuerza Aérea Ecuatoriana.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha niega el recurso de apelación interpuesto por un grupo de los procesados y confirma la sentencia subida en grado con respecto a ellos; mientras que, por otro lado, acepta el recurso de apelación presentado por otro de los procesados, revocando la sentencia subida en grado y ratificando el estado de inocencia.

Además, el tribunal de apelación se pronuncia sobre la decisión de los jueces inferiores de negar la suspensión condicional de la pena y señala que el delito de abuso de confianza no cumple con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 630 del Código Orgánico Integral, ya que el acto delictivo ejecutado fue en perjuicio de numerosas personas afiliadas al Club General de Aerotécnicos de la Fuerza Aérea Ecuatoriana, quienes confiaron en que se iba a dar un destino adecuado a sus ahorros.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17294-2017-00028

Juez Ponente: Dr. Marco Rodríguez Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL, TRÁNSITO, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.
Quito, miércoles 7 de diciembre del 2022, las 14h07.

VISTOS:
ANTECEDENTES:
El 22 de noviembre de 2019, las 16:11, el Tribunal de Garantías Penales, con sede en el cantón Quito, provincia de Pichincha, dictó sentencia condenatoria en contra de los procesados Ulises Simeón

Astudillo Vásquez, Víctor Hugo Briones Eras, Edwin Marcelo Reina Pozo y Duglas Stiben Bolaños Riera, por considerarles autores del delito de abuso de confianza tipificado y sancionado en el artículo 560 del Código Penal (en adelante CP), en tal virtud, les impuso la pena de un año de prisión y multa de USD. $ 8.00; en tanto que, condenó al encartado Camilo Edgar Frías Casco, en calidad de cómplice, del mismo ilícito, sancionándole con la pena de seis meses de prisión y multa de USD. $ 4,00.

Por otra parte, el *a quo* confirmó el estado de inocencia de los ciudadanos Verónica Raquel Bautista Salazar, Patricia Ximena Guzmán Mina y Dorila Pompeya Cabanilla Aguilera.

Asimismo, a manera de reparación integral, el tribunal de juicio ordenó a cada uno de los encausados Ulises Simeón Astudillo Vásquez, Víctor Hugo Briones Eras, Edwin Marcelo Reina Pozo y Duglas Stiben Bolaños Riera, el pago de USD. $ 126.750; y, al procesado Camilo Edgar Frías Casco el pago de USD. $ 300.000, a favor de la acusadora particular.

Además, negó la suspensión condicional de la pena que fue solicitada por los sentenciados.

Inconformes con el fallo del tribunal de garantías penales, los encartados Ulises Simeón Astudillo Vásquez, Víctor Hugo Briones Eras, Edwin Marcelo Reina Pozo, Duglas Stiben Bolaños Riera y Camilo Edgar Frías Casco interpusieron recursos de apelación, para ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

El 25 de julio de 2022, las 12:09, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, rechazó los recursos de los procesados Ulises Simeón Astudillo Vásquez, Víctor Hugo Briones Eras, Duglas Stiben Bolaños Riera y Camilo Edgar Frías Casco, mientras que aceptó la apelación del ciudadano Edwin Marcelo Reina Pozo, confirmado su estado de inocencia.

Respecto de la resolución del *ad quem*, los encartados Ulises Simeón Astudillo Vásquez, Víctor Hugo Briones Eras, Duglas Stiben Bolaños Riera y Camilo Edgar Frías Casco dedujeron recursos extraordinarios de casación, para ante la Corte Nacional de Justicia.

Luego de haberse llevado a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación de los recursos de casación, siendo el estado procesal, el de reducir la sentencia por escrito, se lo hace en los siguientes términos:

1. COMPETENCIA:

La Corte Nacional de Justicia ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con lo ordenado por los artículos 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ).

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, según lo previsto por los artículos 184.1 de la CRE; 8 y 9 del COFJ, así como por las Resoluciones No. 0082021, de 28 de enero de 2021 del Pleno del Consejo de la Judicatura y No. 042021, de 19 de febrero de 2021, del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; siendo que, el Tribunal de casación asignado a la presente causa, está conformado por los señores Magistrados Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, Felipe Córdova Ochoa, Juez Nacional y Rita Bravo Quijano, Conjueza Nacional (e).

2. VALIDEZ PROCESAL:

El recurso de casación 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.

3. FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN, CONTRADICCIÓN, RÉPLICA Y DERECHO DE ÚLTIMA PALABRA:

3.1. Fundamentación de los recursos:

3.1.1. Procesado Víctor Hugo Briones Eras:

El abogado Juan Perea Criollo, en representación del impugnante Víctor Briones Eras, manifestó que:

> "Me voy a permitir fundamentar mi impugnación en este recurso de casación, para que no se mal entienda mi fundamentación o mi argumentación jurídica, esta defensa técnica tiene claro que la Corte Nacional de Justicia solo tiene competencias para corregir los errores de derecho, es decir, de las premisas jurídicas dentro de la motivación de la sentencia de la audiencia de apelación. En este sentido, debo manifestar que mis tesis a justificar son dos: la principal tesis es la motivación insuficiente de la premisa fáctica de la audiencia de apelación dentro del presente proceso, para esto es necesario

tomar en cuenta lo que nos ha dicho la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) en el párrafo 61.2 de la sentencia caso garantía de motivación, esa sentencia nos dice que una sentencia está suficientemente motivada siempre y cuando se analicen y se valoren todas las pruebas, en este caso, en esta sentencia *in ex*amine solo se analizan cuatro pruebas testimoniales y una prueba pericial y ninguna prueba documental, es decir, no contempla como motivación del análisis de todas las pruebas practicadas en juicio que debieron ser motivo y análisis de razonamiento en la sentencia de apelación, dentro de esos cuatro testimonios. El testimonio del señor Atilio Alessandro Birga Baus no es analizado en todo el contexto, tanto es así que, no se analiza la premisa que el testimonio termina diciendo que mi defendido no tiene nada que ver en los negocios que haya recibido él, conjuntamente con la víctima en este proceso penal, pero sin embargo, tienen que tomar en cuenta ustedes para saber si en realidad existe motivación suficiente de la premisa fáctica, sucede que no se analizan los testimonios de Hernán Patricio Orejuela Trujillo, no se analizan los testimonios de Alexis Abraham Moreno Conde, no se analiza el testimonio de Víctor Endara Cadena, ni el testimonio de Michael Paredes Ríos, más sin embargo, igual, no se analizan todas las pruebas documentales, específicamente, cuatro pruebas documentales que son de vital importancia para resolver el punto de derecho, no se analizan la copia certificada de un documento, el cual, se encuentra suscrito por el señor Ulises Astudillo, en calidad de presidente, y el señor Marcelo Reina en calidad de tesorero, dirigido por el Banco General Rumiñahui. Asimismo, no se analizan varios documentos en esta misma línea, de fecha del 2014, tampoco se analizan y ustedes pueden observar en la sentencia, la copia certificada de un documento de fecha 25 de noviembre del 2013, el cual, se encuentra suscrito por los señores Ulises Astudillo en calidad de presidente, y el señor Marcelo Reina en calidad de tesorero, es decir, estos puntos no fueron analizados para formar los hechos probados, tampoco se analiza el acta entrega recepción que hay de 6 títulos emitidos por el Banco General Rumiñahui a los señores representantes del Club Aerotécnicos de la FAE, tampoco se analiza el estatuto del Club General Aeronáuticos de la FAE, el cual rige desde el 2014, y las actividades de mi defendido son del 2013, es decir, mi defendido cumplió funciones con otro régimen estatutario, mas no el régimen estatutario que debían analizar, por principio de legalidad, tomar en cuenta en los hechos probados. Esta sentencia tiene insuficiencia por motivación aparente por incongruencia, me permito decir que es incongruente la sentencia frente al derecho porque la jurisprudencia obligatoria de la sentencia garantía de motivación, en el párrafo 61.2, exige que se debe exponer el acervo probatorio aportado en los autos y mostrar que el conjunto de las pruebas han sido analizadas y permitir cuáles son los hechos, pero resulta y pasa que no se realizaron todas las pruebas y si no se analizaron todas las pruebas, incumplen este precepto obligatorio de la jurisprudencia constitucional, por ende, existiría una incongruencia frente al derecho. Asimismo, esta incongruencia frente al derecho, en concordancia con el artículo 654.6 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), el cual, determina o deviene a la incongruencia frente a las partes, frente a las partes, porque mi defendido el señor Víctor Hugo Briones, prácticamente en la audiencia de apelación que fue sustentada por el defensor técnico José Moreno Arévalo, él aproximadamente en su hora de exposición, él hizo una hora de fundamentación del recurso de apelación, la Corte Provincial lo resume de manera escueta en cuatro líneas en un párrafo, pueden verificar ustedes en el punto 4.3 de la sentencia censurada, van a analizar que aparentemente la hora de fundamentación del Dr. José Moreno Arévalo solo se resume en cuatro párrafos, pero resulta que esto no es así, porque si ustedes escuchan la audiencia de apelación, él habló una hora y los argumentos relevantes que él dijo fueron aproximadamente 22 argumentos. El primer argumento relevante que él dijo fue que, la intención de la inversión no fue idea de los directivos, sino fue idea de Karla Vaca Pérez, porque ella fue la que propuso invertir este dinero en papeles económicos. El siguiente argumento

relevante que expuso el Dr. José Moreno en audiencia apelación fue que el testimonio de Karla Pérez, que ese testimonio se extrae que los papeles entregados a las personas que solicitan la inversión deben ser entregado solo a ellos, es decir, al presidente y al tesorero, pero más sin embargo, ellos podían autorizar que una tercera persona, en este caso que, se entregue al tesorero y en este punto el Dr. Pepe Moreno dijo que no hay prueba documental, no hay prueba testimonial que determine que el señor Víctor Briones haya autorizado que se entreguen esos documentos, este es un argumento relevante que tenía que ser dado respuesta por la corte provincial y que si ustedes analizan la sentencia no fue dado respuesta. El tercer aumento relevante que él dice es que no hay prueba documental de los papeles comerciales que demuestre que el señor Víctor Briones hubiese autorizado que el Banco pague a (X) persona esos papeles comerciales, este argumento que también es relevante tenía que ser dado respuesta. El quinto argumento que el Dr. Pepe Moreno dice, es que el señor Víctor Briones salió del país el 14 de agosto del 2013 y regresó al país el 14 de agosto del 2014, es decir, que los papeles que fueron cobrados en el 2014, él no tenía dominio del hecho para que se diga que él sea responsable, este argumento tampoco fue dado respuesta, tanto es así que ni siquiera consta en la sentencia. El sexto argumento que el Dr. Pepe Moreno dijo es que, los cobros de esos papeles se realizaron cuando el señor Víctor Briones no estuvo en el país, es decir, esto es importante para determinar la participación dentro de la infracción que es motivo de esta audiencia. Asimismo, el noveno argumento que el Dr. Pepe Moreno dijo fue que, la conducta del señor Víctor Briones no se adecuaba a los presupuestos objetivos del artículo 560 del CP, jamás se analiza el artículo 560, solo se analiza 187 del COIP, por tanto, al no dar respuesta a este argumento tampoco estaría motivada la sentencia. El décimo argumento que dice el Dr. Pepe Moreno, él determina que el defensor cuestiona la credibilidad y la fiabilidad de los testimonios de Hernán Patricio Orejuela Trujillo, porque es un testigo parcializado, pasional, empático, emocional y no objetivo, pero en ninguna parte de la sentencia usted encuentra un análisis que se haya determinado si en realidad tiene razón el Dr. Pepe Moreno, de por qué debía ser creíble el testigo y de por qué debía ser fiable la información que él otorgó, eso tampoco fue dado respuesta en la audiencia. Asimismo, en el onceavo argumento que da el defensor técnico del señor Víctor Briones que la señora Carmen Criollo, quien realizó el seguimiento de las inversiones, fue valorada siendo testigo contradictorio con el testigo Orejuela, ya que el testigo Orejuela dice que él realizó la auditoría interna, y la señora dice que, ella hizo un seguimiento de inversiones, más sin embargo, e inclusive, hay otra contradicción porque se dice que el señor Orejuela dice que el señor Briones jamás entregó documentos ni autorizó que se entregue documentos a nadie, pero la señora Criollo dice que el señor Briones sí entregó documentos, entonces, este argumento tendría que ser resuelto para saber si en realidad son testigos contradictorios o no son testigos contradictorios, tampoco fue resuelto este argumento. El doceavo argumento que dice el Dr. Pepe Moreno dentro de la hora de exposición fue que, ante una de las preguntas del tribunal que realizó de cuáles son las funciones del señor Víctor Briones y el señor Marcelo Reina, el Dr. Pepe Moreno manifestó que el señor Víctor Briones era tesorero hasta el 13 de agosto del 2013, porque él salió a cumplir una misión de un cargo diplomático a los Estados Unidos y que después del 13 de agosto del 2013, quien asumió la tesorería fue el señor Marcelo Reina, entonces, si eso dineros fueron cobrados a partir de agosto de 2013, ya no había dominio del hecho del señor Víctor Briones, este argumento tampoco fue dado respuesta por parte del tribunal de apelación. El argumento número trece, que determinó el Dr. Pepe Moreno que, como mi defendido Víctor Briones, salió el 13 de agosto del 2013 y regresó al país el 14 de agosto del 2014, él no tendría dominio del delito que se investiga. El argumento número catorce que dijo el Dr. Pepe Moreno fue que, el tribunal pide una aclaración de si se consultó o no a la asamblea general, el pedido de autorización

para las inversiones de los papeles, el Dr. Pepe Moreno manifiesta que las inversiones o los cobros fueron realizados en el 2014, y, por ende, el señor Víctor Briones nada tiene que ver en aquellos puntos. El argumento número diecisiete que dice el Dr. Pepe Moreno es que, el testimonio de Orejuela que de este testimonio se extrae que ningún papel fue suscrito por el señor Víctor Briones para que ordene pagos o se beneficie a terceros. El argumento número dieciocho que da el Dr. Pepe Moreno es que, en el oficio de 19 de marzo del 2013, se evidencian las fechas de los papeles en los cuales los papeles debían ser cobrados, pero que en esas fechas el señor Briones estaría fuera del país. El argumento número diecinueve que dice el Dr. Pepe Moreno en su audiencia es que, el hecho de que no haya autorización por la asamblea general para la inversión de un crédito de inversión, de un papel económico, no tiene nada que ver con el delito de abuso de confianza, y él cita una sentencia que si bien es cierto no es jurisprudencia obligatoria, pero él cita una sentencia de la Corte Nacional de Justicia y los jueces de apelación, jamás dijeron por qué razón era algo contrario o por qué tenían o no tenía razón. El argumento número veinte, el Dr. Pepe Moreno dice que, la señora Carmen Criollo manifestó que Víctor Briones y Ulises Astudillo ordenaron debitar dinero del club de papeles comerciales desde marzo del 2013 hasta marzo del 2014, y que él no autorizó el pago y que con esto se encaja con lo dicho con otros testigos, como por ejemplo Vaca y Orejuela, los dos últimos argumentos que dijo el Dr. Pepe Moreno dentro de la apelación es que la señora Eliana de Los Ángeles Guarderas, perito contable, determina que no se pudo constatar que Víctor Briones hubiese efectuado u otorgado autorización para tenencia o cobro de los papeles, esto concuerda con la señora Vaca Criollo y Orejuela. El último argumento es que, el señor Astudillo manifiesta que las operaciones del 2013 estuvieron amparadas en el reglamento de 10 de noviembre del 2003, hasta septiembre del 2013, es decir que, hay otro reglamento que hay otro estatuto hasta el 2013, y uno desde el 2014, esto tampoco fue resuelto por el tribunal. Conclusión de este cargo respecto a la incongruencia frente a las partes, ya lo dije que frente al derecho, porque no se valora todas las pruebas, frente a las partes porque la CCE ha determinado en la sentencia No. 2706-16-EP/21 en el párrafo 31, que para que la motivación sea suficiente en materia penal, debe ser dado respuesta todos los argumentos relevantes que los sujetos procesales, en este caso el procesado, haya determinado en audiencia, son argumentos relevantes lo que hemos manifestado porque resulta que todos estos argumentos están encaminados, uno, a que se valore toda la prueba, dos, a que se acepte el recurso de apelación y la CCE ha manifestado que si los argumentos de los procesados están encaminados a resolver los problemas jurídicos, es decir, la materialidad y la responsabilidad son relevantes, más aún cuando están determinados a dar una respuesta totalmente diferente a la que dio el tribunal de apelación, si el tribunal de apelación decide rechazar el recurso de apelación y los argumentos del Dr. Pepe Moreno que era el abogado de mi defendido en audiencia de apelación, estuvieron encaminados a que se acepte la apelación, tenían que ser dados respuesta, y al no ser dados respuestas, prácticamente, esta sentencia determina que es insuficiente. Para finalizar, sobre este cargo de la falta de motivación, también hay incongruencia frente al derecho porque la sentencia ya citada No. 2706-16-EP/21 dice que la sentencia está suficientemente motivada, sí se puede determinar cómo se ha superado el umbral de la duda razonable, y resulta que si ustedes leen la sentencia de apelación, en ninguna parte hay un análisis de la duda razonable, es más les invito a poner en word o en PDF la palabra "duda", esa palabra no existe en la sentencia, es decir, no hay un análisis de como superó el umbral de la duda razonable, por ende, también sería una motivación insuficiente. Ahora la última y más importante, no está motivada por una incongruencia decisional, y esto sí es importante, porque si ustedes revisan la sentencia en la decisión, ellos terminan ratificando el estado de inocencia a uno de los procesados ordenados en tribunal, es decir, al señor Marcelo Reina, pero después dicen se ratifica la

sentencia en todo lo demás, pero qué pasa con esto, la sentencia de primer nivel lo tenía condenado al señor Marcelo Reina, pero resulta que cuando no lo condenan al señor Marcelo Reina en apelación, la reparación integral se muere, porque el señor Marcelo Reina ocupaba una cantidad de dinero para reparar y al momento que le dan la inocencia a él, tenía que modificar los rubros de la reparación integral, y al no modificar los rubros de la reparación integral, dando la inocencia a alguien, le estarían haciendo pagar menos cantidad de dinero al daño o al perjuicio que según la sentencia se ha determinado. Es una incongruencia decisional porque ellos dicen que da la inocencia a uno de los condenados, pero no se modifican los rubros de la reparación integral y ustedes como Jueces de casación no pueden modificar los hechos, entonces, tienen que mandar la nulidad a la pena que se terminó, con esto se dice que la sentencia está motivada de forma insuficiente, porque resulta que al no estar determinados los hechos de forma suficiente, no exijo la correcta, pero por lo menos suficiente, ustedes no podrían corregir el error de derecho. Los señores jueces hacen una errónea interpretación del artículo 630 de la suspensión condicional de la pena, ellos dicen que la conducta es grave pero si fuera grave la conducta hubiesen aplicado la pena alta, no la pena mínima, entonces, ellos se contradicen, pero ustedes tampoco pueden corregir este error de errónea interpretación, porque ustedes al aceptar la reparación integral a la suspensión condicional de la pena, tienen que mandar a reparar, y mandar a reparar no pueden, porque la sentencia no tiene una reparación establecida ya que tiene una incongruencia decisional."

3.1.2. Encartado Ulises Simeón Astudillo Vásquez: El doctor Juan Salazar Icaza, en representación del casacionista Ulises Astudillo Vásquez, dijo que:

"Identificamos el fallo que se impugna a través de este medio extraordinario, es aquel emitido dentro de esta causa, por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Vamos en primer término a manifestar que esta sentencia viola la ley, por indebida aplicación del artículo 560 del CP, vigente al tiempo del presunto cometimiento del injusto, tipo penal que estructuraba la disposición punitiva del abuso de confianza o la apropiación indebida, estamos ante un cargo en el que el juzgador ha utilizado una norma equivocada, es un error de escogimiento de ley. En la sentencia vamos a encontrar aplicada la norma, tanto en el considerando tercero de antecedentes, cuanto, en la parte resolutiva del fallo, y por qué digo en la parte resolutiva del fallo, porque lo que hace es confirmar la resolución del *a quo*. Ahora bien, por qué consideramos que se encuentra indebidamente aplicada la disposición y es relevante referirnos a la plataforma fáctica, sin necesidad de revisar hechos y pruebas, conocemos la prohibición, se sostiene que varios directivos del Club de Aerotécnicos de la FAE, entre ellos, mi representado en calidad de presidente, efectuaron inversiones en el sistema financiero a través de papeles comerciales por USD. $ 8.000.000, se vencen los papeles comerciales y se reintegran sus valores a las arcas y a las cuentas de la institución, pero no el 100% se reintegran, se reintegran USD. $ 7.200.000, existiendo un faltante de USD. $ 800.000, se sostiene que este faltante según la plataforma fáctica inalterable, se encuentra colocado a través de tres inversiones nuevas o adicionales, una inversión la asignada con No. 52228 por USD. $ 300.000, mediante cinco papeles comerciales hacia FINALCORP, una segunda operación la 52229 por USD. $ 200.000, a través de cuatro papeles comerciales hacia FINALCORP y una última operación la 59843 por USD. $ 300.000, en una sola operación, un solo papel comercial hacia el consorcio Zion Amazon. La pregunta que nos hacemos es la siguiente: ¿El hecho de haber realizado una inversión de USD. $ 8.000.000, que de esta inversión de USD. $ 8.000.000, se reintegran USD. $ 7.200.000, se reintegran a las cuentas de la empresa y los USD. $ 800.000 restantes se reinvierte a través de tres operaciones distintas de papeles comerciales, esa plataforma fáctica inalterable, es suficiente para establecer tipicidad objetiva y subjetiva, en el abuso de confianza o apropiación indebida, previsto en el artículo 560 del CP, vigente en tiempo de presunto cometimiento del injusto?, la

respuesta que damos como casacionistas es no, no tiene identidad jurídica para permitir la adecuación a dicha norma, eso lo decimos por la siguiente manera, el artículo 560 del CP, como verbos rectores distracción y disipación, disipar supone mal gastar un dinero u objeto que fue entregado a alguien bajo título precario. La estructuración fáctica no hace referencia a malgastar, la estructuración fáctica aparecería como si es que la reinversión supone una distracción, no un hecho de anticipación, lo que hace que analicemos el segundo verbo rector que es primero en la cronología del 560, la distracción, la doctrina ha sostenido que la distracción es una malversación. Jorge Zavala Baquerizo, en su obra delitos contra la propiedad y apropiación indebida, cuando hace referencia a este verbo rector, nos dice lo siguiente: "el agente que recibe la cosa para hacer de ella un uso determinado, cualquiera que sea ella y en lugar de hacer el uso autorizado por la víctima, retira o da la cosa para otro fin, ejecuta un acto de distracción". En la especie, existen tres operaciones comerciales mediante las cuales el 100% de los USD. $ 8.000.000 no se reintegra, porque los USD. $ 800.000, que es el saldo, se reinvierte a través de papeles comerciales, reinversión que está contabilizada dentro de la estructuración de finanzas de la propia entidad, me refiero al Club Aerotécnicos de la FAE y que inexorablemente tiene que estar en la contabilidad como o deudas por cobrar, o deudas con terceros o reinversión. Consecuentemente, una reinversión a través de un papel comercial no tiene la calidad jurídica suficiente para generar una adecuación, además consideramos que el representante presidente y funcionario o personal de estructuración de esta organización que no es pública y privada, los personeros en un momento dado en la administración de estos papeles comerciales, de estos USD. $ 8.000.000 que se reintegran USD. $ 7.200.000 y se reinvierte en USD. $ 800.000, no hicieron lo correcto, lo lógico es iniciar el proceso de rendición de cuentas que es un proceso civil, en el que determinen si efectivamente se reinvirtió en otra, invirtió en recuperarse, ganó un interés, no será un interés o se perdió el dinero. Ahora, vamos al principio de trascendencia, eso hace que esta conducta del justiciable, no se adecua objetiva y subjetivamente al artículo 560, consecuentemente, el juzgador de segunda instancia escogió de forma incorrecta a la norma, cuál era la norma que debió escoger, primero el artículo 3 del COIP, principio de mínima intervención penal, y dos, el principio duda favor reo, artículo 5.3 del COIP, por qué, porque el hecho no permite determinar la existencia material de la infracción, esa plataforma fáctica inalterable de reinversión o de una nueva inversión de papeles comerciales, no es un acto de disposición arbitraria de un bien, bajo los términos de 560, principios de trascendencia, principios de autonomía y de prioridad de este primer cargo. ¿Cuál es el alcance de la violación?, gracias a esa violación se le condena a mi cliente y la condena mi cliente genera un gravamen irreparable que es la pena privativa de la libertad. El segundo cargo casacional, consideramos que la norma en la sentencia violada y viola la ley por contravención expresa al texto de la norma contenida en el artículo 630.3 del COIP, dónde se encuentra la violación vía contravención expresa del texto, la violación se encuentra en la sentencia al finalizar el considerando quinto, justo al finalizar el considerando quinto, por qué razón, porque al finalizar el considerando quinto, antes del sexto que dice resolución, esta norma se encuentra violada por contravención expresa del texto, por qué razón, porque el cargo se da cuando el juzgador deja de utilizar una norma para resolver el caso concreto, sin considerar que el problema jurídico sí permite la verificación de aquella norma como tal, porque es un delito contra la propiedad, que no está dentro de las provisiones, porque dentro de la reparación integral a una víctima, lo que le interesa a la víctima es que se le reintegre un valor o perjuicio que se generó a su bien jurídico protegido, porque es un delito que inclusive tiene la pena baja, no es un delito donde esté comprometido el interés estatal, no es un delito en que esté comprometido intereses colectivos o difusos, no es un delito en el que esté comprometido intereses medioambientales como un derecho de los seres humanos, más aún,

cuando insisto existe ya procesos en los que la Corte Nacional de Justicia, cuando ha aplicado el artículo 630 del COIP, antes de las reformas de 2021, ha permitido suspensiones condicionales de la pena, incluso en delitos de concusión, es lógico que, se permita también una suspensión condicional de la pena en un delito contra la propiedad, donde el bien jurídico protegido es dinero, un bien fungible, que lo lógico es que existiría un injusto, ser reintegrado hacia la víctima, de esta manera se verifica una reparación integral, no existen explicación para que la suspensión condicional de la pena haya sido negada en la especie, más aún cuando se aplica una sanción, que tampoco es el máximo, no existen agravantes, no nos demuestra una mayor peligrosidad de los justiciables, no tenemos un desvalor mayor de acto que nos haga precisar que estamos ante una modalidad de conducta, que no sea aplicativa de la suspensión condicional de la pena. Gracias a esta violación se impide que la pena se suspenda y la pena tendría que ejecutarse nuevamente generando un grave irreparable hacia mi representado. Solicito que se acepte el recurso de casación interpuesto, se revoque la sentencia venida en grado y se confirme el estatus jurídico de inocencia de mi defendido el ciudadano Ulises Simeón Astudillo Vásquez. Sin embargo, si creen que la fundamentación de este sujeto procesal fue incorrecta, queda abierta la posibilidad de la casación de oficio conforme el 657.6 del COIP."

3.1.3. Encausado Camilo Edgar Frías Casco:

El abogado César Carrillo Millar, en representación del censor Camilo Frías Casco, expresó que:

"Voy a sustentar el recurso de casación, por haberse violentado los derechos constitucionales, el debido proceso, la garantía de la motivación, artículo 76.7.l de la CRE, derecho a la seguridad jurídica, artículo 82 de la CRE, la tutela judicial efectiva y el derecho a la legitima defensa. Existe incongruencia de la sentencia porque la fiscalía acusó por el artículo 560 del CP y los señores jueces sentenciaron el abuso de confianza conforme al COIP, no estando permitido dicho elemento conforme a la doctrina, jurisprudencia, los tratados de derecho internacional, atento al artículo 417 y siguientes de la CRE, y al principio *iura novit curia* determinado en el artículo 426 de la CRE, en concordancia con el artículo 140 del COFJ, y artículo 91 del COGEP. Vamos a la primera exposición respecto a la prescripción, la parte denunciante señala que las compras de papel comercial, materia de esta denuncia, se han producido el día marzo de 2013, en la que se le acusa a mi representado y el 28 de marzo de 2014, esta parte ha demostrado que la escritura de mi representado dio en parte de pago un terreno, el mismo que, cuando se realizó la suspensión condicional de la pena, y por lo mismo, que se suspendió en esta etapa de casación para llegar a una solución amistosa, fue presentado y se entregaron un papel y se entregó la participación comercial de un bien que supera el USD. $ 1.000.000, porque mi representado sí entregó un bien que ha sido reconocido por la por la directiva anterior y en virtud de este acontecimiento que fue una transacción comercial es que se le entregan seis papeles comerciales, y a mi representado se lo vincula cuando el artículo 455 del COIP prescribe la precisión del nexo causal, artículo 68 del CPP anterior, y dónde está la vinculación, dónde está la teoría del delito de que mi representado ha tenido alguna conexión con los respetables señores que están en esta audiencia el día de hoy, no se ha hecho eso, no existe la prueba documental, la prueba testimonial, ni tampoco la materialidad de la infracción, así como la responsabilidad de mi representado. En cuanto a que tenga alguna vinculación con el resto de las personas acá presentes, porque son dieciséis operaciones comerciales y mi representado participó en seis, de las cuales él entregó, él mismo y con la misma cantidad que se ofreció, cuando ilegalmente se negó la suspensión condicional de la pena, y así es como lo señala la contraparte, se pretende involucrar a mi representado que no conoce al resto de personas que realizaron otras operaciones, pero se lo vincula como si él hubiese realizado las otras operaciones con todas las personas involucradas, lo que es falso. Lo que se evidencia en el numeral dos del acta resumen del auto de llamamiento a juicio, de fecha 30 de noviembre, donde sí se menciona que mi representado se le entregaron seis operaciones,

seis documentos, el 22 de marzo del año 2013, con el número de operación 52228, anteriormente quien me antecedió en el uso de la voz, señaló el No. de operaciones 5255959843, que no tienen absolutamente nada que ver con mi representado y equivalen a diez operaciones, por lo tanto, debieron ser hechos denunciados de manera individual, atendiendo al oficio presentado por el Dr. Juan Carlos Rivera Silva, de fecha 6 de abril 2018, se dispone de conformidad a los artículos 593 y 594 del COIP, se señala audiencia de vinculación y formulación de cargos en esa fecha, el 6 de junio del 2018, se vincula a mi representado Camilo Edgar Frías Casco, por lo que se puede concluir que la fiscalía que acusa con el código actual para todos los accionados y el tribunal penal sentencia por el CP derogado, lo que causa la vulneración del 77.l de la CRE; el delito que se acusa señalado a fojas 4 de autos, numeral 7, es por 16 operaciones de compra de papel comercial al Banco General Rumiñahui, cada una por USD. $ 50.000, dando un total de USD. $ 800.000, es de abuso de confianza. Anteriormente, el abuso de confianza estaba tipificado en el artículo 560 del CP y actualmente en el que 187 del COIP, es importante ver el numeral 8, a fojas 5, donde señalan que las compras de papel comercial materia de esta denuncia, se han producido los día 19 de marzo de 2013, a 22 de marzo de 2013, y 28 de marzo del 2014, y en el numeral 2 del acta resumen del auto de llamamiento a juicio, de fecha 30 de noviembre de 2018, a las 09:00, se relaciona a mi representado con los hechos denunciados, el señor Oscar Ochoa se da cuenta que los procesados habían formado una estructura delictiva, pero dónde se ha comprobado la estructura delictiva que mi representado que ha sido sentenciado en calidad de cómplice con una pena de seis meses, ha tenido una relación de hecho con el resto de los de los sentenciados, y por eso debemos dilucidar en qué operación actuó mi representado que, nada tiene que ver con el resto de personas y para ello, debemos remitirnos a la operación 52228, y su fecha que es el 22 de marzo del año 2013, la acción está prescrita, porque el artículo 417.3.a del COIP, toda vez que la audiencia de vinculación se realizó el 6 de junio de 2018, habiendo transcurrido en exceso el plazo para los efectos de la prescripción. Hay que aplicar los artículos 76 de la de la CRE que prescribe el derecho a la seguridad jurídica, 76.7.l que prescribe que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas y todo lo que sea contrario, no será considerado conforme a derecho, y el artículo 76.5 de la CRE, que prescribe la interpretación de in dubio proreo, que es el sentido más favorable al reo, para que se declare la prescripción de la acción a favor de mi representado. Por lo referido anteriormente, solicito que aplique el principio *iura novit curia*, prescrito en el artículo 417 y siguientes de la CRE, el artículo 140 del COFJ y artículo 91 del COGEP, se acepte el recurso de casación, se acepte la prescripción de la acción a favor de mi representado Camilo Edgar Frías Casco."

3.1.4. Procesado Duglas Stiben Bolaños Riera: El abogado Diego Córdova Raza, en representación del contradictor Duglas Bolaños Riera, señaló que:

"Se impugna la sentencia emitida por la Corte Provincial de Pichincha, de fecha 25 de julio del 2022, en la misma que, ratifica la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales de la provincia de Pichincha, en contra del señor Bolaños Riera Duglas Steven, sentenciándolo por el delito establecido, tipificado y sancionado en el artículo 189 del COIP, imponiendo la pena privativa de libertad de un año. Ha quedado plenamente establecido que los hechos suscitaron en el 2013 y parte del 2014, donde se tenía que aplicar lo que establecía eventualmente el CP, es decir, el artículo 560 del CP, y eso activa una disyuntiva interesante, porque en el efecto, a pesar de que en el COIP, en el artículo 187, persiste el delito de abuso de confianza, pero varía sustancialmente en una parte que es medular en la presente resolución de la conflictiva jurídica, porque el 187 dice que la persona que disponga para sí o una tercera persona de dineros, y en esto es la variación sustantiva que existe dentro de las diferentes normas, y por lo cual, esta defensa argumenta que existe una contravención expresa del artículo 570 del CP, porque en efecto el CP establece el que

fraudulentamente hubiera distraído o disipado en perjuicio de otro, entendiendo y comprendiendo, según las disposiciones, según la tesis fiscal, que existe un sujeto activo dentro de este proceso, que son hoy los recurrentes, y un sujeto pasivo, que es en efecto, el Club de Aerotécnicos de las Fuerzas Armadas del Ecuador (FAE), en ese eventual hipotético a quién se le abusó la confianza fue al Club de Aerotécnicos de las FAE como sujeto pasivo y quien tenía que responder como sujeto activo, a quien se le dio esa confianza de la relación jurídica propiamente dicha, eran netamente sus directivos, y es así que, en el acápite quinto de la sentencia, podemos evidenciar que se realiza un análisis jurídico y análisis de la sala de apelación, en la misma que en el punto tres establece, para responder a las demás alegaciones planteadas por los recurrentes Steven Bolaños, Víctor Briones y Ulises Astudillo, y puntualmente establecen que efectivamente se da un abuso de confianza porque existen tres operaciones importantes, y producto de esto, nace o tiene su génesis este proceso penal, la operación 52228, la operación 52229 y la operación 59843. Efectivamente, cada una de estas operaciones, a decir de fiscalía, son las que generan un perjuicio al Club de Aerotécnicos de las FAE, la 52228, en un monto de USD. $ 300.000 la 52229 en un monto de USD. $ 150.000 y por último, la 59843 por un monto de USD. $ 50.000 en seis papeles comerciales. Del propio razonamiento en este acápite 5.3, de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha establece que los USD $. 800.000 correspondían a tres operaciones específicas, 52228 autoriza su emisión Ulises Astudillo, en su calidad de presidente y Víctor Briones, en su calidad de tesorero, compuesta de seis papeles comerciales, de USD $. 50.000 cada una y que sumadas daban un monto de USD $ 300.000 segunda operación 52229, autorizada su emisión por Ulises Astudillo, en su calidad de presidente y Víctor Briones en su calidad de tesorero, y una tercera operación que es la 59843, autorizada su emisión por Ulises Astudillo, en su calidad de presidente y Edwin Reina en su calidad de tesorero; ellos son los que efectivamente se encuentran enmarcados, perfectamente, en lo que se denomina el sujeto activo de la infracción, porque ellos gozaban de esa confianza, de esa relación jurídica en su calidad de presidente y de tesoreros para con el Club de Aerotécnicos de las FAE como sujeto pasivo, por qué entra el señor Steven Bolaños, porque hacen una contravención expresa del artículo 560, porque él no tiene una relación de confianza directamente con el Club de Aerotécnicos de las FAE, y es así que su actuar, no se encuadra dentro de él que fraudulentamente hubiera sustraído en perjuicio de otro, porque no tenía esa relación jurídica, ni esa confianza que le daba el sujeto pasivo, por ende, se encuentra ratificado esto dentro de la sentencia, que en su parte medular también establece lo siguiente, observa que muchas operaciones de compra de papel comercial fueron firmadas por el procesado Edwin Reina, como tesorero y otras depositadas en las cuentas del club, lo que no configura delito, sin embargo, la única transacción que vincula a un procesado, fue retirada por Steven Bolaños, haciendo notar que fue depositada a la cuenta 10100398530 del Banco Pro Credit del consorcio Visión Amazon, pero el hecho de que todas y cada una de estas tres transacciones, existan tres diferentes personas que recibieron, o receptores de estos papeles comerciales, y sorpresivamente, solo tenemos a un procesado y a un sentenciado, y los otros dos, porque a decir incluso de la propia corte provincial, quien cobra uno de estos papeles comerciales ese señor Birgabaus y el señor es testigo principal de la fiscalía, no estaba ni procesado y está en la misma calidad y en el mismo eje y en el mismo tratamiento se debería dar con el señor Steven Bolaños. Por lo cual, referente a esta a esta contravención expresa del artículo 560 del CP, solicito que se case la sentencia que ha venido en grado, y en el efecto, se ratifique el estado de inocencia del señor Steven Bolaños Riera. Ahora bien, si no consideran este argumento válido, existe también una contravención expresa del artículo 630 del COIP, que por principio de favorabilidad tiene que ser aplicado, a pesar de que los hechos suscitaron con el CP, respecto a la suspensión condicional de la pena, porque dentro del razonamiento, en

el acápite quinto, en el punto cinco, al final, antes de entrar a la resolución, la corte provincial de justicia emite el siguiente razonamiento: "en tal virtud, por la vía del recurso de apelación que versa también sobre la decisión del a quo, de negar la suspensión de la pena, es de señalar que este tribunal ad quem, concuerda con el tribunal de juzgamiento, ya que si bien es un delito de abuso de confianza, no cumple con lo dispuesto en el numeral 3, del artículo 630 del COIP, el acto delictivo ejecutado fue en perjuicio de numerosas personas, afiliados del Club General de Aerotécnicos de las FAE, oficiales del servicio activo y pasivo, quienes confían en sus directivos que son parte de la misma institución, para dar un destino adecuado a los ahorros que se les entregaron, y lo más importante, sin que se haya propuesto además por parte de los procesados, una fórmula para reparar económicamente a la entidad privada". Por eso, se desnaturaliza lo que es la suspensión condicional de la pena, que efectivamente el artículo 631.7 establece que tiene que haber una garantía de reparación integral a la víctima y que se da desde la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, donde se les impuso a todos los procesados, la prohibición de enajenar bienes, y el congelamiento de cuentas bancarias, es así que, incluso este razonamiento da más argumento a la parte inicial del fundamento de la defensa, pues dice, a decir de la corte, son quienes confían en sus directivos, y el señor Stiben Bolaños nunca fue directivo, el artículo 66.29.c de la CRE, establece que ninguna persona puede ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto en el caso de pensión alimenticia, lo que está diciendo la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que si no puedo reparar o no he garantizado efectivamente, o no he formulado una propuesta de garantizar a la víctima, no se le puede otorgar una suspensión condicional de la pena, desnaturalizando totalmente el concepto de que no hay prisión por deudas garantizado en la CRE. Por ende, de considerarlo así, solicitamos que se revoque la sentencia venida en grado, en la parte medular de la suspensión condicional de la pena como contravención expresa al artículo 630 del COIP, y en su efecto, se le otorgue la suspensión condicional de la pena a favor del señor Duglas Stiven Bolaños Riera, y se impongan las condiciones que vuestras señorías consideren pertinentes."

3.2. Contradicción:

3.2.1. Fiscalía General del Estado (FGE)

El abogado Alfredo Rodríguez Ramos, en representación de la FGE, dijo que:

"Respecto del procesado Víctor Briones, ya que ha mencionado un vicio motivacional que afectaría en sí o se entraría analizar la parte de la motivación de la sentencia para ver si cumple con los estándares y la obligación normativa que está en el artículo 76.7.l, el recurrente ha hecho varias conceptualizaciones, primero se nos ha dicho que, existiría una insuficiente motivación y luego una apariencia en la motivación, respecto de una incongruencia frente a las partes y frente al derecho. Frente al derecho, nos ha dicho que no se han valorado varias pruebas, sin embargo de aquello, debo considerar que esta es una primera imprecisión, puesto que la sentencia No. 116817EP de la CCE nos indica que, una incongruencia frente al derecho surge cuando no se ha contestado alguna cuestión del sistema jurídico, ley, jurisprudencia que, debía observarse en el auto, resolución o sentencia, no se refiere a la falta de análisis de pruebas, sino al asunto medular de derecho, y cuál fue el asunto medular del derecho, es si correspondía la aplicación del artículo 560 respecto de los actos que realizaron las personas procesadas en su debido momento. Luego, se nos habla de una serie de argumentaciones que a decir de la parte recurrente no se habrían considerado y señaló veinte y cinco argumentaciones que, a decir de la parte recurrente, no fueron tomadas en cuenta por el tribunal de apelación y se ha dedicado a señalar lo que habrían manifestado en algunos testimonios respecto de cobro de papeles, y sobre varios aspectos que tienen que ver con el acontecer fáctico, y con el entorno probatorio, entonces ¿Qué hace la sala?, la sala sintetiza todas estas argumentaciones, incluso en la última argumentación señala que el tribunal de apelación da contestaciones al resto de las intervenciones en las que justamente responden a las alocuciones del procesado

Víctor Briones, porque en su momento el ciudadano Víctor Briones en la sala de apelación, el asunto medular que él establecía era de que, no era responsable del tipo penal por el cual fue procesado, entonces, lo que hace la sala es establecer el tipo de conducta que él realizó atendiendo al principio de legalidad y establecer como se configuró el delito de abuso de confianza. Respecto de esta persona señaló los medios probatorios y le señaló la interpretación normativa, esto nos da dos situaciones, que existe una motivación fáctica, señalan las pruebas y una motivación normativa, se hace el estudio en sí de la tipicidad objetiva y subjetiva, y atribuyen estas situaciones a la parte recurrente. También se nos hablaría de una incoherencia decisional, porque se ha confirmado la sentencia de primer nivel y se ha declarado un estado de inocencia, si nosotros revisamos la parte resolutiva de la sentencia, confirma la sentencia de las personas de quienes se les niega el recurso de apelación y se establece que se acepta el recurso de apelación de quien se hizo un juicio de tipicidad, para quien si justificó su recurso de apelación, entonces, no es una incoherencia decisional, entonces, existe respuesta jurídica frente a las partes, incluso la misma sentencia habla de motivación mínimamente suficiente para hablar de que cumple con la garantía de la motivación, entonces, que se puede extraer de toda esta extensa argumentación que se planteó en primer momento, es nuevamente ubicar a la sala de casación, reabrir nuevamente el debate para que se consideren a criterio de la parte recurrente sus alocuciones que lo hizo en una y algo más en sede de apelación, se está utilizando un medio de impugnación para justificar dos situaciones que son contrapuestas en las argumentaciones, primero, una nulidad por falta de motivación, y segundo, habla de una errónea interpretación del artículo 630.3, es decir, persigue una nulidad, y luego, persigue un cargo casacional y sobre este punto de una errónea interpretación del artículo 630, no se lo ha hecho conforme la naturaleza del recurso de casación. Si bien se habla de una errónea interpretación y cumpliría *a priori* una taxatividad, no se debe olvidar que, efectivamente la naturaleza del recurso de casación tiene que cumplir otros principios como autonomía, y aquí se confronta el razonamiento del juzgador, estamos hablando de una errónea interpretación, implica confrontar el razonamiento jurídico de interpretación normativa, cual debió haber sido la correcta interpretación y justificar así el principio de trascendencia, por lo que el recurso resulta inocuo. Por ende, señores miembro del tribunal, el primer planteamiento del recurso de casación, por tener estas inconsistencias de orden conceptual respecto a los vicios de motivación, porque se han mezclados los conceptos, y además, por ser contrapuesto específicamente a las pretensiones impugnatorias, y a más de reabrir el debate para ser nuevamente analizado en sede casacional, debe ser declarado por su falta de tecnicidad argumentativa, por lo que fiscalía solicita que este primer recurso sea declarado improcedente. Ahora sí, en el segundo recurso de casación respecto del señor Ulises Astudillo, referente a la indebida aplicación del artículo 560, cuando en su lugar debió haberse aplicado el 5.3 del COIP y la mínima intervención penal, debo señalar lo siguiente: la jurisprudencia y la doctrina nos han enseñado dos situaciones, no todo error en la sentencia es trascendente como para enervar el razonamiento del juzgador, ahora cuando hablamos de indebida aplicación de la norma o error de escogencia de la norma, en este caso, tenemos que atender si bien se nos hace una proposición jurídica completa de la indebida aplicación, hay que considerar que, cuando se habla de indebida aplicación, implica que esta norma contiene elementos objetivos y subjetivos, pero sobre esta base de este tipo penal es que el tribunal de apelación razona y aplica el derecho, pero si no se ataca a ese razonamiento, primero de interpretación y luego de aplicación, porque se selecciona la norma, se utiliza el proceso de análisis jurídico y se la aplica al caso en concreto, si no se realiza todas estas situaciones, no se cumpliría con el principio de autonomía, una confrontación del razonamiento del juzgador en torno a la norma que se considera indebidamente aplicada, y más aún si se hablaría de una mínima intervención, pues si bien el recurrente ha

explicado que no es objeto de la casación analizar la prueba, inmiscuirnos en la pretensión impugnatoria conllevaría a una valoración indirecta de los medios probatorios, para considerar que esta situación jurídica respecto de este procesado, no era materia de persecución penal sino de materia civil, al señalar que se trataría de una rendición de cuentas atendible en sede civil. Si bien se ha sostenido un cargo, no cumple por falta de fundamento por falta de autonomía, puesto que no sería viable aceptar este cargo, por ello deviene su improcedencia. En torno a la contravención del artículo 630.3, la misma jurisprudencia ha dicho que la contravención y la indebida aplicación nace de un error de selección de la norma, entonces, qué atacamos con el tema de la contravención, que no debe existir el propio análisis de esta norma para que, se pueda considerar que el juzgador olvidó aplicarla y que todo lo que ha razonado se ajusta a lo que olvidó aplicar el juzgador. Por eso, se diría que es contraventora del artículo que se considera vulnerado, entonces, nosotros vemos que la sala de apelaciones justamente hace el análisis del artículo 630 y se niega por la falta de cumplimiento del requisito del 630.3, en su segunda hipótesis, que es la gravedad de la conducta, y aquí nos entraríamos analizar y pasaríamos hablando de los fines de la pena. La sala refiere que se habría cometido el delito en contra de personas de un club que se les perjudicó en su patrimonio, y en esas situaciones, entonces, en este segundo escenario del segundo cargo no cumpliríamos con la naturaleza y especialmente con el principio de taxatividad, ya que no implica solamente una identificación normativa, es decir, que esta causal es la que seleccione, sino que dicho principio también es conceptual que implica que la norma que señala el casacionista como infringida no ha sido observada por el tribunal de apelación, por eso, el segundo recurso de casación también deviene en improcedente por falta de fundamentación, y también por tener una pretensión indirecta de valoración de los hechos, y nuevamente traernos a colación un debate de la situación fáctica y de orden probatorio, por ende, este segundo recurso de casación debe ser declarado improcedente. Entrando al tercer recurso de casación, respecto del ciudadano Frías Casco, dos son las formas de contradecir en casación, una por infringir el segundo inciso del artículo 656 del COIP, y otra por reabrir nuevamente el debate de sede de apelación, porque nuevamente se discutiría el tema de la prescripción de la acción penal, que la sala ya ha sido enfática y ha resuelto sobre esa situación de que la causa inició el 15 de enero de 2018, y se dio contestación de que, efectivamente, no se encuentra prescrita la causa, y entrar a analizar nuevamente esa situación es rebatir los asuntos, las acciones, los medios probatorios, incluso retrotraernos hasta el acta de preparatoria de juicio, analizar los actos realizados por esta persona, las vinculaciones que se le hizo a este ciudadano, y verificar situaciones que ya fueron motivo de análisis, y sobre esta base se dice que habría una incongruencia del artículo 560 y respecto de lo que dice el COIP, en este tercer recurso de casación, ni siquiera se nos ha hablado o se ha cumplido con el recurso de taxatividad, ni de trascendencia, no se ha confrontado el razonamiento del juzgador, señalar la parte concreta donde se encontraría el razonamiento y dilucidar como se produjo este error de derecho, y tampoco se ha cumplido con el principio de trascendencia, por lo que debe ser rechazado por improcedente, ya que el tema de la prescripción tiene ya respuesta jurídica en sede de apelación. Sobre el recurso de casación de Duglas Bolaños, se nos habla de contravención expresa del artículo 560, es decir la norma hipotética, y si hablamos de tecnicidad del recurso de casación, la norma no tiene que haber sido aplicada por el juzgador para considerar que se ha olvidado de aquella norma y que el razonamiento que hace es pertinente para aquella que se olvidó, entonces, no se cumpliría con el principio de taxatividad respecto al carácter conceptual, tampoco se cumpliría con el principio de autonomía, pues lo que se ha señalado es el cuestionamiento de varios medios probatorios respecto a tres operaciones comerciales, señalando que el ciudadano no conocía a los directivos, cuando la sala ha sido enfática en señalar cuales son las formas de acción de cada

uno de los procesados, y en este, señala la calidad de contador de esta persona y cómo fue que encajó su conducta, pero como lo manifiesto, entrar a analizar todos esos argumentos nos conllevaría a que nuevamente debatamos lo que se trató en sede de apelación. Finalmente, se nos habla también de una contravención al 630.3, nuevamente la falta de tecnicidad nos lleva a verificar que la norma del 630.3 fue aplicada y analizada, entonces, se estaría equivocando el tipo de causal por la cual se está argumentando, por ende, no se cumpliría tampoco con los principios de autonomía, ni de trascendencia, puesto que el recurrente lo que hace aquí es cuestionar la valoración probatoria, el escenario fáctico, cuestionar los tipos de acciones realizadas y efectuar justamente lo que se hace no en casación, sino en sede de apelación, plantear la inconformidad de adecuación del hecho al derecho, lo cual, no es materia de análisis de casación, sino netamente los errores *in iure*, por ende tampoco este cuarto recurso de casación sería procedente, por lo que fiscalía solicita que también se lo considere como improcedente, por estar direccionado directamente a una valoración probatoria. Para concluir, debo señalar que en todas las génesis expuesta en las pretensiones impugnatorias, de ser aceptadas, estaríamos hablando de que primeramente abriríamos nuevamente el debate de apelación, y lo que se hizo en sede de apelación a partir del considerando quinto se abarcó todas las pretensiones impugnatorias de los recurrentes, en sede de apelación se fincó el antecedente fáctico para señalar luego sobre la premisa normativa, es decir, sobre el análisis del tipo penal o de la norma hipotética del artículo 560 del CP y se habló sobre los elementos que componen la estructura del tipo penal, se señaló efectivamente que quienes condicionaron las actividades de cada uno de los procesados era el sujeto pasivo de la acción, y al haberse realizado todas estas acciones, es decir, las autorizaciones de estos papeles comerciales, la forma de extraer estos dineros comerciales que dio una cantidad de USD. $ 800.000, es lo que tenía que haber ingresado a este club de las personas que fueron el sujeto pasivo de la infracción, y justamente se fue determinando una a una los tipos de acciones y se fue señalando una sola situación, como trasuntaron sus conductas en el verbo rector, que es el carácter reprochable de la acción, se lo especificó en la parte objetiva y en la parte subjetiva, para luego determinarse que, efectivamente, en torno al desvalor de acto y de resultado, seleccionó el bien jurídico protegido, y se hizo un juicio de reproche sobre esa conducta realizada. Entonces, todo ese análisis de razonamiento normativo que no ha sido objeto de confrontamiento respecto de las causales de casación que se han invocado, no nos deja más que considerar una sola situación, podríamos abrir nuevamente el debate en sede de casación respecto de las alocuciones expuestas, la respuesta es no, incluso responderíamos a la gran interrogante es de que si existiría un error jurídico en la sentencia, tanto para la motivación, tanto para las causales de casación, la respuesta es que no, puesto que la técnica casacional justamente obliga a que se estructure un recurso de casación acorde a lo que se ha señalado por parte de esta Corporación de la Corte Nacional de Justicia. Respecto a la forma de fundamentar el recurso de casación, debo dejar sentado de que, efectivamente, la sala de apelaciones, al contener una motivación tanto fáctica como jurídica, no disgregan ningún error de derecho que sea atendible conforme a las alocuciones de los recurrentes, más allá de sus facultades casacionales de oficio que ya es un tema inherente netamente a ustedes. Sin embargo, por la técnica de la casación, los recursos no cumplen esta expectativa, por lo cual, no serían atendibles en esta sede, tanto más que, las alocuciones de los recurrentes no hacen más que desconocer el acontecer fáctico dado por probado, respetables las alocuciones de las defensas técnicas de las partes recurrentes, fiscalía considera que la improcedencia de estos medios de impugnación deben ser declarados como improcedentes, y por ende, se debe rechazar el objeto de la impugnación bien garantizado por esta Sala."

3.2.2. Acusación Particular:

El doctor Iván Almeida Galarza, en representación del acusador particular Oscar Iván Ochoa Chiliguano, Presidente y Representante legal del Club Social de Aerotécnicos de la FAE, afirmó que:

"Debo manifestar, en lo principal que, coincido con fiscalía, y como aporte, me permito realizar aclaraciones y precisiones que considero necesarias en cuanto a las exposiciones que han hecho los señores procesados. Me explico, se han expuesto una serie de hechos en la plataforma fáctica, una serie de circunstancias que a decir y entender de ellos han ocurrido. El tema es sencillo, no concurren mayores elementos o dificultades, en cómo se desarrollaron estos hechos, en cómo fueron probados, procesados y sentenciados. El tema es que, quienes hoy son procesados, en su debido momento tuvieron como representantes legales, tesoreros y contadores del Club Social de Aerotécnicos de las FAE, una corporación civil, que enmarca a todos quienes forman parte las FAE, en cuanto a lo que a la tropa se refiere, por lo que este Club, está integrado con alrededor de 5.000 socios, quienes realizan aportes para beneficiarse de una serie de servicios, que incluyen, el uso de lugares vacacionales de sedes sociales. Así, los señores directivos del club, junto con el contador, por silla, como parte de los órganos colegiados del club, que son un directorio, en asamblea, se idearon invertir, USD. $ 8.000.000, en efectivo, en el mercado de valores ecuatoriano, acatando las sugerencias de una funcionaria bancaria, quién manifestó que estas inversiones resultarían beneficiosas para el rendimiento económico del club, y sin las autorizaciones respectivas intercambian USD. $ 8.000.000, en efectivo, por USD. $ 8.000.000 en papeles comerciales, en títulos de papeles comerciales, que los compraron al portador, y de esos USD. $ 8.000.000, regresan USD. $ 7.200.000, es decir, USD. $ 800.000, no regresaron. Esos USD. $ 800.000, se muestran en las cuentas bancarias del señor Camilo Frías Casco, del señor contador, Stiben Bolaños, y a la de sus allegados. Por lo tanto, solicito que se declaren improcedentes los recursos presentados por los cuatro procesados."

3.3. Réplicas:

3.3.1. Defensa técnica del recurrente Víctor Briones Eras:

"El señor fiscal me ha dicho a mí específicamente que, no puede haber incongruencia frente al derecho, ya que la incongruencia frente al derecho según la sentencia, caso garantía de motivación, y que la norma nada habla sobre valoración de la prueba en conjunto. Sin embargo, la sentencia, caso garantía de motivación, párrafo 61.2 señala que las pruebas deben ser analizadas de forma conjunta, deben estar todas las pruebas analizadas y al ver ustedes la sentencia, que solo analiza cuatro testimonios y una pericia, dejando de lado más testimonios y toda la prueba documental, claramente, estaríamos hablando de incongruencia frente al derecho, por no valorar toda la prueba. El siguiente punto que señala el fiscal es que existe error en la argumentación, y aquello es errado, pues yo he dicho y reitero que de los veinte y cinco argumentos que mi defendido ha presentado, esos veinte y cinco argumentos debieron haber sido analizados por su relevancia, y la CCE ha indicado que, los argumentos relevantes tienen dos características: la primera, que los argumentos relevantes son aquellos destinados a resolver los problemas jurídicos. Todos los veinte y cinco argumentos del Dr. Pepe Moreno, en audiencia de apelación, estaban destinados a determinar, materialidad y responsabilidad. La segunda característica que da la CCE es que tienen que dar una respuesta diferente a la respuesta que dio el tribunal de apelación. Así, todos los argumentos del Dr. Pedro Moreno, estaban destinados a que se acepte el recurso apelación, pero al momento en que la corte de apelación rechazó recurso de apelación, prácticamente, los tornó en argumentos relevantes, por ende, si no están dadas respuestas, se equivoque o no, el Dr. Moreno, estaríamos hablando de que hay una incongruencia frente a las partes. La tercera cuestión a la que se refiere el señor fiscal es a la incongruencia decisional argumentada por mi persona, y dice que, si se ratifica el estado de inocencia de uno de los recurrentes sin apelación, se ratifica la sentencia de primer nivel respecto de los rechazados, pero señores Jueces, si nosotros nos permitimos revisar la sentencia de primer nivel, esta es clara al momento de determinar la reparación integral y textualmente dice: Ulises Vásquez, Víctor Hugo Reina Pozo, Edwin Marcelo Reina quien fue declarado inocente Bolaños Riera Duglas Steven realizan el

pago de $ 126.750 cada uno; y, el señor Camilo Casco, el pago de $ 300.000, para de esta forma reparar los $ 800.000 en perjuicio, pero, ¿Qué pasa cuando le ratifican el estado de inocencia a Reina Pozo Edwin Marcelo?, no mueven el monto de reparación integral, y al no mover el monto de reparación integral, claramente, existe una incoherencia decisional, porque la premisa no tiene nada que ver con la decisión. Respecto a lo que el señor fiscal dice, de que mínimamente la sentencia debe estar motivada. La CCE nos ha dado estándares de motivación genéricos y específicos en materia penal, ¿Cuáles son los estándares de decisión específicos en materia penal? son dos, que se responda a los argumentos relevantes de las partes, cosa que no lo hicieron de los veinte y cinco puntos presentados por el Dr. Moreno; y que diga cómo se sobrepasa el umbral de más allá de toda duda razonable, algo que les invito a poner en la sentencia en PDF, la palabra duda no existe, más aún no existe un argumento que diga cómo sobrepasar de toda duda razonable. Por último, y para terminar, el señor fiscal nos ha dicho que, prácticamente, hemos tenido una argumentación totalmente deficiente porque, primero, pedimos la nulidad constitucional, y después decimos que hay una errónea interpretación de la institución jurídica de la suspensión condicional de la pena. Por qué argumenté de esta forma señores Jueces, que si ustedes corrigen el error de derecho, del error de interpretación de la suspensión condicional de la pena, ustedes tienen que dar condiciones; y, una de las condiciones es reparar integralmente a la víctima. ¿Cómo pueden reparar integralmente a la víctima, cuando el monto no ha sido redistribuido en la sentencia de apelación? Este cargo es solo para hacerles entender señores Jueces que hay una sentencia motivada de manera insuficiente. En este sentido, solicito que se declare la nulidad constitucional, porque la sentencia no reúne los estándares de suficiencia motivacional, por incongruencia frente al derecho, al no valorarse toda la prueba, como ha dicho la jurisprudencia de la CCE, porque no se analiza la duda razonable, el umbral; incongruencia frente a las partes, porque no se resuelven los problemas jurídicos o argumentos del Dr. Pepe Moreno, los veinte y cinco argumentos, que son relevantes; y, la última incongruencia decisional, porque no se distribuye la reparación integral."

3.3.2. Defensa técnica del objetante Ulises Astudillo Vásquez:

"El representante del Estado ha sostenido ante el primer cargo casacional, en la aplicación del artículo 560 el COIP vs. las normas que deben ser aplicadas artículo 5.33 del COIP, el señor fiscal ha manifestado que no se ha cumplido el principio de trascendencia, pues no hemos valorado desde el punto de vista jurídico la parte en la que efectivamente la sentencia, el artículo 560 se va a aplicar y sí lo hicimos, lo hicimos, cuando manifestamos que estaba en el considerando tercero, manifestamos que se encontraba en la parte resolutiva, en virtud del principio de inescindibilidad frente a la sentencia de primer nivel de la sala configurada y también lo dijimos cuando analizamos la plataforma fáctica, que es inalterable. También es importante saber que el señor fiscal nos dice que, indirectamente estamos pidiendo una valoración de prueba y estamos pidiendo la valoración de la prueba. La prohibición es valorar hechos y pruebas, pero para la aplicación de la norma, para la contravención expresa de la norma, para la debida aplicación de la norma, para la interpretación de la norma, tengo un presupuesto que es inalterable y es ese presupuesto inalterable, ha sido puesto en consideración de ustedes. Respecto al segundo cargo casacional, cuando hablábamos sobre la contravención del 630.3 del COIP, el señor fiscal dice que me he equivocado en el cargo casacional, que de haber sido así, aplica la casación de oficio, pero le respondo al señor fiscal, sosteniendo que no me equivoqué en escoger el cargo casacional porque, ya la Corte Nacional, ustedes se han manifestado que la contravención expresa se da, cuando el juzgador deja de utilizar una norma jurídica para resolver un caso en concreto, sin considerar que el conflicto que se determina como probado guarda identidad con el supuesto fáctico de aplicación de la norma, nosotros hemos sostenido que el juez *ad quem*, dejó de utilizar el 630.3 del COIP, sostiene, no lo ocupó,

porque esta conducta es extremadamente gravosa, y ahí se equivoca, porque esta conducta no es extremadamente gravosa, permite la suspensión condicional de la pena, tanto más, insisto en delitos de corrupción se han aplicado. Finalmente, el acusador particular dijo algo que me interesa muchísimo, sostuvo la acusación particular que lo que hubieran formado inversiones que podrían generar rendimiento, si son inversiones que pueden generar rendimiento, eso no es ni distraer ni tampoco disipar, ergo no es disponer, y si hago una inversión que puede generar rendimiento, y asumo ese riesgo, y ese rendimiento no se da, como administrador respondo civilmente, no penalmente, la argumentación de la acusación particular pondera el cargo. Ruego medianamente se acepte el recurso que ha sido planteado."

3.3.3. Defensa técnica del censor Camilo Frías Casco:

"La fiscalía ha señalado que no se cumplió con la naturaleza del recurso de casación, específicamente el principio de taxatividad y el principio de transcendencia. No es necesario nombrar los artículos 656, 657, los cuales describen los elementos del recurso de casación, pero por otra parte, la misma fiscalía ha reconocido algo, porque aquí nosotros no estamos pidiendo la valoración de la prueba, sino estamos señalando exclusivamente que, existe la prescripción de la acción. La resolución señala que se trata de un delito continuado y mi representado no ha sido parte de alguna directiva, mi representado hizo una transacción comercial individual con la directiva, con la parte accionada, y el tribunal de alzada, la sala penal estimó que esto se trataba de un delito continuado, lo cual, no se da para no declarar la prescripción de la acción penal, pero, por otra, la misma fiscalía y el mismo abogado de la acusación particular ha señalado que si existe la casación de oficio, que está en el audio y qué significa la casación de oficio, aplicar ni más ni menos el artículo 76.7.l de la CRE y el principio *iura novit curia*, que prescribe que los jueces conocen el derecho, es decir que están iluminados, son el tamiz por el cual la fiscalía no puede ser un Estado persecutor, como ustedes conocen, todo el proceso señores Jueces, se realizó operaciones, con papeles por USD. $ 50.000, cada uno. Consta a fs. 1122, que es importante la minuta donde se detalla la compraventa de un bien inmueble que mi representado entrega a la parte accionante, en compensación existe un acto de compraventa a fs. 1655, con respecto a la escritura de compraventa del inmueble, de fecha 1 de enero de 2013, es decir, en virtud de un acto de comercio, en virtud de una escritura pública es que se realiza esta transacción comercial y ¿Qué es lo que hace la fiscalía?, la fiscalía persecutora, la fiscalía inquisidora, de acuerdo con el artículo 3 del COIP, no agotó todos los organismos extrapenales que debía haber agotado, por ejemplo, una nulidad, una falsedad de escritura pública, no se ha realizado en favor de mi representado todas esas actuaciones, pero más que todo, se ha demostrado que los papeles comerciales por USD. $ 300.000, se firmaron y entregaron el día 23 de abril del año 2013, es decir, que la acción está prescrita el día 23 de abril del año 2018, y de dónde se vinculó a mi representado, ahí comenzó el juicio para mi representado. Señores Jueces, él no es un directivo de la Asociación de Aeronáuticos, por lo tanto, debe aplicarse el artículo 417.3.a del COIP, que prescribe que la prescripción de la acción se da en un plazo de 5 años y debe aplicarse el principio de favorabilidad que tiene el artículo 76.5 de la CRE. Hasta aquí mi intervención señor."

3.3.4. Defensa técnica del casacionista Duglas Bolaños Riera:

"He escuchado atentamente lo alegado por parte de FGE, y en base a que ya es una muletilla frecuente y una falacia, esta defensa no va a ser uso de la réplica, devolviendo la palabra."

3.4. Derecho de última palabra:

3.4.1. Procesado Víctor Briones Eras:

"Estoy totalmente de acuerdo con la defensa, el doctor Juan Carlos Perea ha sido claro, explícito en la argumentación que ha dado, respecto a la motivación que debe contener la sentencia, por eso, pues, estaría observándose esto en la sentencia de apelación. Quiero manifestar señores Jueces, es algo real de lo que se dio todo este proceso, yo estuve fuera del país como dijo mi abogado defensor, en un cargo diplomático, por mi

trascendencia en lo que fue en las Fuerzas Armadas, y por último, señores Jueces pedirles de manera personal que se haga justicia porque para eso ustedes están, en el punto en el cual están, para que se haga justicia en beneficio de las personas."

3.4.2. Encartado Ulises Astudillo Vásquez:

"Me ratifico en todo lo actuado por parte mi defensa técnica, el doctor Juan Carlos Salazar, pues lo ha hecho conforme a la norma técnica para este caso sobre lo que es casación, o sobre la parte de la mera legalidad de la cual, se omitió de observar por los jueces del tribunal provincial de justicia de Pichincha, para como parte final, el señor abogado Iván Almeida Galarza, acusador particular del Club Social Civil de Aerotécnicos, manifestó muy claramente sobre las inversiones y dijo que esos dineros de los papeles comerciales fueron a cuentas de Stiben Bolaños y familiares. Yo, como presidente del club que fui en ese tiempo, hice un trabajo honesto, ético, pero he sido víctima de todo este proceso. Solicito que se haga justicia, se observe de manera mandatoria los instrumentos internacionales de derechos humanos y se case esta sentencia venida en grado para el respectivo conocimiento superior."

3.4.3. Encausado Camilo Frías Casco:

"Solamente mencionar que dentro de este proceso yo soy una víctima. Yo lo que hice fue vender un terreno con un valor de USD. $300.000 al Club General de Aerotécnicos, por lo cual, me pagaron con unos papeles comerciales y se firmó documentos en la en una notaría en Quito, y luego de eso, el proceso de perfeccionamiento de esa escritura quedó en manos del Club, entiéndase del presidente y del tesorero, por lo cual, yo confié en eso, y luego, no se dio como se debía dar, no se perfeccionó esa escritura, y por eso fui llamado después de un tiempo sorpresivamente por un agente policial que no sabía quién era, diciéndome que yo estaba involucrado en un proceso. Yo lo que he hecho es vender un terreno, reitero, he mostrado incluso mi buena voluntad en todo el proceso de entregar el terreno que se vendió, pero nunca fue aceptado por las autoridades, luego de eso, también es importante mencionar que la acción según sé sumar y restar, pues está prescrita. En el momento en que me pagaron, hasta el momento en que me vincularon, eso en términos de ley. Yo no soy un experto, pero sí sé contar cinco años. Así que yo agradezco a los a los señores Magistrados que se sirvan juzgar mediante la ley, esta opción que es la de la prescripción, ya que yo no soy parte y estos jueces de la segunda instancia y de la primera argumentaron que es delito continuado para no darme la prescripción de la acción, lo cual, me parece que es erróneo. Yo no soy parte del club, aquí lo que hay es un problema entre dos grupos de directivos, unos anteriores y unos nuevos, yo no tengo nada que ver, yo no los conozco a la señora, yo lo que hice fue venderles el terreno, así que creo que ese argumento es bastante claro y sólido, yo no soy parte de ninguna organización delictiva y de ninguna cosa, yo lo que sí soy es un docente universitario por 15 años."

3.4.4. Procesado Duglas Bolaños Riera:

"Me allano a las palabras de mi defensor, el doctor Diego Córdova, y no quiero responder a su alegación, a mí, sí me gustaría que algún momento revisemos el expediente fiscal, donde están tres informes de la perito Guarderas, donde hay tres diferentes versiones de la misma, lamentablemente, fiscalía nunca ha tomado en cuenta esas realidades y esas falacias a las que se refirió el doctor Diego. Lamentablemente se me ha inculpado, y me gustaría también que revisemos del informe fiscal, asimismo, en donde se establece que mi rubro confunde con la empresa a la que hacen referencia han depositado los valores. Nada más, no creo que valga la pena, creo que todo está consumado, todo está dicho, está en sus manos hacer las cosas que correspondan y pues ojalá en derecho, más allá de las versiones fácticas o reales que puedan existir, ustedes determinan una realidad jurídica."

3.5. Procesados no recurrentes:

El doctor Germán Jordán Fuentes, defensor público, en representación de los procesados no recurrentes Verónica Raquel Bautista Salazar, Patricia Ximena Guzmán Mina, Dorila Pompeya Cabanilla Aguilera y Edwin Marcelo Reina Pozo, manifestó que:

"No han sido afectados los derechos de mis defendidos, el señor Reina ha sido

mencionado varias veces, pero él ha sido mencionado porque uno de los recurrentes ha indicado que en sentencia de tribunal se les fijó una pena y una reparación proporcional a los sentenciados, y al ser absuelto en segunda instancia, en apelación, y no haber casado fiscalía, ni la acusación particular, es decir, ellos estaban conformes, le preocupa cómo es que se va a dividir ese monto, ya que no se hace ninguna mención en la sentencia del tribunal de instancia, solamente este particular y hasta aquí la intervención."

4. REFLEXIONES DEL TRIBUNAL DE CIERRE:

4.1. Sobre el recurso de casación:

La casación constituye un medio impugnatorio extraordinario que se constriñe a la existencia de un error *in iudicando* devenido de una de las causales especificadas en el artículo 656 COIP; tales yerros emanan de la forma en la que el tribunal de alzada aplica el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto, de tal suerte que los errores pueden suscitarse en dos escenarios de esa actividad.

El primer escenario constituye la subsunción, que tiene relación con la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración probatoria que ha efectuado el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación, a partir de lo cual, son dos los yerros que pueden acaecerse de la subsunción: la falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico (contravención expresa del texto de la ley); y, la indebida aplicación de una norma de derecho, cuyo supuesto de aplicación no se ha generado en el caso sometido al juzgamiento del tribunal de instancia.

El segundo escenario del error *in iudicando*, tiene vínculo directo con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En este tablado, solo puede presentarse la errónea interpretación, cuyo contenido demanda de parte del proponente, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, en la medida en que la objeción que se hace sobre la sentencia se dirige solo al sentido y alcance que el tribunal de apelación les ha dado a las consecuencias jurídicas que se derivan de las normas utilizadas para resolver.

En esta inteligencia, el recurso de casación irrumpe como una herramienta de protección de los sujetos procesales, que tiene como objetivos ulteriores alcanzar la justicia, recuperar las tan anheladas paz social y seguridad jurídica, por medio del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m CRE, en relación con los artículos 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así las cosas, a través de este medio impugnatorio corresponde el examen del fallo, materia de casación, con el fin de establecer posibles conculcaciones a la ley, ya por contravención, indebida aplicación o errónea interpretación, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 656 COIP.

Por lo demás, cabe puntualizar que la casación tiene una función nomofiláctica, para asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad, tanto a nivel sustantivo, como adjetivo, y así evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales, así lo comenta la profesora Teresa Armenta,[1] correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia.[2]

4.2. Sobre el caso en concreto:

Los procesados impugnantes Víctor Hugo Briones Eras, Ulises Simeón Astudillo Vásquez, Camilo Edgar Frías Casco y Duglas Stiben Bolaños Riera, al fundamentar los recursos, a través de sus defensas técnicas, bosquejaron las siguientes macro hipótesis casacionales, que a continuación se detallan:

[1] Teresa Armenta, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Marcial Pons, 4ta. Edición, Barcelona, p. 278.

[2] Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Juicio penal No. 8842011. 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."*

a) El censor Víctor Briones Eras planteó inmotivación del fallo de segunda instancia, por no reunir los estándares de "suficiencia motivacional", por incongruencia frente al derecho, al no haber el *ad quem* valorado todo el acervo probatorio y tampoco analizado el umbral de la duda razonable; por incongruencia frente a las partes, porque no se resolvieron los "veinte y cinco" argumentos relevantes propuestos por su defensa técnica en sede de apelación; y, por "incongruencia decisional", dado que no se redistribuyeron los montos de la reparación integral, a pesar de haber sido absuelto el procesado Edwin Marcelo Reina Pozo, lo cual, a su vez habría generado la errónea interpretación del artículo 630 del COIP;
b) Por su parte, el contradictor Ulises Astudillo Vásquez acusó la indebida aplicación del artículo 560[3] del CP, cuando se debieron aplicar los artículos 3[4] y 5.3[5] del COIP, toda vez que, la "plataforma fáctica inalterable de reinversión" de papeles comerciales, no constituye un acto de disposición arbitraria de un bien;
c) Mientras tanto, el recurrente Camilo Frías Casco, partiendo de la premisa relativa a que la acción penal estaba prescrita cuando el 6 de junio de 2018 le vincularon a la instrucción e invocando multivarios derechos, principios y garantías constitucionales supuestamente infringidos por el juzgador de alzada, solicitó que este Tribunal de cierre declare la prescripción de la acción penal incoada en su contra;
d) El objetante Duglas Bolaños Riera delineó la contravención expresa del artículo 560 del CP, bajo la tesis de que no se habrían configurado todos los elementos constitutivos del injusto de abuso de confianza, sobre todo, el elemento de la 'fraudulencia', pues no habría tenido una relación de confianza con el sujeto pasivo de la infracción; y,
e) Los casacionistas Ulises Astudillo Vásquez y Duglas Bolaños Riera también trazaron la contravención expresa del artículo 630 del COIP, debido a que, entre otros aspectos, el juzgador de apelación habría desnaturalizado la figura de la suspensión condicional de la pena.

Así fijadas las vastas demarcaciones que impusieron los impugnantes, esta Corporación resolverá las censuras puestas sobre el tapete del debate casacional, teniendo como basamento el principio de prioridad, de esta manera, en primer término, se dilucidará en torno a la pretensión de prescripción de la acción penal, luego, la de falta de motivación, acto seguido, la de yerros *in iudicando*, y por último, la de vulneración del artículo 630 del COIP, pues tales tesis tienen efectos que se contraponen unas de otras, cuya procedencia generaría que se volviese inocuo pronunciarse acerca de las otras.

Bajo el esquema diseñado, se tiene que el pedido de prescripción de la acción penal incoada en contra del procesado Camilo Frías Casco, también ha sido reprochado en sede de alzada por parte del mismo censor, tan es así que, en los numerales 4.1., 1. y 4. de los considerandos cuarto y quinto, respectivamente, de la sentencia recurrida, consta en sus partes pertinentes, lo que se detalla:

CUARTO.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO:

> **4.1.** El recurrente CAMILO EDGAR FRIAS CASCO, representado por su abogado defensor Dr. Edison Sarasti, en lo principal solicitó se declare la prescripción de la acción.
> (...)

QUINTO.- ANÁLISIS DE LA SALA:

QUINTO.- ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y MOTIVACIÓN DE LA SALA EN RELACIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN PLANTEADO.

(...)

---

[3] **CP: "Art. 560.-** *El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le hubieren sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América."*

[4] **COIP: "Art. 3.-** *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."*

[5] **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: (...) 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."*

1. De esta manera en primer momento se tratará sobre la prescripción aludida por el recurrente Camilo Frias.

En atención de lo dispuesto por el artículo 417 del COIP el cual señala*: "Prescripción del ejercicio de la acción. La prescripción podrá declararse por la o el juzgador, de oficio o a petición de parte, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Por el transcurso del tiempo y en las condiciones que se establecen en este Código. 2. Tanto en los delitos de ejercicio público o privado de la acción se distingue si, cometido el delito, se ha iniciado o no el proceso. 3. Respecto de los delitos en los que no se ha iniciado el proceso penal: a) El ejercicio público de la acción prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad prevista en el tipo penal, contado desde que el delito es cometido. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años. b) El ejercicio privado de la acción, prescribirá en el plazo de seis meses, contados desde que el delito es cometido. c) En el caso de un delito continuado, el plazo de la prescripción se contará desde la fecha en que la conducta cese. d) En los casos de desaparición de persona, los plazos de prescripción empezarán a contarse desde el día en que la persona aparezca o se cuente con los elementos necesarios para formular una imputación por el delito correspondiente. 4. De haberse iniciado el proceso penal, el ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad, prevista en el tipo penal, contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años. 5. En el ejercicio privado de la acción la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querella. 6. En el caso de contravenciones, el ejercicio de la acción prescribirá en tres meses, contados desde que la infracción se comete. De haberse iniciado el proceso por una contravención, la prescripción operará en el plazo de un año, contados desde el inicio del procedimiento*", observamos que la audiencia de instrucción fiscal en la presente causa se realizó con fecha 15 de enero del 2018, y posterior una audiencia de vinculación con fecha 8 de junio del 2018. Por lo que, en observancia a la Ley, contabilizando el plazo del tiempo, a la fecha no han transcurrido los 5 años mínimos exigidos por la Ley. Descartando entonces la alegación realizada por el recurrente.

(...)

4. (...)

Del testimonio de ELIANA DE LOS ANGELES GUARDERAS GUARDERAS, como Perito Contable establece las fechas y montos en los que se emitieron los títulos comerciales, indicó la testigo que: en marzo del 2013 emitió 17 títulos comerciales por 900.000 dólares, en noviembre del 2013 emitió 29 títulos por un valor de 1.500.000 dólares, en diciembre del 2013 emitió 19 títulos por un valor de 1.500.000 dólares, en enero del 2014 se emitieron 11 títulos por 700.000 dólares, en febrero del 2014 se emitieron 13 títulos por 1.000.000 de dólares, en marzo del 2014 se emitieron 11 títulos por un monto de 800.000 dólares, en abril del 2014 se emitieron 17 títulos por un monto de 900.000 dólares, en junio del 2014 se emitieron 4 títulos por un monto de 400.000 dólares, en julio del 2013 se emitieron 3 títulos por un monto de 300.0000; 132 títulos comerciales emitidos por el banco General Rumiñahui. (sic)

El texto precedente pone de manifiesto no solo que el recurrente Camilo Frías Casco también expuso este mismo punto de controversia: prescripción de la acción penal, en sede de apelación -a partir de lo cual, pasa por alto uno de los principios básicos que rige el recurso de casación, esto es el de 'no debate de instancia'-, sino además, que los hechos punibles acaecieron entre los años 2013 al 2014, en tanto que, la fecha de la audiencia de vinculación a la instrucción en la que se le vinculó, entre otros, al encartado Camilo Frías Casco tuvo lugar el 8 de junio de 2018, por consiguiente, al no haberse excedido los cinco años que determina para el *sub iudice* el artículo 417 del COIP[6]- tomando en

[6] El artículo 101 del CP, contiene la misma regla para la declaratoria de prescripción de la acción penal, que la del artículo 417 del COIP, esto es en el caso que nos atañe, cinco años contados desde la fecha de inicio de la instrucción fiscal. Nota de este Tribunal de casación.

cuenta que el máximo de la pena que preveía el artículo 560 del CP es la de cinco años de prisión, el ejercicio de la acción penal pública, no prescribió.

Para mayor ilustración, esta Corporación estima pertinente agregar que la tesis principal con la que pretendió asirse el pedimento de declaratoria de prescripción de la acción penal (hecho punible sucedido el 22 de marzo de 2013, dado que en esa fecha le habrían entregado al encausado Camilo Frías Casco seis operaciones o documentos número de operación 52228y división en la continencia de la causa, pues cada número de operaciones debió ser un hecho "denunciado de manera individual"), carece de sustento jurídico, toda vez que de los hechos que se dan por probados en el fallo de alzada, se evidencia que el injusto de abuso de confianza se efectuó a manera de delito continuado, esto es que los casacionistas realizaron dos o más acciones homogéneas, suscitadas en distintos tiempos y en análogas ocasiones, en una "unidad jurídica de acción", que se adecua al mismo ilícito, cuyo bien jurídico protegido constituye la propiedad, y, en este sentido, de ninguna manera se podían haber iniciado varias causas penales por cada número de operaciones y sujetos intervinientes, como reclama el dicho contradictor.

Así las cosas, este Juzgador pluripersonal advierte que la conculcación de derechos y garantías, tales como: tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, debido proceso y garantía de la motivación que también fue traído a colación por el objetante Camilo Frías Casco devino en un mero enunciado, y por ende, se la niega de plano, en la medida en que, no se ha considerado que cada derecho, principio y garantía constitucional al tener sus propios límites y alcances, debe ir concatenado con un fundamento jurídico que pretenda avalar su supuesta transgresión, en tal virtud, su sola mención, prescindiendo de algún sostén de por medio como ha ocurrido en la especie, únicamente trasluce que la defensa técnica de dicho censor concibe a la casación como un largo enlistado de derechos y garantías aparentemente vulnerados, lo cual, a su vez, denota incumplimiento del principio de debida fundamentación, que se encuentra positivizado en el artículo 657.3[7] del COIP.

Por lo demás, los juzgadores de instancia tampoco han quebrantado el principio de favorabilidad determinado en los artículos 76.5 de la CRE y 5.2 del COIP como adujo el contradictor Camilo Frías Casco, debido a que se ha juzgado y condenado a los impugnantes aplicando el artículo 560 del CP, con base al artículo 16.1[8] del COIP y se les ha impuesto el *quantum* de pena más bajo establecido tanto en el artículo 560 del CP, como en el artículo 187 del COIP, esto es la pena privativa de libertad de un año en el caso de los autores y seis meses en el caso del referido recurrente, en su calidad de cómplice.

En consecuencia, la censura que tiene como eje central a la declaratoria de prescripción de la acción penal incoada en contra del procesado Camilo Frías Casco pero que también, a vuelo de pájaro, intenta abordar variados ítems, no prospera, y en consecuencia, se rechaza su recurso de casación.

Continuado con el esquema trazado, se recuerda que la tacha de inmotivación, así como la finalidad dirigida a que se declare la nulidad del fallo de apelación, al estar supeditada a la conculcación de una garantía constitucional, si bien es cierto, no era necesario que el objetante Víctor Briones Eras adecue tal imputación a una de las causales de casación previstas en el artículo 656 del COIP, esto es contravención expresa, errónea interpretación o indebida aplicación, no es menos cierto que, tampoco le deslindaba de demostrar que la sentencia recurrida carece de alguna tipología de deficiencia motivacional, por inexistencia, insuficiencia o apariencia, y si se invoca esta última, por algún vicio motivacional, por incoherencia, inatinencia, incongruencia o incomprensibilidad, conforme demanda la CCE, cuando aborda la garantía de la motivación, en fallo de 20 de octubre de 2021, caso No. 1158-17-EP-21.[9]

Ahora bien, con el fin de desentrañar los intersticios de la pretensión de nulidad constitucional por

---

[7] **COIP: "Art. 657.- Trámite.-** *El recurso de casación podrá interponerse por los sujetos procesales, de acuerdo con las siguientes reglas: (...) 3. (...) El recurrente deberá fundamentar su pretensión y los otros sujetos procesales se pronunciarán sobre la misma."*

[8] **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."*

[9] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia de 20 de octubre de 2021, Caso No. 1158-17-EP (Caso Garantía de la motivación).

falta de motivación del fallo de segunda instancia, este Tribunal de cierre estima necesario puntualizar que la defensa técnica del recurrente Víctor Briones Eras, en el desarrollo de tal demanda, incurrió en al menos, dos inconsistencias de orden jurídico, a saber:

1. Confundió lo que denominó "estándares de suficiencia motivacional", por "incongruencia frente al derecho", con la tipología de deficiencias motivacionales, por insuficiencia fáctica, toda vez que, pretendió encajar su premisa de incongruencia frente al derecho, entre otros puntos, por no haber el *ad quem* valorado todo el acervo probatorio que fue actuado en la audiencia de juzgamiento, cuando el vicio motivacional de incongruencia frente al derecho, está concatenada con la deficiencia de tipología motivacional, por apariencia, y acaece 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 (...), generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho)", así lo prescribe el párrafo 86 de la citada sentencia No. 1158-17-EP-21, en tanto que, el párrafo 61.2 de la misma que fue invocado varias veces por la defensa técnica del procesado Víctor Briones Eras, se refiere, precisamente, a la deficiencia de tipología motivacional, por insuficiencia fáctica, cuando dice: "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 (...) antecedentes de hecho (es decir, de los hechos probados)", (...si) no se analizan las pruebas. (...)"; y,
2. Enredó lo que llamó "incongruencia decisional", con la deficiencia de tipología motivacional por apariencia, por el vicio motivacional de incoherencia decisional, porque en el mencionado fallo de 20 de octubre de 2021 de la CCE, no habla de incongruencia decisional, sino de incoherencia decisional, de ahí que, el vicio motivacional por incongruencia, únicamente se da frente al derecho y frente a las partes, mientras que, una incoherencia decisional, entendida como inconsistencia entre la conclusión y la decisión, "siempre implica que argumentación jurídica es aparente, y por tanto, que se vulnera la garantía de la motivación", de acuerdo a lo que explica en los párrafos 76 y 78 la CCE, en el fallo No. 1158-17-EP-21.

Justamente, las incongruencias argumentativas expuestas *ut supra* en las que ha tropezado la defensa técnica del impugnante Víctor Briones Eras, tienen una implicancia suficiente desde el punto de vista jurídico, para desestimar la solicitación dirigida a la declaratoria de nulidad por inmotivación de la sentencia de alzada.

De cualquier manera, el estudio pormenorizado del fallo recurrido, devela que no contiene ninguna deficiencia de tipología motivacional, tampoco la de insuficiencia fáctica o normativa, por el contrario, cumple con el estándar de suficiencia fáctica y normativa, concebido como 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", como discurre la CCE en el párrafo 64.1 de la citada sentencia de 20 de octubre de 2021.

En efecto, el fallo de apelación guarda una fundamentación fáctica y normativa suficientes, pues está provista de una enunciación y justificación suficiente de las normas y principios en que se funda la decisión de negar los recursos interpuestos por los procesados Ulises Simeón Astudillo Vásquez, Víctor Hugo Briones Eras, Duglas Stiben Bolaños Riera y Camilo Edgar Frías Casco y aceptar la apelación del encartado Edwin Marcelo Reina Pozo, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso, toda vez que, examina todo el acervo probatorio actuado en sede de juicio, de acuerdo a los criterios de valoración que instaura el artículo 457 del COIP, y a partir de aquel discernimiento, instituye la garantía del doble conforme de condena para los hoy casacionistas, bajo el estándar del convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y sus responsabilidades, en los términos del artículo 453 *ejusdem*, con su complemento implícito de "más allá de toda duda razonable"; de tal suerte que, los hechos relativos a que, por un lado, no conste textualmente en la sentencia de alzada el complemento del estándar del convencimiento: "más allá de toda duda razonable", no comporta insuficiencia fáctica o normativa, y por otro lado, que el *ad quem* no haya redistribuido la reparación integral, en su vertiente indemnizatoria, pese a la absolución del encartado Edwin Reina Pozo, tampoco implica vicio motivacional, por incoherencia decisional, esto último

al no vislumbrarse ninguna inconsistencia entre la conclusión y la decisión en el fallo de segundo nivel, y menos aún, violación del artículo 630 del COIP como apenas también sugirió el contradictor Víctor Briones Eras, en tanto, no se avizora que el juzgador de segundo nivel haya interpretado el sentido y alcance de las consecuencias jurídicas del citado artículo 630 del COIP, de forma incorrecta o que le haya dado un sentido jurídico que no tiene dicha norma, en palabras del profesor Fabio CALDERÓN BOTERO, cuando habla de las exigencias de la causal de errónea interpretación.[10]

En esta inteligencia, se tiene que la sentencia recurrida no contiene el vicio motivacional, por incongruencia frente a las partes, puesto que se han contestado todos los argumentos relevantes reprochados en sede de alzada, no solo por la defensa del recurrente Víctor Briones Eras, sino por todos los apelantes, tampoco por incongruencia frente al derecho, toda vez que, también se han respondido todas las cuestiones que el sistema jurídico, esto es la ley y la jurisprudencia, impuso abordar para la resolución de los problemas jurídicos acoplados con la decisión de condenar a los apelantes, de acuerdo a los requerimientos del párrafo 86 de la sentencia dictada por la CCE, caso No. 115817EP.

En este punto, este Órgano jurisdiccional se permite apuntar un breve inciso, para exteriorizar que el ejercicio intelectivo del juzgador de alzada o de casación no puede estar supeditado al arbitrio de lo que las defensas de los recurrentes estiman que están obligados a responder so pena de incurrir en vicios motivacionales, de ahí que, los supuestos "veinte y cinco argumentos" que no habrían sido contestados por el *ad quem* como planteó la defensa del procesado Víctor Briones Eras de manera cansina y reiterativa, deviene en un mero artificio, al estar construido con base a elucubraciones subjetivas, de acuerdo a sus intereses, y por ende, no tiene cabida jurídica alguna. Por el contrario, tal ejercicio intelectivo consiste, entre otras cosas, en extraer la raíz del reproche del recurrente y contestarlo motivadamente, lo cual, en el presente caso, ha sido cumplido fidedignamente por el juzgador de apelación, puesto que ha compendiado el núcleo central del reparo del procesado recurrente Víctor Briones Eras y lo ha respondido con suficiencia fáctica y normativa. Así, se puede corroborar con los siguientes textos que consta en los numerales 4.3. y 3. de los considerandos cuarto y quinto, respectivamente, del fallo impugnado, los mismos que se los transcribe a continuación:

CUARTO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

(...)

4.3. El recurrente VICTOR HUGO BRIONES ERAS representado por su abogado defensor, Dr. José Moreno en síntesis señaló su inconformidad con la valoración probatoria, señalando que él no ordenó el cobro y que no se probó su beneficio, que no estuvo en el país, indicando que su conducta no se adecúa al tipo penal por el que fue sentenciado.

(...)

QUINTO.- ANÁLISIS DE LA SALA:

(...)

3. Para responder a las demás alegaciones planteadas por los recurrentes STIBEN Bolaños, Victor Briones y Ulises Astudillo, es necesario entrar en estudio del acto ejecutado desde un punto de vista ontológico, con el objeto de determinar a raíz de la teoría del delito la composición sistemática de los elementos que integran el delito de abuso de confianza, para de ese modo, dar respuesta motivacional al reproche planteado; así tenemos que la norma contenida en el artículo Art. 560 del Código Penal, al momento de los hechos, conducta que también recoge el COIP en el Art. 187, señalando:

"*Art. 560. Abuso de Confianza. El que fraudulentamente hubiera distraído o disipado en perjuicio de otro efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le hubieran sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica*".

Como primer elemento tenemos al sujeto activo: el cual es cualificado jurídicamente y singular, pues, se trata del mero tenedor del

[10] Fabio Calderón Botero, *Casación y Revisión en Materia Penal*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1973, pp. 68 a 69.

bien confiado: sujeto pasivo: que es la persona natural o jurídica dueña del derecho de propiedad del bien; verbo rector: disponer; en este punto, cabe detenerse a explicar en torno a la interpretación del tipo penal que, la disposición que el sujeto activo realiza, es fraudulenta; es decir, ilegal, pues, se apropia de los bienes valiéndose de su encargo, ya que, el sujeto pasivo, fue quien estableció el tipo de funciones del sujeto activo en torno a los bienes; complementos normativos: que son elementos con los cuales se conjuga el verbo rector y le dan la dimensión de lo reprochable, que en determinados casos requieren interpretación extra penal, como en el caso de la palabra "dinero" que es un valor de curso de moneda de índole económico; así también, tenemos las locuciones: condición, restitución y uso determinado, cuyo significado responde al sentido común; es decir, no requieren un juicio de valor por fuera de la norma; objeto material: que lo representa en el presente caso el dinero dispuesto; objeto jurídico: la propiedad; y, en cuanto al ingrediente subjetivo, representado por el dolo, en el presente caso tenemos que se trata del ánimo de disponer en perjuicio de otro.

Dicho aquello, revisado el expediente y el fallo recurrido, se tiene que la acusación Fiscal en torno a la teoría del caso, se basó en la siguiente hipótesis (premisa fáctica sometida al proceso de subsunción del Tribunal de mérito): "Los señores Ulises Astudillo, Víctor Hugo Briones, Edwin Reina Pozo, y Stiben Riera en calidad de contador externo, mientras eran directivos del Club General de Aerotécnicos de la Fuerza Aérea Ecuatoriana, sin autorizaciones estatutarias, y desconociendo a la Asamblea General de la entidad, así como las otras instancias realizaron inversiones en el sistema financiero, específicamente en el Banco General Rumiñahui, desde el 2013 hasta el 2014, las cuales eran de la compra de papeles comerciales en 50.000 dólares, dando un total de 800.000 dólares, dinero que no fue rembolsado a las cuentas del club, disponiéndose dicho recursos a terceras personas, las cuales también han sido procesadas en el presente caso en calidad de cómplices y son las señora Verónica Raquel Bautista, Patricia Ximena Guzmán, Dorila Cabanilla y el señor Camilo Edgar Frías. Por todo aquello el representante de la Fiscalía indicó que demostraría que la conducta de todos los acusados se habría adecuado a lo dispuesto en el Art. 187 del COIP en las calidades de autores por parte de los señores Ulises Astudillo, Víctor Hugo Briones, Edwin Reina Pozo, y Stiben Riera, y de cómplices por parte de las señora Verónica Raquel Bautista, Patricia Ximena Guzmán, Dorila Cabanilla y el señor Camilo Edgar Frías." (Sic.)

Ahora bien, para dar por verificada aquella hipótesis en torno al tipo penal acusado, se tiene el juicio de tipicidad que se sostiene en lo siguiente:

"Tras el análisis efectuado este Tribunal ha alcanzado el convencimiento de que los señores ULISES ASTUDILLO VASQUEZ, VICTOR HUGO BRIONES ERAS, Y EDWIN MARCELO REINA POZO con plena conciencia y voluntad de cada uno de sus actos, abusando de sus condiciones de miembros de la Directiva del Club de Aeronáuticos de la FAE, disiparon en perjuicio de la entidad para la que laboraban 800.000 dólares, los cuales recibió la institución por parte de sus socios, logrando su objetivo a través de inversiones en papeles comerciales, los mismos que por su naturaleza podían ser negociados como títulos al portador, siendo los tres procesados quienes, sin la autorización exigida según los Estatutos Internos, ordenaron su emisión y posterior a ello los negociaron en su beneficio a terceras personas, produciendo con ello de manera directa un perjuicio económico a los socios de la entidad a la que representaban en un monto de 800.000 dólares, conductas que vulneraron el bien jurídico que protege el Art. 560 del Código Penal vigente a la fecha, como se explicó en líneas anteriores, de cada uno de los socios del Club de Aeronáuticos de la FAE de manera directa." (Sic)

(...)

De esta prueba se extrae lo siguiente:

Sin la intervención de la Asamblea General del Club, la Directiva, el señor Ulises Astudillo de Presidente, los señores Victor Briones como Tesorero y el señor Stiben Bolaños como Contador, que se encontraban en funciones entre los años 2010 y 2013 habrían llevado a cabo una inversión

por 8 millones de dólares, de los cuales 800.000 dólares no habría regresado a las arcas de la entidad, movimiento financiero que no solamente habría sido efectuado sin la autorización que según el Art. 36, literal J, dispone debe hacerse bajo autorización como se dijo anteriormente de la Asamblea General, sino que además, la misma se ejecutó sin que de ella exista un respaldo documental, pues su emisión no consta en ningún acta o libro contable, omitiéndose también el poner en conocimiento de los departamentos administrativos respectivos la emisión de dicha inversión; así también ha quedado en evidencia que dentro de la entidad jamás se ha tenido constatación física de los papeles comerciales que habrían servido de instrumento para la inversión realizada con los fondos del Club en el Banco General Rumiñahui, entidad financiera que habría emitido la documentación a través de la cual se pudo detectar esta inusual transacción financiera, la cual al no cumplir con lo estipulado en el estatuto del Club dejó como perjuicio para sus aportantes un monto de 800.000 dólares.

De esta manera se probó que el procesado Ulises Astudillo en su calidad de Presidente del Club, firmó todas las autorizaciones para la emisión de los papeles comerciales, así también autorizó para que el procesado Stiben Bolaños retirara dichos papeles comerciales, conociendo el riesgo que implicaba que se los materializen "al portador" y no a nombre del Club, a quienes representaba y a quienes se debía, más aún compareció directamente al Banco General Rumiñahui a retirar los papeles comerciales de la operación 52228 cuya acreditación se realizó en una cuenta diferente a la del Club. Victor Briones como Tesorero autorizó la emisión de los papeles comerciales con firma conjunta del Presidente del Club Ulises Astudillo, dispuso además que el procesado Stiben Bolaños retire dichos papeles comerciales conociendo que se los emitía "al portador", así también compareció de manera personal al Banco General Rumiñahui y retiró junto con el señor Ulises Astudillo de manera directa los papeles comerciales de la operación 52228 autorizada su emisión por Ulises Astudillo en su calidad de Presidente y Victor Briones en su calidad de Tesorero, compuesta por 6 papeles comerciales de 50.000 dólares cada uno, y sumados daban un monto total de 300.000 dólares, acreditados a la cuenta 8224870500 de la empresa Financor, es decir una cuenta diferente a la del Club. Estos 300.000 dólares entregados a Camilo Frias quien prestó su terreno en Muisne para simular una supuesta venta facilitando de manera secundaria que los señores Ulises Astudillo, Victor Briones y Stiben Bolaños se disiparan el dinero del Club, cobrando por su supuesta venta 300. 000 dólares los cuales eran parte del dinero que reposaba en las inversiones en papeles comerciales, sin que de aquello no solamente no exista un debido registro contable, sino que además tampoco se hizo el traspaso de la supuesta venta en favor de la entidad, probado mediante Oficio No. N310462018, de fecha 02 de abril del 2018, emitido por la Notaría 31 del Cantón Quito. El procesado Stiben Bolaños al ser contador del Club, fue autorizado para retirar casi todos los papeles comerciales emitidos, conociendo el destino que debía dar a los dineros del Club no lo hace en dos operaciones comerciales, la 52229, autorizada su emisión por Ulises Astudillo en su calidad de Presidente y Victor Briones en su calidad de Tesorero, compuesta por 4 papeles comerciales, de 50.000 dólares cada uno, que sumados daba un total de 200.000 dólares, los papeles comerciales fueron retirados por el señor Stiben Bolaños, certificando el Banco General Rumiñahui que esos papeles comerciales no fueron depositados en la cuenta del Club Aerotécnicos de la FAE, sino en cuentas diferentes, fueron acreditados 150.000 dólares (3 títulos) a la cuenta de la empresa Financor No. 8224870500 y 50.000 dólares (1 título) a la cuenta 160907 del Banco Solidario, y la 59843, autorizada su emisión por Ulises Astudillo en su calidad de Presidente y Edwin Reina en su calidad de Tesorero con 6 papeles comerciales de 50.000 dólares cada uno, que sumados daba un total de 300.000 dólares; los papeles comerciales fueron retirados por el señor Stiben Bolaños, siendo claro el Banco General Rumiñahui en certificar que esos papeles comerciales no fueron depositados en la cuenta del

Club Aerotécnicos de la FAE, fueron acreditados a la cuenta 10030098530 del banco Procredit, del Consorcio Visón Amazonas, cuyo representante legal es el señor Stiben Bolaños, probándose entonces que disipó en perjuicio del Club el dinero que tenía la obligación como Contador de depositar en la cuenta del Club. Siendo así se prueba la participación de los procesados en el cometimiento del delito. Motivación que realiza el Tribunal A quo y con el que este Tribunal de Alzada concuerda.

Entonces, este Tribunal concluye que la tipicidad objetiva y subjetiva han quedado demostradas, y con ello, el bien jurídico protegido (derecho a la propiedad) se ha lesionado formal (disvalor de acto) como materialmente (disvalor de resultado); por consiguiente, la acción desplegada resulta contraria a derecho, sin que medie causal de justificación alguna, ya que, el patrimonio del sujeto pasivo que estaba en manos de los hoy procesados al haber sido dispuesto por estos y dado un uso distinto para el que fue determinado, demuestra la lesión y perjuicio ocasionado.

Dicho aquello, es que resulta el acto cometido reprochable, pues los hoy apelantes son imputables y conocían lo antijurídico de su acción, y por consiguiente, les era exigible otro tipo de conducta; es decir, dar el uso correcto del dinero para el que fue determinado por el sujeto pasivo y no disponerlo para terceras personas; por consiguiente, el verbo rector del tipo penal en estudio es lo que se reprocha al sujeto pasivo, pues conforme a los complementos normativos que se verifican conforme el caudal de pruebas revelan la verdadera dimensión del injusto penal, dando como resultado la existencia de la materialidad de la infracción y sus responsables. (sic)

A partir de la cita que precede, resulta notorio que el juzgador de segunda instancia desarrolló su ejercicio intelectivo correctamente, esto es desentrañando el *quid* del asunto a resolver con ocasión de la hipótesis propuesta por el recurrente Víctor Briones Eras, y contestó la misma, enunciando la norma en que fundó su decisión de confirmar su adecuación típica al artículo 560 del CP y explicó la pertinencia de esa aplicación, en relación a los antecedentes de hecho del caso en concreto, acorde a las cláusulas del artículo 76.7.l de la CRE.

En tales circunstancias, al no haber demostrado la defensa técnica del censor Víctor Briones Eras la supuesta inmotivación del fallo, materia de casación, de acuerdo a los lineamientos desarrollados por la CCE, en la sentencia de 20 de octubre de 2021, su recurso de casación, deviene en improcedente.

En cuanto a los reproches de indebida aplicación del artículo 560 del CP, y contravención expresa de la misma norma, formulados por los casacionistas Ulises Astudillo Vásquez y Duglas Bolaños Riera, respectivamente, se los dilucidará al unísono, debido a que ambos comportan aparente yerro en los juicios de tipicidad y culpabilidad que fueron elaborados por el juzgador de segundo nivel y su ulterior objetivo gravita en conseguir sus estatus de inocencia.

Entonces, con la finalidad de despejar las referidas tesis, las cuales, en principio, se ajustan a las causales de casación previstas en la ley, de manera concreta a la indebida aplicación, o *error de pertinencia*, así como a la contravención expresa, o *error de omisión*, se puntualiza que la modalidad de indebida aplicación tiene relación con el error que comete el juzgador de apelación al aplicar una norma jurídica, cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta, que se pretende juzgar en la sentencia. De esta manera, para que prospere esta última causal, como imputación casacional, no solo es necesario plantear una proposición jurídica completa, compuesta por dos requisitos: norma jurídica incorrecta
(artículo 560 del CP: tipo penal de abuso de confianza) y normas correctas (artículos 3 y 5.3 del COIP: principios de mínima intervención penal y de duda razonable, respectivamente) como expresó el contradictor Ulises Astudillo Vásquez sino que además, se debe acreditar que estas dos exigencias se cumplan en el caso concreto, esto es que el impugnante demuestre que el hecho dado por probado no se ajusta a la norma aplicada, sino a aquellas dejadas de considerar, solo de esta manera la vulneración se habrá configurado.

Mientras tanto, la modalidad de contravención expresa del texto de la ley, sucede cuando dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador por error sobre la existencia de la norma jurídica que corresponde, deja de aplicarla, sea por olvido, desconocimiento, convencimiento de su derogatoria, o estimación de su inaplicabilidad al caso concreto.

En este orden de ideas, se enfatiza que los objetantes Ulises Astudillo Vásquez y Duglas Bolaños Riera expusieron supuesto vicio en sus calificaciones jurídicas, pues a sus criterios, sus conductas no se habrían adecuado al ilícito de abuso de confianza, tal como lo concibió el juzgador de segunda instancia, lo cual, de haberse justificado, este Tribunal de cierre – corrigiendo el yerro de derecho tendría la obligación jurídica de realizar una correcta subsunción de las conductas de dichos procesados.

En la especie, luego de la revisión prolija del fallo impugnado, este Juzgador pluripersonal colige que las tesis casacionales planteadas por los contradictores Ulises Astudillo Vásquez y Duglas Bolaños Riera, no progresan, sobre todo, por las siguientes razones de orden jurídico, que se las detalla a continuación:

1. La proposición jurídica que postuló el censor Ulises Astudillo Vásquez, no cumple con los dos requisitos que fueron expuestos *ut supra*, en la medida en que, de los hechos dados por probados en el fallo de alzada, se verifica que se han configurado todos los elementos constitutivos de las categorías dogmáticas del delito de abuso de confianza, relativas a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, entre los que se incluye el elemento de la tipicidad de la conducta, constituida por el verbo rector: "distraer" o "disipar" fraudulentamente hoy "disponer", de acuerdo al artículo 187 del COIP, en perjuicio de otro, dinero que contenga obligación o descargo y que le hubieran sido entregados con la condición de restituirlos, o a hacer de ellos un uso determinado, que constituye la acción penal relevante para el derecho penal, y como consecuencia lógica de aquello, el juzgador de segundo nivel estaba en la obligación jurídica de haber aplicado la norma penal prevista en el artículo 560 del CP, al momento de calificar su conducta; de tal suerte que, la proposición jurídica traída a colación por dicho recurrente devino en estéril y desacertada;
2. Efectivamente, los hechos dados por probados en la sentencia censurada, se ajustan plenamente al artículo 560 del CP, y por ende, el *ad quem* mal podría haber aplicado los artículos 3 y 5.3 del COIP; de ahí que, la conducta que se reprocha a todos los recurrentes, así como también al procesado Ulises Astudillo Vásquez se subsume al delito de abuso de confianza. En este sentido, el juzgador de apelación elabora una adecuada construcción de los juicios de tipicidad y de culpabilidad, por tanto, no existe ningún error *in iudicando* en el proceso lógico subsuntivo;
3. Ahora bien, tampoco se divisa que el *ad quem* haya dejado de aplicar el artículo 560 del CP, por olvido, desconocimiento, convencimiento de su derogatoria, o estimación de su inaplicabilidad al caso concreto, pues el recurrente Duglas Bolaños Riera incurrió en una seria inconsistencia de carácter técnicocasacional, al no considerar que no existe falta de aplicación del artículo 560 del CP por parte del juzgador de apelación –así se puede avistar a todo lo largo del fallo impugnado, sino que el *ad quem* aplica la citada norma legal que tipifica el injusto de abuso de confianza, pero lo que ocurre es que, en su ejercicio intelectivo, subsume su conducta a aquel tipo penal.
4. Con otras palabras, lo que se divisa es una discrepancia del censor Duglas Bolaños Riera, con la decisión de condena asumida por el juzgador de segunda instancia, toda vez que, este aplica el artículo 560 del CP, para adecuar su conducta al ilícito de abuso de confianza y no para confirmar su estado de inocencia, como pretende tal contradictor, máxime si se tiene que, el hecho relativo a que haya o no formado parte de la directiva del Club General de Aerotécnicos de la FAE, no constituye un elemento *sine qua non* que involucre yerro en el proceso lógico subsuntivo erigido por el *ad quem*, como sugirió la defensa del citado procesado, sin sostén jurídico; y,
5. En suma, el juzgador de segundo nivel ha arribado al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de todos los casacionistas, más allá de toda duda razonable, en los términos que demanda el artículo 453 del COIP, sin que se haya demostrado que exista otra vía idónea para resolver el problema jurídico, materia de la litis, menos aún la civil, vía juicio de inventario, tal como esbozó el recurrente Ulises Astudillo Vásquez, no solo porque inclusive con toda la carga del *ius puniendi* del Estado que conlleva la materia penal, no se ha podido concretar fórmulas que supongan remediar por completo el daño material causado, sino, sobre todo, debido a que el cuadro fáctico no se edificó sobre la base de una supuesta "inversión" o "reinversión", por el contrario, se cimentó en una disposición fraudulenta de dinero, en perjuicio del Club General de Aerotécnicos de

la FAE, que fue entregado con la condición de restituirlo o hacer de ello un uso o empleo determinado.

Asimismo, el cargo de contravención expresa del artículo 630 del COIP, que fue acusado por los impugnantes Ulises Astudillo Vásquez y Duglas Bolaños Riera, también se lo rechaza de plano, sobre todo, por las mismas inobservancias de carácter técnico jurídico evidenciadas en párrafos anteriores, esto es que no se ha contemplado que no existe falta de aplicación del artículo 630 del COIP por parte del *ad quem*, sino que este utiliza la citada norma legal que prevé la suspensión condicional de la pena y niega tal figura jurídica, apartándose de las posturas de los recurrentes, de acuerdo a lo que se ausculta en la parte final del considerando quinto del fallo de apelación.

En este contexto, esta Corporación devela que las defensas de los casacionistas Ulises Astudillo Vásquez y Duglas Bolaños Riera confunden la naturaleza de la modalidad de contravención expresa del texto de la ley, al concebir que aquella acaece, cuando el juzgador selecciona la norma, pero deja de utilizarla, dado que no aplica en este caso, para aceptar la suspensión condicional de la pena, lo cual, engloba un equívoco jurídico, pues más bien, tales presupuestos se sitúan en la orilla de otra causal de casacional.

En consecuencia, dicho reproche, ha quedado como un simple enunciado, ya que tampoco se otea que en el discernimiento que efectúa el juzgador de alzada para negar la suspensión condicional de la pena, se pretenda siquiera establecer que exista prisión por deudas por ende, mal se puede hablar de violación del artículo 66.29.c de la CRE, o ya en fin que se haya desnaturalizado tal institución, como expresó la defensa del censor Duglas Bolaños Riera, desprovisto de lógica – jurídica alguna.

Por consiguiente, los recursos de casación planteados por los encartados Ulises Astudillo Vásquez y Duglas Bolaños Riera, deben también ser declarados improcedentes.

Finalmente, en estricta aplicación del artículo 108, inciso tercero, del Código de la Democracia, que en su parte pertinente, dice: "Las candidatas y candidatos no podrán ser privados de libertad (...)", este Máximo órgano de justicia ordinaria del país en materia penal deja en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad de un año impuesta al procesado Ulises Simeón Astudillo Vásquez por parte de los juzgadores de instancia, toda vez que actualmente ostenta la calidad de candidato a Alcalde del cantón Paute, provincia del Azuay.

En este sentido, la pena privativa de libertad de un año se ejecutará únicamente en relación al encartado Ulises Simeón Astudillo Vásquez una vez que se hayan otorgado los resultados oficiales de las elecciones seccionales y de vocales del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, las mismas que, se llevarán a cabo el 5 de febrero de 2023, y su cumplimiento estará a cargo del tribunal de ejecución respectivo, así como también el mentado tribunal se encargará de redistribuir los montos indemnizatorios, en relación con cada uno de los condenados dentro de la presente causa, tomando en cuenta que, el *ad quem* ratificó el estado de inocencia del ciudadano Edwin Marcelo Reina Pozo, una vez que el presente fallo se encuentre ejecutoriado, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Resolución No. 11-2021 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

5. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, al tenor de lo previsto por el artículo del 657.7 COIP, este Tribunal de casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad, resuelve declarar improcedentes los recursos de casación interpuestos por los procesados Víctor Hugo Briones Eras, Ulises Simeón Astudillo Vásquez, Camilo Edgar Frías Casco y Duglas Stiben Bolaños Riera, por faltos de fundamentos jurídicos.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen para los fines legales pertinentes.-

f) Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL (PONENTE) Dr. Felipe Córdova Ochoa, JUEZ NACIONAL; Dra. Rita Bravo Quijano, CONJUEZA NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2022

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *09359-2020-00162*
Resolución Nro. *117-2022*
Fecha: *lunes 4 de abril del 2022, las 10h25*

TEMA: Estabilidad laboral de persona que tiene a su cargo el cuidado de persona con discapacidad.

ASUNTO

La actora demanda el pago de la indemnización especial prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, en virtud de tener a su cargo, bajo su responsabilidad y manutención a su hija menor de edad con una condición de discapacidad, expresando que esta situación era de pleno conocimiento de la empleadora, desde que su hija nació con un problema de salud congénito, sometida a una operación y tratamiento médico.

La accionante alega que fue despidida el 3 de mayo de 2018, conociendo la empresa de la discapacidad de su hija, cuyo carné lo obtuvo el 28 de mayo de 2018, en el que se certifica la condición de discapacidad en un 86%. La empresa demandada expone que desconocía la situación de que la trabajadora tendría a su cargo a una persona con discapacidad.

El asunto materia de controversia es determinar si a la actora le corresponde percibir la indemnización especial reforzada prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, por tener a su cargo, bajo su cuidado y manutención a una persona con discapacidad, a pesar de que el carné que acredita la condición de discapacidad fue otorgado días después de que se produjo el despido intempestivo, considerando que la situación de salud discapacitante de la menor era de conocimiento de la empresa empleadora con anterioridad a la fecha del despido.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil acepta parcialmente la demanda, en cuanto al despido intempestivo, pero niega el pago de la indemnización reforzada del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, en virtud de que la condición de discapacidad de la hija de la trabajadora fue acreditada con posterioridad a la terminación de la relación laboral.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

La accionante presenta recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, que fue resuelto por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas. El órgano jurisdiccional considera que la situación de discapacidad de la hija menor de la trabajadora fue acreditada con el carné de discapacidad obtenido el 28 de mayo de 2018, esto es, con posterioridad a la fecha de terminación de la relación laboral, motivo por el cual rechaza el recurso de apelación y ratifica el fallo de primer nivel.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2020-00162

Jueza Ponente: Dra. Katerine Muñoz Subía

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, lunes 4 de abril del 2022, las 10h25.
VISTOS:
ANTECEDENTES:

a) **Relación circunstanciada de la decisión impugnada:** Kyara Iveth Naranjo Muñoz inició juicio de trabajo en contra de Julio César Infante Campoverde y Yanina Infante Díaz, en sus calidades de Gerente y Jefa de Personal, respectivamente, de la compañía INFAMOTOR S.A. La accionante presentó recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 27 de noviembre de 2020, a las 14h06 (fs. 21 a 28). Decisión que confirmó el fallo de primer nivel, ratificando el pago de: Indemnización por despido intempestivo; bonificación por desahucio; décimo tercera remuneración proporcional; décimo cuarta remuneración proporcional; vacaciones proporcional; remuneración de 3 días de mayo 2018 más triple de recargo. Lo que ascendió a un total de USD $ 4.813,53.

b) **Actos de sustanciación del recurso:** De la mencionada decisión la actora presentó recurso extraordinario de casación. Admitido a trámite por el caso cinco del artículo **268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)** mediante auto de 12 de marzo de 2021, las 12h25, dictado por el Conjuez (E) de la Corte Nacional de Justicia, Julio Enrique Arrieta Escobar.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

PRIMERO: Competencia: Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por el Juez y las Juezas Nacionales: doctora Katerine Muñoz Subía (Ponente), doctora Enma Tapia Rivera, y, doctora María Consuelo Heredia Yerovi, es competente para conocer y resolver el recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: *"Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley."*, artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: *"Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley." ;* artículo 191 numeral 1 ibídem, que prevé: *"La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo;"* en concordancia con el artículo 269 del COGEP; y del sorteo de fecha 14 de febrero de 2022 que obra a fs. 11 del expediente de casación.

SEGUNDO.- Fundamento del recurso de casación: La parte accionante denuncia que en la sentencia dictada por el tribunal *ad quem* infringió las siguientes disposiciones: artículos 12 y 51 Ley Orgánica de Discapacidades, y artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador.

TERCERO.- 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.

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.

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.

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.

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]

CUARTO.- Audiencia: El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, ha establecido que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante 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 21 de marzo de 2022, a las 15h00. La que fue suspendida al tenor del artículo 93 del COGEP; y, luego, reinstalada el 24 del mismo mes y año, a las 11h00.

Finalmente, una vez concluido el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *Ut Supra*.

QUINTO.- Contextualización de los argumentos reproducidos por la casacionista con fundamento en el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

Argumenta la casasionista que, desarrolló como pretensión en su demanda la indemnización por despido intempestivo conforme el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, dado que, su hija menor de edad, Valentina Alejandra Lara Naranjo, es una persona en situación de discapacidad. No obstante –dice el tribunal de apelación mal interpretó artículos 12 y 51 *ibídem*, declarando parcialmente con lugar la demanda y desconociendo la señalada indemnización.

Señala la accionante que la decisión cuestionada no considera que la condición de persona en situación de discapacidad es una garantía *"que la tiene y se produce una extensión en favor de quien es su guarda, cuidador"*. Por tanto, los juzgadores de segundo nivel debieron analizar la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva y a la estabilidad reforzada

[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"*, CEPUASB, 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.

de la actora como sustituta de una persona en situación de discapacidad. Considerando que su hija pertenece a un grupo de atención prioritaria, al encontrarse afectada con una condición de discapacidad del 86%.

Agrega que la empresa demandada sí conocía sobre la calidad de la trabajadora como sustituta de una persona en situación de discapacidad. Sin embargo, aun cuando el certificado de sustituta no *"constaba en su expediente"*, esto no impide que los derechos constitucionales en favor de una persona en situación de discapacidad sean reconocidos, a pesar que no exista la acreditación de dicha condición mediante tal certificado. Tanto más si, siguiendo el criterio de la Corte Constitucional en la Sentencia No. 68919EP/20 sobre este punto, *"la existencia del certificado, que es simplemente declarativo, constituye un medio de acreditación que obedece únicamente al reconocimiento de los derechos del accionante, mas no es un requisito constitutivo para el otorgamiento y ejercicio de sus derechos como miembro de un grupo de atención prioritaria. Esto sin perjuicio de que su obtención sea necesaria para constancia y acreditación de su condición, lo cual garantiza a su vez el pleno ejercicio de sus derechos".*

Por tanto –señala la recurrente, la sala de apelación debía respetar los derechos en favor de la sustituta de una persona en situación de discapacidad; más un si de conformidad con los artículos 326 numeral 2 de la Constitución, 4 del Código de Trabajo y 11 del Código Civil se trata de derechos irrenunciables.

Por el contrario, obviando criterios vinculantes de la Corte Constitucional, mal interpretó los artículos 12 y 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, desconociendo la estabilidad reforzada de la persona sustituta, al negar el pago de la indemnización prevista en la última de las normas citadas.

Agrega que, la Corte Nacional de Justicia ha sido enfática en señalar que los derechos de los trabajadores *" no pueden ser reducidos"* lo que se complementa con los criterios vinculantes de la Corte Constitucional. Siendo que estos no han sido aplicados en este caso, pues, de considerarlos, la sentencia cuestionada hubiera aceptado la pretensión de la demanda relacionada con la indemnización contemplada en el artículo 51 *ibídem*.

Por otro lado, sostiene que su hija menor de edad, se encuentra calificada como una persona en situación de discapacidad en el 86 %, siendo que esta condición la afecta desde mucho antes de obtención del carnet de discapacidad y de la ocurrencia del despido intempestivo. En este sentido, manifiesta que la afirmación del tribunal *ad quem* respecto que el vínculo de trabajo ocurrió el 03 de mayo de 2018, y no el 01 de agosto de 2018, causa un perjuicio grave en su contra, dado que, su hija obtuvo la calificación de discapacidad el 28 de mayo del mismo año. Sin embargo, la condición de discapacidad fue conocida por la empleadora previo a la mencionada calificación; considerando además que, la razón del despido fue ocasionado precisamente por tal condición.

Continúa señalando que, en el artículo 13 del *"Reglamento para la calificación, recalificación y acreditación de personas con discapacidad o con deficiencia o condición discapacitante"*, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 533 de 06 de septiembre de 2018, se determina el trámite necesario para la calificación de una persona en situación de discapacidad. Lo cual demuestra que, entre el 03 de mayo de 2018 en que se produjo el despido según el Juez Plural y el 28 de mayo
–fecha de expedición del carné de discapacidad fue imposible que se hubiera iniciado, ejecutado y obtenido la calificación de persona en situación de discapacidad.

La recurrente invoca también la *" Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad"* y la *" Convención Interamericana para la eliminación de todas formas de discriminación contra personas con discapacidad"* , instrumentos donde se define a las personas en situación de discapacidad y regula los derechos que las protegen.

Además cita la sentencia de la Corte Constitucional No. 25815SEPCC y la No. 33415SEPCC, que se remiten en su orden, a la " Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad" y a la protección de este grupo de atención prioritaria sin condicionarla necesariamente a la calificación de la autoridad competente.

En este contexto –dice los juzgadores de instancia, a partir de una interpretación correcta de normas jurídicas, debieron determinar que el motivo de la decisión del empleador de despedir a la trabajadora, fue la proximidad de la obtención del carné de discapacidad en favor de su hija. Lo que, constituye *"despido intempestivo discriminatorio"* en contra de una persona que goza de garantías de inamovilidad.

Finalmente, la casacionista manifiesta: *" Se torna absurdo que la parte demandada haya afirmado que sus actos no eran contrarios a la ley de discapacidades, y que esta afirmación la haya hecho suya la Corte Provincial, al poner tiempos entre la expedición, Y NO LA OBTENCIÓN PORQUE ESTA FUE ANTERIOR A LA ENTREGA DE LA CREDENCIAL, y la acción ilegítima de despedir a la persona trabajadora sustituta, a pesar de no tener la credencial correspondiente, pero en la primacía de la realidad así lo es. El daño por esta discriminación evidente, fue contra la niña con discapacidad, a quien se le privó del ingreso económico de su madre, a quien no se le ha pagado hasta el momento ninguna indemnización (...)".*

SEXTO.- PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

En la sentencia cuestionada, al negarse en favor de la accionante la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades ¿se configuró la errónea interpretación de esta disposición y del artículo 12 *íbídem,* dado que, la calificación que acredita la situación de discapacidad no es un requisito constitutivo para el otorgamiento y ejercicio de sus derechos como persona que tiene a su cargo un miembro de un grupo de atención prioritaria (en situación de discapacidad)?

SÉPTIMO.- RESOLUCIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN:

7.1 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."*

El caso cinco del artículo 268 del COGEP se configura por infracción directa de derecho sustantivo, es decir, sin consideración a cuestiones fácticas o probatorias. Supone el contraste entre la sentencia frente la ley, tratándose de *"un error de adjudicación, selección o de entendimiento de normas sustanciales, es decir, el debate es estrictamente jurídico"*[4]

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.

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.

Adviértase que tres son los motivos contemplados para la procedencia de esta clase de impugnación de naturaleza extraordinaria: indebida aplicación, falta de aplicación y errónea interpretación.

La indebida aplicación es un típico error de selección y subsunción en la norma, es decir, sucede cuando el/la juez/a, para resolver el/los problema/s del caso, aplica una que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos.

La falta de aplicación, tiene relación con 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, 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.

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

[4] Luis Armando Tolosa Villabona, *Teoría y Técnica de la Casación*, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008, Pág. 413.

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.

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.

7.2 En la sentencia cuestionada, el tribunal *ad quem* sostiene lo siguiente: *" (...) En el caso recaído para el análisis y conocimiento del Tribunal la propia actora señaló en su demanda que la misma tuvo lugar el día 3 de mayo del 2018, a las 09h00 (fs. 45) 'El día 03 de mayo del 2018 a las 09:30 am, Karen me dice que hable con la Ab. Yanina que está en la oficina de la Ing. Gaby que le entregues la carpeta de la importación que viene a su nombre, me acerco a la oficina, a lo que entré me di cuenta que estaba con alguien, le entrego cuando me dice 'Kyara cierre la puerta', cuando me voy acercando me comunicaron con la Ab. Laura (ella hace los despidos intempestivos a los empleados), y eso era más que suficiente para saber lo que me diría, en ese momento me dijo: Kyara la implementación del sistema SAP ha ocasionado un gran gasto en la compañía, por lo que me da pena notificarle vamos a tener que despedirla, indicando que es por reducción de personal (...) y ratificó este hecho en su declaración de parte rendida en audiencia al manifestar bajo juramento el mismo particular, por lo que, coincidiendo el Tribunal con el análisis del Juez A quo, el hecho de que en el aviso de salida se haya consignado una fecha posterior no puede considerarse contra los hechos probados y afirmados por las propias partes procesales, al ser el despido intempestivo, un hecho cierto que acontece en lugar, tiempo y bajo circunstancias claramente determinadas se confirma el análisis del Juez A quo respecto del momento en que se produce el despido intempestivo en la fecha 03 de mayo del 2018.*

c.- RESPECTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL ARTICULO 51 LEY ÓRGANICA DE DISCAPACIDADES.-

La accionante fue clara en su declaración de parte rendida en audiencia al señalar que el despido intempestivo sufrido tuvo lugar el día 3 de mayo del 2018, a las 09h00. Ahora bien, la fecha del otorgamiento del carnet o registro de la discapacidad de la dependiente de la accionante, es posterior a la fecha del despido intempestivo, esto es, el 28 de mayo del 2018, esto se produjo como prueba (fs. 41).

La Ley Orgánica de Discapacidades es clara en su Art. 12 señala lo siguiente: Documento habilitante. La cédula de ciudadanía que acredite la calificación y el registro correspondiente, será documento suficiente para acogerse a los beneficios de la presente Ley; así como, el único documento requerido para todo trámite en los sectores público y privado. El certificado de votación no les será exigido para ningún trámite público o privado. En el caso de las personas con deficiencia o condición discapacitante, el documento suficiente para acogerse a los beneficios que establece esta Ley en lo que les fuere aplicable, será el certificado emitido por el equipo calificador especializado.

Los testimonios de Génesis Flores Vera y Lidia Rodríguez Bravo son referenciales y no aportan elementos de convicción respecto de que el empleador conocía de alguna condición de discapacidad respecto de la dependiente de la actora.

Toda vez que la calificación en favor de la dependiente de la accionante ha operado el día 28 de mayo del 2018, esto es, luego de que la accionante fue despedida intempestivamente, no se cumple con el presupuesto de la Ley Orgánica de Discapacidades para acceder a la indemnización del artículo 51 de dicho cuerpo legal (...)" .

7.3 De lo transcrito se observa que el tribunal de instancia ha determinado como un hecho cierto el despido intempestivo ocurrido el 03 de mayo de 2018, a las 09h00; y que, el registro de persona en situación de discapacidad fue el 28 de mayo del mismo año. Una vez fijados estos hechos, interpreta de forma concreta el artículo 12 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Así, entiende que, si la calificación de persona en situación de discapacidad dependiente de la accionante (hija) operó posterior al despido intempestivo, esto es, el 28 de mayo de 2018, en el caso, no se cumple con lo dispuesto en la señalada norma para acceder a la indemnización prevista en el artículo 51 *ibídem*.

Por su parte, la casacionista en lo fundamental, denuncia la errónea interpretación de los artículos 12 y 51 *ibídem* sosteniendo que el certificado

de persona en situación de discapacidad no es un requisito constitutivo para el otorgamiento y ejercicio de sus derechos como miembro de un grupo de atención prioritaria; criterio vinculante contenido en las sentencias No. 68919-EP/20 y No. 33415SEPCC dictadas por la Corte Constitucional. Por tanto, en el caso, correspondía ordenar el pago de la indemnización prevista en la última de las disposiciones citada.

7.4 Antes de abordar el análisis puntual del problema jurídico, es de advertir que, tanto en la justicia ordinaria como en la constitucional, existen pronunciamientos relacionados con la acreditación documental de la condición de una persona en situación de discapacidad:

La Corte Constitucional, el 03 de enero de 2018, dictó la Sentencia No. 0041SSEPCC dentro del Caso No. 066414EP, en la que desarrollo el siguiente criterio: *" (...) la condición de discapacidad es un hecho que no está supeditado al reconocimiento que el Estado hace de dicha condición. Es decir, el que una persona, al momento en que se produjo el acto presuntamente vulneratorio de sus derechos constitucionales, no haya efectuado el trámite ante la autoridad competente para que su condición sea reconocida -y, por tanto, no exista la "prueba documental" requerida por la judicatura no implica que su discapacidad no exista. La interpretación contraria infringiría la Constitución, pues supeditaría la titularidad del derecho constitucional al cumplimiento de un trámite administrativo, y no a la fuente primigenia del mismo, que es la dignidad humana. Claro está, la calificación del grado de discapacidad por parte de la autoridad administrativa genera seguridad al juzgador respecto de la alegación; sin embargo, la falta de aporte de la misma como prueba en el proceso no destruye por sí sola la presunción de veracidad de su afirmación. (...)*[5] *".*

De lo transcrito, tenemos la existencia de precedente constitucional emitido antes de la sentencia cuestionada. Este, en lo fundamental determina que, la condición de discapacidad no es un hecho supeditado al reconocimiento del Estado, sin que la falta de trámite respectivo para acreditar tal condición implique inexistencia de la situación de discapacidad. Es decir, el carné de discapacidad – como prueba documental de dicha condición no necesariamente involucra la existencia de la situación de discapacidad. De ahí que, es posible constatar esta condición mediante otras pruebas.

En un caso donde se analizó la vigencia del carné de discapacidad, este tribunal de casación, en sentencia de 19 de julio de 2021, a las 10h37, sostuvo que de la interpretación de los artículos 4, 5 y 12 de la Ley Orgánica de Discapacidades, *"se puede concluir que la cédula y el Carnet de Discapacidad son documentos suficientes para acreditar la situación de discapacidad, entendiéndose que no son los únicos"*[6]. Es decir, en una controversia anterior esta Sala ya ha considerado que la situación de discapacidad puede justificarse mediante otros medios, diferentes a los documentos antes señalados.

Por su parte, en la Sentencia No. 68919EP/20 dictada el 22 de julio de 2020 dentro del Caso No. 68919EP, relacionada con la existencia del certificado de una persona en situación de discapacidad, la Corte Constitucional manifestó: *"45. En consecuencia, es evidente que SECOM sí tenía conocimiento de la situación del accionante. Pero aún si el certificado de sustituto no constaba en su expediente, la atención prioritaria y los derechos previstos en la Constitución para este grupo vulnerable son anteriores y deben ser respetados aún sin actos estatales como la expedición de un certificado. Es decir, la existencia del certificado, que es simplemente declarativo, constituye un medio de acreditación que obedece únicamente al reconocimiento de los derechos del accionante, mas no es un requisito constitutivo para el otorgamiento y ejercicio de sus derechos como miembro de un grupo de atención prioritaria. Esto sin perjuicio de que su obtención sea necesaria para constancia y acreditación de su condición, lo cual garantiza a su vez el pleno ejercicio de sus derechos"*[7].

[5] Corte Constitucional del Ecuador Sentencia No. 0041SSEPCC dictada el 03 de enero de 2018 dentro del Caso No. 066414EP, Página 23.

[6] Corte Nacional de Justicia del Ecuador sentencia dictada el 19 de julio de 2021, a las 10h37 dentro del Juicio No. 17316201900033.

[7] Corte Constitucional del Ecuador Sentencia No. 68919EP/ 20 dictada el 22 de julio de 2020 dentro del Caso No. 68919EP, Párrafo 45.

Siguiendo este criterio, el carné de discapacidad es una formalidad que acredita dicha condición, sin que constituya fundamento para declarar la existencia de la misma. En este sentido, las juzgadoras y juzgadores pueden fundamentarse en otros medios de prueba para verificar la situación de discapacidad[8].

7.5 De lo antes transcrito y analizado, es de advertir que la Corte Constitucional, mediante una interpretación orientada a la Constitución, ha desarrollado criterios relacionados con la acreditación documental de la condición de una persona en situación de discapacidad. En este sentido, se evidencia que existe precedente constitucional donde se determina que: **la condición de discapacidad no es un hecho condicionado al reconocimiento del Estado, sin que la falta de trámite respectivo para acreditar tal condición implique inexistencia de la situación de discapacidad; es decir, el carné de discapacidad no es la única prueba documental que justifica la existencia de la situación de discapacidad, de ahí que, es posible constatar esta condición mediante otras pruebas.**

Recordemos que el tribunal *ad quem*, en la sentencia cuestionada, interpretó el artículo 12 de la Ley Orgánica de Discapacidades, entendiendo que, si la calificación de persona en situación de discapacidad dependiente de la accionante (hija) operó posterior al despido intempestivo, esto es, el 28 de mayo de 2018, en el caso, no se cumple con lo dispuesto en la señalada norma para acceder a la indemnización prevista en el artículo 51 *ibídem*.

Es decir, condicionó la existencia de la situación de discapacidad a la calificación o certificación de esta por parte del Ministerio de Salud. Interpretación que inobservó el precedente constitucional desarrollado por la Corte Constitucional, y por ello afectó también el derecho a la seguridad jurídica de la accionante, previsto en el artículo 82 de la Constitución. Pues, como se ha visto, según la línea jurisprudencial de la citada magistratura, la condición de discapacidad no es un hecho condicionado al reconocimiento del Estado, sin que la falta de trámite respectivo para acreditar tal condición implique inexistencia de la situación de discapacidad.

En tal razón, se constata que el Juez Plural en el fallo atacado, mal interpretó el artículo 12 de la Ley Orgánica de Discapacidades al condicionar la existencia de la situación de discapacidad al reconocimiento del Estado. Por tanto, procede el cargo denunciado por la accionante al tenor del caso cinco del artículo 268 del COGEP.

Dicho lo anterior, de conformidad con el artículo 273 numeral 3 del COGEP respecto del punto controvertido en casación, corresponde casar la sentencia en mérito de los autos, expidiendo la resolución que en su lugar corresponda y reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los correctos. Tanto más si, el vicio de errónea interpretación que se ha configurado, compromete la integralidad del resultado respecto del punto cuestionado relacionado con la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

NOVENO.- SOBRE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 51 DE LA LEY ORGÁNICA DE DISCAPACIDADES:

9.1 La ocurrencia del despido intempestivo al 03 de mayo de 2018 es un hecho incontrovertido en este nivel, cuya indemnización además ha sido reconocida a favor de la accionante en la sentencia atacada, sin que tampoco exista impugnación al respecto.

La cuestión a dilucidar es si a la ex trabajadora le corresponde la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, dado que tiene a su cargo una persona en situación de discapacidad (hija). En este sentido, en su demanda (fs. 40 a 49) afirma que su empleadora conocía que su hija menor de edad, Valentina Alejandra Lara Naranjo, es una persona en situación de discapacidad; quien en el mes de mayo de

[8] Esta interpretación también consta en la Sentencia No. 36719EP/20: *"el carné de discapacidad constituye una formalidad que otorga mayor certeza al juzgador o juzgadora respecto a la acreditación de la condición, pero no constituye el fundamento para declarar la existencia de la misma. Los jueces o juezas pueden recurrir a otras pruebas para constatar la discapacidad"*. Corte Constitucional del Ecuador Sentencia No. 36719EP/ 20 dictada el 07 de octubre de 2020 dentro del Caso No. 36719EP, Párrafo 26.

2018 fue calificada con el 86 % de condición de discapacidad.

Por su parte, en su contestación a la demanda (fs. 116 a 125) la empresa demandada se excepcionó con falta de derecho para reclamar la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Afirma que, recién con la demanda de la actora conoció sobre la situación de discapacidad de su hija. Siendo que, el carné de discapacidad fue emitido el 28 de mayo de 2018, fecha en que la ex trabajadora ya no laboraba para la empresa accionada. Añade también que la accionante " *JAMÁS TUVO LA CALIDAD DE TRABAJADORA SUSTITUTA, PORQUE SU HIJA NO TENIA LA CALIDAD DE PERSONA CON DISCAPACIDAD SINO HASTA EL 28 DE MAYO DE 2018"*.

9.2 Como prueba admitida y practicada relacionada con la calificación de la situación de discapacidad de la hija de la accionante, se tiene:

a) Copia certificada de la cédula de ciudadanía expedida el 10 de diciembre de 2018 y carné de discapacidad emitido el 28 de mayo de 2018 (fs. 41) correspondientes a Valentina Alejandra Lara Naranjo (hija de la ex trabajadora). Este último documento además da cuenta de un porcentaje de 86 %, con un grado de discapacidad física calificado como "muy grave".

b) Memorando No. MSPCZ8SDESPACHO-201813348M de 08 agosto de 2018 (fs. 3536) expedido por la Coordinadora Zonal 8 de Salud, documento que reproduce la misma información constante en el carné de discapacidad.

c) Testimonio rendido por Génesis Lisette Flores Vera (Cd a fs. 145), de donde se tiene que: conoce a la actora por ser compañera de trabajo y a su hija mediante redes sociales; mientras trabajada en INFAMOTOR S.A. se enteró sobre la situación de salud de la niña; también conocían sobre esto otros trabajadores y el Departamento de Recursos Humanos de la empresa; la accionante solicitaba reiteradamente permisos para atender la situación de la salud de su hija; la testigo y otros trabajadores conocían que la actora se encontraba tramitando la calificación de discapacidad de su hija; no le consta que la ex trabajadora hubiera entregado a su empleadora documentos que acrediten la condición de discapacidad de su hija.

d) Testimonio rendido por Lidia María Rodríguez Bravo (Cd a fs. 145), de donde se tiene que: conoce a la actora por ser compañera de trabajo y también personalmente a su hija, porque la visitó en el hospital y en su hogar; en la empresa todos se enteraron sobre la condición de salud de la niña; en dos ocasiones recolectaron dinero para ayudar a la ex trabajadora con la situación de salud de su hija, la primera vez luego del parto, encargándose de la recaudación la contadora, y la segunda vez, la testigo fue la promotora, incluso Yanina Infante, Jefa de Recursos Humanos, colaboró con USD $ 50,00 a nombre de la compañía empleadora; la testigo conocía que la actora se encontraba tramitando la calificación de situación de discapacidad de su hija; la empresa empleadora conocía sobre la enfermedad de la niña, dado que –como ha señalado hasta Yanina Infante, Jefa de Recursos Humanos, colaboró con la ayuda económica promovida por la testigo.

e) Declaración de parte de la accionante, en la que manifestó: su hija fue intervenida mediante una operación a corazón abierto a los 15 días de nacida y cateterismo; en la empresa empleadora, tanto sus compañeros y jefes conocían sobre el estado de salud de su hija; recibió en dos ocasiones respaldo económico de parte de sus compañeros, la primera colecta inmediatamente después del parto, y la segunda, fue promovida por Lidia Rodríguez; en marzo de 2018 solicitó a su empleadora un préstamo de USD $ 600,00 para cubrir gastos médicos de su hija, siendo que el mes de abril le descontaron USD $ 100,00 de su remuneración constando en el finiquito un valor pendiente de USD $ 500,00; su hija asistió incluso a la empresa cuando en sus instalaciones se realizaron exámenes oftalmológicos; en el año 2017 empezó el trámite de calificación de la condición de discapacidad de su hija, obteniéndola el 28 de mayo de 2018; sus compañeros de trabajo y Karen Cañarte del Departamento de Talento Humano conocían sobre este trámite; nunca comunicó por escrito a la empresa sobre la condición de discapacidad pero siempre entregó documentos médicos (consultas médicas e historias clínicas) a la empleadora; el despido ocurrió el 03 de mayo de 2018.

9.3 De la prueba documental practicada en la causa (carné de discapacidad y Memorando No. MSP CZ8SDESPACHO201813348M), se tiene

que la calificación de condición de discapacidad de Valentina Alejandra Lara Naranjo (hija de la ex trabajadora) fue emitida el 28 de mayo de 2018. Es decir, posterior a la fecha de configuración del despido intempestivo que ocurrió el 03 de mayo del mismo año.

No obstante, se debe observar que ambas testigos son coincidentes en contestar que conocían sobre la enfermedad de la hija de la actora, Valentina Alejandra Lara Naranjo, y que la trabajadora se encontraba tramitando la calificación de la condición de discapacidad; afirmaron además que la empresa empleadora también se enteró de esta circunstancia. La segunda testigo, Lidia María Rodríguez Bravo, explicó de forma pormenorizada que incluso el tema fue conocido por el Departamento de Recursos Humanos. Esto por cuanto, fue testigo presencial que Yanina Infante, Jefa de Recursos Humanos, colaboró con USD $ 50,00 a nombre de la compañía empleadora en una colecta económica en ayuda de la ex trabajadora para atender las necesidades médicas de su hija.

De los testimonios antes señalados se tiene que en la compañía INFAMOTOR S.A. gran parte de los trabajadores y sus personeros conocían sobre la condición de salud de la hija de la accionante. Y esto es así, pues, dos ex compañeras de trabajado coinciden en ratificar este hecho, incluso una de ellas ha descrito de forma pormenorizada una colecta de colaboración económica en favor de la ex trabajadora.

Además, existen varios hechos descritos en los testimonios que se corresponden tanto con la relación de los hechos relatados en la demanda como con la declaración de parte de la actora. Así tenemos que: **i)** compañeros de trabajo como jefes conocían sobre el estado de salud de su hija; y, **ii)** la ayuda (colecta) económica gestionada entre sus compañeros de trabajo y personeros de la empresa en favor de la actora para atender la situación médica de su hija.

También es relevante destacar que tanto en la demanda como en su declaración de parte la ex trabajadora señaló que su empleadora le concedió un préstamo a su favor por el monto de USD $ 600,00 para cubrir costos por atenciones médicas. Sobre esta última cuestión, es de advertir que incluso la parte demandada presentó y actúo como prueba documental la solicitud de préstamo de 22 marzo de 2018 por el valor de USD $ 600,00, (fs. 90) y el recibo de préstamo y acuerdo de pago (fs. 92). Mientras que, el actor practicó como prueba el rol de pago correspondiente al mes de abril de 2018 (fs. 33) donde se descuenta USD $ 100 de la remuneración por concepto de *"PRESTAMOS EMPLEADOS"*. Siendo que este mismo rol de pagos (fs. 87) fue agregado y practicado como prueba por la empresa demandada.

Es decir, estas pruebas coinciden con la relación de los hechos constantes en la demanda y en la declaración de parte de la actora, lo que complementado con el contenido de los testimonios –sobre la condición de salud de Valentina Alejandra Lara Naranjo, acreditan verosimilitud al hecho que la actora solicitó un préstamo de USD $ 600,00 para atender exámenes médicos de su hija.

Por otro lado, si bien de la prueba practicada se tiene que ex trabajadora no notificó formalmente a su empleadora sobre la condición de discapacidad de su hija, la correspondencia entre las pruebas y su resultado conllevan a la suficiente credibilidad para tener como aceptado que la empresa demandada sí conoció sobre los problemas graves de salud de Valentina Alejandra Lara Naranjo, hija de la accionante. Inclusive, estos problemas de salud fueron tan graves que –según los testimonios y la declaración de parte de la actora la trabajadora solicitó: permisos reiterados, un préstamo a su empleadora por USD $ 600,00 y hasta tramitó la calificación de discapacidad de su hija.

Entonces, este Tribunal considera que el resultado de los testimonios, la declaración de parte de la actora, el rol de pago de abril de 2018, la solicitud de préstamo y su acuerdo de pago –estas tres últimas practicadas por la demandada tienen la suficiente credibilidad para justificar que la empresa empleadora conocía sobre la condición de salud de la hija de la actora. Medios de prueba que, en su contexto, evidencian además que la empleadora también conocía que la afectación tenía su gravedad, pues, la trabajadora gestionaba permisos reiterados, préstamos y la calificación de la situación de discapacidad de su hija.

Es de señalar que, si bien la calificación del grado de discapacidad física en el 86% de la hija de la trabajadora fue acreditada el 28 de mayo de 2018, esta circunstancia de ninguna manera implica que la condición de discapacidad no existía al tiempo del despido intempestivo, 03 de mayo de 2018.

Pues es inverosímil que una afectación *"muy grave"* que se extendió durante años, varíe su porcentaje en 25 días –entre el 03 y 28 de mayo de 2018.

En todo caso, el 86 % de situación de discapacidad física fue acreditado con la emisión del carné de discapacidad, sin que esto descarte que dicha condición existía mucho antes de esta última fecha; más bien, este hecho se ha justificado con el resultado de la valoración de la prueba practicada en la causa.

También resulta sumamente improbable que, ante afectaciones graves de salud presentes desde el nacimiento de Valentina Alejandra Lara Naranjo (31 de marzo de 2015), su empleadora no hubiere conocido sobre el particular. Esto, pues, una condición de discapacidad del 86 % en un hijo/a de un trabajador/a, por lo general, deja vestigios claros en la relación laboral, como se ha evidenciado en el presente caso con: permisos reiterados, colectas y solicitud de préstamo a su empleadora para cubrir gastos de salud.

9.4 Ahora bien, el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades como una de las disposiciones que promueven garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las trabajadoras y trabajadores que presenten esta condición, prevé: *"Art. 51. Estabilidad laboral. Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo. En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley. Además, para la supresión de puestos no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional."*

En general, la norma transcrita ha previsto una estabilidad laboral especial y reforzada en favor de las personas trabajadoras en situación de discapacidad. Pues, de ocurrir el despido injustificado por parte del empleador en contra de una persona en situación de discapacidad **o de quien tuviere a su cargo su manutención**, se ha ordenado el pago de 18 meses de la mejor remuneración, adicional a la indemnización legal correspondiente. Es decir, esta consecuencia constituye principalmente, una retribución al trabajador en situación de discapacidad **o de quien tenga a su cargo una persona en esta situación**, derivada del rompimiento de su estabilidad laboral. Siendo también una sanción al empleador por el incumplimiento de una garantía en favor de personas que pertenecen a un grupo de atención prioritaria.

Entonces, la estabilidad reforzada y protección especial no se limita a las personas en situación de discapacidad, sino que se extiende a quien tiene a su cargo una persona en tal condición.

En el caso, como antes se dijo, la empresa empleadora conocía sobre la condición de salud de Valentina Alejandra Lara Naranjo, hija de la ex trabajadora (fs. 32 y 41). Siendo que aun cuando no obtuvo el carné de discapacidad, esta circunstancia no implica la inexistencia de esta situación. Tanto más, si la empleadora conocía sobre la condición de discapacidad de hija de la accionante. Entonces, la falta de acreditación formal no implica desconocer que la actora se encontraba a cargo de una persona en situación de discapacidad (su hija). Lo dicho, conforme los precedentes constitucionales que se han transcrito en esta decisión. Por tanto, la actora tiene derecho a que INFAMOTOR S.A., le pague la indemnización correspondiente a 18 meses de la mejor remuneración conforme al artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

Cabe enfatizar, la Corte Constitucional ha determinado como precedente que: *"la persona con discapacidad y la persona que tiene a su cargo a una, tiene derecho a la garantía de estabilidad reforzada en el ámbito laboral"*[9]. Por lo que, desconocer en este caso la indemnización establecida en el artículo 51 *ibídem* implicaría desconocer el precedente referido.

9.5 Por último, la accionante, tanto en su demanda como en su libelo de casación afirmó que el

[9] Sentencia No. 36719EP/ 20 dictada el 07 de octubre de 2020 dentro del Caso No. 36719EP, Párrafo 23.

despido intempestivo en su contra, fue discriminatorio. Al respecto, en el proceso no se ha justificado que la terminación unilateral hubiera operado por discriminación. Más allá de esto, tampoco la accionante activó la acción de despido ineficaz, que conforme los artículos 195.2 y 195.3, es la vía judicial adecuada para conocer y resolver sobre este asunto.

DÉCIMO.- LIQUIDACIÓN:

Debe advertirse que el artículo 51 *ibídem*, para efectos de la indemnización ahí regulada, considera como parámetro *"un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración"*. Así, la mejor remuneración percibida por la accionante durante la relación laboral, es USD $ 612,37, correspondiente al mes de abril de 2018. Información contenida en el rol de pago que obra fs. 33, que fue admitido como prueba en el proceso. Por lo que, considerando tal cantidad se realiza el cálculo pertinente:

USD $ 612,37 x 18= USD $ 11.022,66

En consecuencia, a más de los rubros confirmados en la sentencia de segundo nivel, corresponde que la empresa demandada, en la forma en que ha sido requerida, pague a la accionante por concepto de indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, la cantidad de USD $ 11.022,66.

DÉCIMO PRIMERO.- DECISIÓN:

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** acepta el recurso extraordinario de casación interpuesto por la accionante y en consecuencia casa la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 27 de noviembre de 2020, a las 14h06. Por tanto, a más de los rubros confirmados en la sentencia de segundo nivel, corresponde que la empresa demandada, en la forma en que ha sido requerida, pague a la accionante por concepto de indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, la cantidad de ONCE MIL VEINTE Y DOS CON 66/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD $ 11.022,66). Los rubros pagados por la parte demandada en la fase de ejecución deberán descontarse del total que resulte de la liquidación de los valores ordenados a pagar tanto en segunda instancia como en este nivel.

Sobre el recurso de ampliación solicitado por la accionante respecto de los honorarios profesionales, valga advertir que en la sentencia de primera instancia fueron regulados en el 10% del total de la liquidación. Mientras que, en apelación no se regularon honorarios correspondientes a esa instancia, entendiéndose que se ratificó el antes citado porcentaje. Debe observarse que, los honorarios se regulan considerando el proceso en su integridad, y no por instancia individualmente considerada.

CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.

f) Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL; Dra. Enma Tapia Rivera, JUEZA NACIONAL.

II

Juicio Nro. *09359-2019-02612*
Resolución Nro. *348-2022*
Fecha: *lunes 29 de agosto del 2022, las 11h15*

TEMA: Régimen jurídico de la relación laboral ante la derogatoria de la Ley de Zonas Francas.

ASUNTO

El actor manifiesta que ingresó a prestar sus servicios para la empresa SALICA ECUADOR S. A. el 1 de febrero de 2013 y que la relación laboral terminó el 31 de julio de 2019, por despido intempestivo, al habérsele impedido ingresar a sus labores cotidianas. El accionante señala que suscribió un total de 13 contratos de trabajo durante la relación laboral, que se denominaban de zona franca, en los cuales se expresaba que las relaciones laborales con sus trabajadores están reguladas por la Ley de Zonas Francas.

El demandante precisa que la Ley de Zonas Francas dejó de tener vigencia a partir de la derogatoria realizada en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y, por lo tanto, que la aplicación que se pretendió dar a la relación laboral de temporal no es procedente, ya que el artículo 54 de la Ley de Zonas Francas no podía aplicarse a esos contratos, en virtud de que había sido derogada.

La empresa demandada rechaza lo manifestado por el actor, en lo relacionado a la forma como terminó la relación laboral, descartando el despido intempestivo e indicando que la relación laboral terminó legalmente por conclusión del plazo del contrato de trabajo suscrito por las partes.

En este proceso se trata de determinar si las personas trabajadoras que han sido contratadas por las empresas que en su momento se acogieron a las condiciones especiales establecidas en la Ley de Zonas Francas, están sujetas a un régimen diferente en cuanto a la vigencia del contrato laboral y si están amparadas por la estabilidad laboral prevista en el Código del Trabajo, considerando que el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones derogó la Ley de Zonas Francas.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil considera que la Ley de Zonas Francas no amparaba a la empleadora y, por ende, al estar derogada, el trabajador tenía estabilidad laboral, por lo que, aceptando la demanda, se manda a pagar las indemnizaciones de los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de los recursos de apelación interpuestos por las partes, el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en voto de mayoría, revoca el fallo del juez inferior, pues considera que el actor, a más de las indemnizaciones por despido intempestivo, tenía derecho a la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2019-2612

Jueza Ponente: Dra. Katerine Muñoz Subía

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.
Quito, lunes 29 de agosto del 2022, las 11h15.
VISTOS:
ANTECEDENTES:

a) **Relación circunstanciada de la decisión impugnada.**
Miguel Clemente Rodríguez Asencio inició juicio de trabajo en contra de SALICA DEL ECUADOR S.A. por intermedio de su representante legal Natalia Elizabeth Miranda Álvarez.
La parte demandada interpone recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia de mayoría dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 27 de enero de 2021, las 11h59 (fs. 33 a 46). Decisión que aceptó el recurso de apelación presentado por la parte accionada, y revocó la sentencia de primer nivel, ordenando el pago de: despido intempestivo, bonificación por desahucio y la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Lo ordenado a pagar en segundo nivel ascendió a la cantidad total de USD $ 24.998,38

b) **Actos de sustanciación del recurso.**
De la mencionada decisión la accionada presentó recurso extraordinario de casación. Previo a admitirlo a trámite, mediante auto de 14 de junio del 2021, las 11h15, la Conjueza (E) de la Corte Nacional de Justicia, Liz Mirella Barrera Espín, ordenó que la recurrente aclare y complete su recurso en puntos específicos. Una vez cumplida tal disposición, la Conjueza en referencia, a través de auto de 24 de junio de 2021, las 11h17, lo admitió a trámite al tenor del caso cinco del artículo **268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)**.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:
PRIMERO: Competencia.
Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los Jueces: doctora Katerine Muñoz Subía (Ponente), doctora Enma Tapia Rivera y doctora María Consuelo Heredia Yerovi, es competente para conocer y resolver el recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: *"Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.",* artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: *" Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.";* artículo 191 numeral 1 *ibídem*, que prevé: *"La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo;"* en concordancia con el artículo 269 del COGEP; y del sorteo de fecha 09 de mayo de 2022 que obra a fs. 29 del expediente de casación.

SEGUNDO.- Fundamento del recurso de casación.
La demandada denuncia la infracción de los artículos: 325 de la Constitución de la República; 14 letra h), 20, 169 numeral 3; 170; 185 y 188 del Código de Trabajo; 4, 21, Disposición Transitoria Tercera y letra n) de las Disposiciones Derogatorias del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; y 54 de la Ley de Zonas Francas.

TERCERO.- 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.
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.

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.

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.

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]

CUARTO.- Audiencia.

El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, establece 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 señaló para el 10 de junio de 2022, a las 11h50. La que, ante el fallecimiento del actor, Miguel Clemente Rodríguez Asencio fue diferida hasta que se notifique a sus herederos presuntos y desconocidos mediante la prensa.

Una vez cumplida esta última exigencia, se convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el 19 de agosto de 2022, a las 10h00.

Finalmente, una vez concluido el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *Ut Supra*.

QUINTO.- Contextualización de los argumentos reproducidos por la recurrente con fundamento en el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

La recurrente alega que, en la sentencia cuestionada, se ha configurado: la falta de aplicación de los artículos 325 de la Constitución, 20, 169 numeral

[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"*, CEPUASB, 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.

3 y 170 del Código de Trabajo y 54 de la Ley de Zonas Francas; errónea interpretación de la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; e indebida aplicación del artículo 59 del Reglamento a la Ley de Zonas Francas.

5.1 Falta de aplicación del artículo 325 de la Constitución.

Sostiene que, la relación de trabajo entre las partes no es general, más bien tiene carácter de especial. Regulada en el artículo 54 de la Ley de Zonas Francas en concordancia con la excepción del artículo 14 del Código de Trabajo, al establecer *" Los demás que determine la Ley"* .

Continúa señalando que, la compañía accionada se encuentra asentada en la Zona Franca de Posorja. Pues, ha sido calificada y registrada como usuaria de la Zona Franca de Posorja " ZOFRAPORT S.A." , conforme lo establecido en el Registro Oficial No. 356 de 10 de junio de 2008. Entonces, se encuentra regulada por una normativa especial que incluye el ámbito laboral. No obstante, equivoca el Juez Plural al considerar derogada de forma expresa y total la Ley de Zonas Francas.

Reitera que entre las partes procesales se configuró una relación especial de trabajo sometida a una ley distinta a la laboral, prevista en el artículo 54 de la Ley de Zonas Francas; y, que no respondió a criterios de estabilidad laboral. Disposición en la que se lee: *"Que por su naturaleza, los contratos de trabajo en zonas francas son de carácter TEMPORAL. Por lo que no estarán sometidos a lo que dispone el art. 14 del Código de Trabajo y podrán renovarse cuantas veces sea necesario"*.

Sin embargo, en el caso, no se ha reconocido esta modalidad y forma de trabajo, evadiendo la aplicación del artículo 325 de la Constitución. Pues, de haberla aceptado, la indemnización por despido intempestivo y desahucio se hubieran desestimado.

5.2 Errónea interpretación de la Disposición Transitoria Tercera y letra n) de la Disposiciones Derogatorias del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

Agrega que, la Disposición Derogatoria letra n) del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, no es aplicable para la demandada, pues, esta se encuentra en el supuesto jurídico planteado en la Disposición Transitoria Tercera *ibídem*. Dado que, obtuvo la concesión de Zona Franca en el año 2008; esto es, antes de la vigencia del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

A pesar de lo dicho, el tribunal de alzada mal interpretó la disposición derogatoria en referencia, al no atribuirle su sentido literal, y la disposición transitoria tercera al *" separar la norma para un "sistema operativo" y otra interpretación para el ámbito laboral"* . Además, su cumplimiento se encuentra condicionado a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de tal ley, siendo que la accionada se encuentra en el supuesto de esta última norma, donde se establece la prórroga de la Ley de Zonas Francas.

Argumenta que la Disposición Transitoria Tercera *ibídem* no distingue los ámbitos de su aplicación. Por ende, tampoco cabe que lo hagan los jueces/za. Por el contrario, el tribunal de apelación debió entender las disposiciones de la referencia en su sentido literal, reconociendo la contratación temporal determinada en la Ley de las Zonas Francas.

5.3 Falta de aplicación del artículo 20 del Código de Trabajo.

La casacionista acusa la falta de aplicación del artículo 20 del Código de Trabajo. Para esto señala que, tal disposición prevé *"NO SE REGISTRARAN LOS CONTRATOS DE TRABAJO QUE DEBAN CELEBRARSE POR ESCRITO EN EL MINISTERIO DE TRABAJO"*.

Entonces, si el Juez Plural concluyó que el vínculo laboral fue regulado por el Código de Trabajo, resulta contradictorio exigir el registro del contrato. Lo que supuso también la indebida aplicación del artículo 59 del Reglamento a la Ley de las Zonas Francas *"que exigía un requisito que se encuentra derogado expresamente y sin condiciones en el artículo 20 del Código de Trabajo"*. Más bien, el tribunal de alzada debió aplicar el Código de Trabajo por sobre una disposición contenida *"presuntamente"* en un reglamento.

5.4 Falta de aplicación de los artículos 169 numeral 3 y 170 del Código de Trabajo.

Manifiesta quien recurre que, ambas disposiciones regulan la forma de terminación de la relación laboral propuesta por la demandada, y que no fue reconocida en la sentencia cuestionada. Lo dicho, dado que, no se aceptó la vigencia prorrogada de la normativa laboral prevista en el Ley de Zonas Francas que regulaba a las partes procesales. Régimen jurídico contrapuesto a lo previsto en los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo, pues,

de forma equivocada se condenó a la demandada al pago de la bonificación por desahucio y a la indemnización por despido intempestivo, sin advertir que el vínculo fue de carácter temporal.

La sala de segundo nivel debió de aplicar el régimen jurídico de la Ley de Zonas Francas, reconociendo la forma de terminación de la relación laboral prevista en el artículo 169 numeral 3 (conclusión de la obra, período de labor o servicio objeto del contrato) del Código de Trabajo, y el artículo 170 (terminación sin desahucio) *ibídem*. Sin que, en consecuencia, se hubiere configurado el despido intempestivo.

Finalmente, la recurrente reitera que el contrato de trabajo culminó conforme la causal tercera del artículo 169 *ibídem*. Es decir, por la conclusión de la obra, período de labor o servicio objeto del contrato.

5.5 Falta de aplicación del artículo 4 letra d) del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

Sostiene la casacionista que, la disposición señalada establece el reconocimiento y valoración de todas las formas de trabajo; siendo una de estas el trabajo temporal previsto en la Ley de Zonas Francas. La que se mantiene vigente al tenor de la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

Este último código reconoce todas las formas de contratación laboral para fomentar el empleo y mitigar la desocupación. Además, plantea la continuidad de tipos de empleo, como en el caso de las Zonas Francas. Por tanto, la sala de apelación debió reconocer la contratación temporal conforme la Ley de Zonas Francas –excepción al contrato indefinido pues, está legalmente permitida.

Tal ley, se encuentra vigente conforme el *"principio de ultra actividad respecto de una derogatoria condicional"*. Entonces, el Juez Plural debió cumplir las normas laborales vigentes conforme el artículo 21 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

Agrega que, el tribunal de instancia no distingue los tipos de derogatorias de una ley, dado que, califica la derogatoria de la Ley de Zonas Francas como tácita. Sin reparar en que, es la propia letra n) de la Disposición Derogatoria del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones la que condiciona la vigencia de aquella.

Manifiesta que, el Juez Plural debió reconocer la vigencia de la Ley de Zonas Francas en aplicación de los artículos 325 de la Constitución, 4 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, y 14 del Código de Trabajo.

5.6 Falta de aplicación del artículo 14 del Código de Trabajo.

Si bien este artículo establece a la contratación indefinida como la típica y ordinaria, tal previsión no descarta que un contrato temporal sea legal. Más bien, esta última modalidad se encuentra prevista en la Ley de Zonas Francas. No obstante, los jueces/za, en el fallo recurrido, la desconocen con el equivocado criterio de asumir que se encuentra derogada, cuando lo correcto era reconocer la contratación laboral determinada en dicha ley.

SEXTO.- Problema jurídico a resolver:

¿En atención de la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, al caso le es aplicable el artículo 54 de la Ley de Zonas Francas; por ende, no procede el pago de la indemnización por despido intempestivo dado que el vínculo entre las partes se reguló mediante un contrato temporal conforme tal Ley, y no a través de uno indefinido?

SÉPTIMO.- Resolución del recurso extraordinario de casación:

7.1 Sobre el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

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."*

El caso cinco del artículo 268 del COGEP se configura por infracción directa de derecho sustantivo, es decir, sin consideración a cuestiones fácticas o probatorias. Supone el contraste entre la sentencia frente a la ley, tratándose de *"un error de adjudicación, selección o de entendimiento de normas sustanciales, es decir, el debate es estrictamente jurídico"*[4]

[4] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008, Pág. 413.

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.

No se puede olvidar que el caso en referencia no se limita al yerro con respecto a la norma, sino también es posible denunciar la transgresión de la jurisprudencia obligatoria, emitiéndose por esta la que cumplió con el procedimiento previsto en los artículos 185 de la Constitución de la República y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Adviértase que tres son los motivos contemplados para la procedencia de esta clase de impugnación de naturaleza extraordinaria: indebida aplicación, falta de aplicación y errónea interpretación.

La indebida aplicación es un típico error de selección y subsunción en la norma, es decir, sucede cuando el/la juez/a, para resolver el/los problema/s del caso, aplica una que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos.

La falta de aplicación, tiene relación con 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, exige 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.

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.

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.

7.2 La sentencia impugnada en casación.

En la parte pertinente de la sentencia impugnada se lee: *" (...) la fecha de inicio de la relación laboral fue el primero de febrero del 2013, según el aporte del IESS, que consta a fojas 19 del cuaderno procesal, prueba de la cual se corrobora lo alegado por el actor, respecto a que cuando ingresó a laborar fue en la fecha antes referida, observando éste tribunal que a la fecha de contratación ya se encontraba vigente el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, publicado en el suplemento del registro oficial 351 del 29 diciembre del 2010. (...)* ***En lo que atañe al caso in examine****, se verificó que el actor ingresó a laborar bajo relación de dependencia con la entidad demandada, sin que exista controversia en el tiempo de servicio trabajado para la compañía SELICA S.A., así como no es controvertido la última remuneración, no obstante de aquello fue contratado con una norma legal que ya no estaba vigente a la fecha del inicio de la relación laboral, se ha alegado por parte de la entidad demandada que las actuaciones de la forma de contratar esta ceñida a lo que consagra la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones prorroga expresamente la vigencia de dicha Ley estableciendo que "Las zonas francas cuyas concesiones han sido otorgadas al amparo de la Ley de Zonas Francas continuarán en operación bajo las condiciones vigentes al tiempo de su autorización, por el plazo que dure su concesión" ; esta normativa es aplicable a su sistema operativo, en virtud de que no se podría dar por terminada una concesión que había sido otorgada con anterioridad a la Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, no así la forma de contratación laboral que debe de estar regida por un ordenamiento jurídico vigente (...) Es necesario, indicar que la ley de zona Franca, que estuvo vigente hasta el 28 de diciembre del 2010, por cuanto el 29 del mismo mes y año antes*

mencionado entro vigencia el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones en su Disposición Derogatoria signada en el literal n) deroga condicionalmente a la Ley de Zonas de Francas; este tribunal por mayoría observa que esta ley que fue derogada tenía un reglamento en el que se determinaba el procedimiento a seguir para la aplicación de la normativa de la ley de Zona Franca, de las cuales, uno de los requisitos para contratar bajo la modalidad de temporal, era el inscribir los contratos de trabajo bajo esta modalidad, ante el Ministerio de Relaciones laborales, de la cual se llevaría un registro de dicha modalidad contractual; éste Tribunal observa que a fojas 103 y 104 del cuaderno procesal, consta un solo contrato de trabajo de fecha 31 de julio del 2013, que cumple con éste requisito, los demás contratos suscrito entre el actor y la empresa demandada, no consta dicha inscripción mal podría atribuírsela que son contratos de temporada, cuando no se cumple con el requisito mínimo permitido de cumplimiento obligatorio por así determinarlo en Art. 59. REGLAMENTO A LA LEY DE ZONAS FRANCAS (Decreto No. 2790) "… Los contratos individuales de trabajo en las zonas francas se celebrarán obligatoriamente por escrito, en un original y dos copias, y deberán registrarse en la Inspección del Trabajo o Juzgado del Trabajo de la jurisdicción respectiva, los cuales llevarán para el efecto, un registro especial." Requisito que no cumplió la entidad demandada, mal podría fundamentarse que el actor estaba laborando bajo esta modalidad, los ecuatorianos estamos obligados al respeto de las leyes y ordenamiento jurídico vigente, conocido y aplicable a todo acto realizado por los ciudadanos ecuatorianos y extranjeros dentro del territorio nacional, por ende este tribunal por mayoría concluye que la relación laboral entre el trabajador MIGUEL CLEMENTE RODRIGUEZ ASCENCIO y la compañía SELICA S.A está amparada al código del Trabajo. (…) este tribunal ya ha analizado en el numeral que antecede cual es la norma a aplicar al trabajador RODRIGUEZ ASENCIO MIGUEL CLEMENTE (actor) dejando claramente establecido que no se puede aplicar una norma de contratación que no estaba vigente a la fecha del inicio de la relación laboral, porque esto afecta la seguridad jurídica; La derogación de la norma jurídica se define como la cesación de su vigencia por efecto de lo dispuesto en otra norma posterior. La derogación puede ser expresa o tácita, así, será expresa cuando la ley nueva deroga a la antigua porque lo dispone expresamente y será tácita cuando la ley nueva se opone simplemente a la antigua, esta última sucedió con la ley de Zona Franca que fue derogada en su totalidad por el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones (…) frente a la normativa que es muy clara y siendo evidente que la relación laboral culminó de manera unilateral por el empleador se configura lo establecido en el Art. 188 y 185 del código del Trabajo (…)". (Subrayado fuera de texto original).

7.3 ¿En atención de la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, al caso le es aplicable el artículo 54 de la Ley de Zonas Francas; por ende, no procede el pago de la indemnización por despido intempestivo dado que el vínculo entre las partes se reguló mediante un contrato temporal conforme tal Ley, y no a través de uno indefinido?

7.3.1 En la sentencia impugnada el tribunal de instancia determina que, a la fecha de inicio de la relación laboral (01 de febrero de 2013) se encontraba vigente el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones. No obstante, el actor fue contratado mediante la Ley de Zonas Francas que no se encontraba vigente. Pues, la Disposición Transitoria Tercera de aquel código –en la que sostiene el demandado la aplicabilidad de la Ley de Zonas Francas se relaciona únicamente con el sistema operativo de la empresa, y no con la contratación laboral que se encuentra regulada mediante la normativa vigente.

A más de que la Ley de Zonas Francas fue derogada, el artículo 59 de su Reglamento determinaba como uno de los requisitos para la contratación temporal ahí prevista, la inscripción de los contratos de trabajo celebrados a través de dicha modalidad. Sin embargo, solo uno de los contratos ha cumplido este requisito, en los demás no consta tal inscripción; por ende, mal podría atribuírsele que el vínculo se configuró mediante contratos temporales.

Conforme lo anterior, el tribunal de alzada concluyó que el vínculo entre las partes debe responder a las disposiciones del Código de Trabajo. Siendo incorrecto aplicar, al caso, una norma derogada (Ley de Zonas Francas) por el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones. En tal razón, la relación laboral culminó mediante despido intempestivo.

Por su parte, la casacionista, en lo fundamental sostiene que, el vínculo laboral entre las partes se encuentra regulado por una normativa especial, específicamente el artículo 54 de la Ley de Zonas Francas, siendo el contrato laboral de carácter temporal. Por ende, la Disposición Derogatoria letra n) del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, no es aplicable al caso, pues, al vínculo de trabajo debe aplicarse el mencionado artículo 54 de la Ley de Zonas Francas, prorrogada por Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

Es decir, ante la configuración de un contrato temporal que reguló la relación de trabajo entre las partes procesales, no procedía aplicar la figura del despido intempestivo. Esto, entendiendo que el vínculo culminó por la conclusión de la obra, período de labor o servicio objeto del contrato.

7.3.2 Ahora bien, la Ley de Zonas Francas ha sido derogada en razón del literal n) de las Disposiciones Derogatorias del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, publicado en el Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010; es decir, a partir de dicha fecha la Ley de Zonas Francas fue derogada expresamente, conforme se lee en la aquella disposición: *"Salvo lo establecido en las Disposiciones Transitorias, a partir de la fecha de vigencia de este Código, queda derogadas todas las normas en cuanto se opongan a las disposiciones de este Código. Adicionalmente, se derogan expresamente las siguientes normas: (...) n) Ley de Zonas Francas, publicada como Codificación No. 4, publicada en Registro Oficial No. 562 de 11 de Abril del 2005 (...)".*

Cabe señalar que el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones surge bajo las consideraciones de los artículos 276 numeral 2 generación de trabajo digno y estable, y 320 – principio de valoración del trabajo de la Constitución de la República del Ecuador.

Siguiendo esta idea, uno de los fines principales del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, se encuentra establecido en el artículo 4 literal d) *"Generar trabajo y empleo de calidad y dignos, que contribuyan a valorar todas las formas de trabajo y cumplan con los derechos laborales",* concordante con la disposición constante en el *"Art. 21.* ***Normas obligatorias.*** *Los inversionistas nacionales y extranjeros y sus inversiones están sujetos, de forma general, a la observancia y fiel cumplimiento de las leyes del país, y, en especial, de las relativas a los aspectos laborales, ambientales, tributarios y de seguridad social vigentes".*

Entonces, con la normativa actual se vuelven obsoletas las prerrogativas que la antigua Ley de Zonas Francas tenía respecto de los trabajadores; específicamente, el contrato temporal, que precarizaba la situación laboral de los trabajadores sujetos a dicha Ley.

Por otro lado, es de advertir que la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión: *"Tercera.- Las zonas francas cuyas concesiones han sido otorgadas al amparo de la Ley de Zonas Francas, continuarán en operación bajo las condiciones vigentes al tiempo de su autorización, por el plazo que dure su concesión. No obstante, las empresas administradoras y usuarias de las actuales zonas francas deberán sujetarse administrativa y operativamente a las disposiciones del presente Código."*

Como se observa, lo relacionado con el contrato de trabajo no forma parte del término *"condiciones vigentes"* al que se refiere la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión. Entendiendo que, tal disposición no prevé la prórroga de los contratos temporales establecidos en el artículo 54 de la Ley de Zonas Francas; pues, considera exclusivamente la operación en relación con las concesiones otorgadas.

Asumir lo contrario, e interpretar las disposiciones en el sentido que pretende la casacionista, implicaría contradecir todo el sistema de protección constitucional en favor de las y los trabajadores, al aceptar una modalidad de contratación que desconoce la estabilidad laboral, y por ende, implica precarización en el trabajo, expresamente prohibida por el artículo 327 de la Constitución.

En consecuencia, el vínculo laboral fue de carácter estable y a tiempo indefinido conforme el artículo 14 del Código de Trabajo pues, se desarrolló durante la vigencia del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión. Siendo que, precisamente el contrato indefinido fue la modalidad de contratación aplicable, y reconocida por el tribunal de alzada en el presente caso, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 325 de la Constitución.

Así, este Tribunal concluye que el Juez Plural, bien interpreta la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico de la Producción, Comercio e

Inversiones, al entender que la Ley de Zonas Francas fue derogada por la Disposición Derogatoria letra n) de tal Código; siendo que la condición de su prórroga prevista en la Disposición Transitoria Tercera, no involucra el ámbito laboral. De ahí que, la relación laboral entre las partes procesales no se encontraba regulada por la Ley de Zonas Francas, sino por el Código de Trabajo.

En definitiva, al tiempo de inicio del contrato de trabajo (01 de febrero de 2013), la relación laboral entre la parte accionante y la entidad demandada no estaba regulada por la Ley de Zonas Francas. Siendo que, esta no fue aplicable, por cuanto el vínculo laboral configurado desde el 01 de febrero de 2013 hasta el 31 de julio de 2019 transcurrió en vigencia del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y, por tanto, deben aplicarse las consecuencias jurídicas derivadas del Código de Trabajo y de la Constitución de la República. Esto es, las garantías que respecto a la estabilidad laboral se contemplan en estas últimas.

Por otra parte, el análisis sobre el requisito respecto del registro de los contratos individuales conforme el artículo 59 del Reglamento de la Ley de las Zonas Francas realizado por el tribunal de apelación, no tiene incidencia en el caso. Esto, dado que, como se ha dicho, el vínculo entre las partes no respondió a un contrato temporal regulado por la Ley de Zonas Francas. Más bien, al iniciar el vínculo de trabajo en el año 2013, y perdurar hasta el 2019, se trató de un contrato indefinido de trabajo, sin que le sean aplicables los artículos 169 numeral 3 y 170 del Código de Trabajo.

En atención a lo dicho, se desestiman las infracciones de las normas referidas por la recurrente en su libelo de casación, traídas a conocimiento de este Tribunal mediante el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

OCTAVO.- DECISIÓN:

Por lo expuesto, 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,** no casa la sentencia de mayoría dictada por tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 27 de enero de 2021, las 11h59. El 100 % de la caución rendida por la parte demandada entréguese en favor del actor. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**

f) Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL; Dra. Enma Tapia Rivera, JUEZA NACIONAL.

III

Juicio Nro. *01371-2020-00491*
Resolución Nro. *354-2022*
Fecha: *martes 30 de agosto del 2022, las 11h50*

TEMA: La pandemia del virus COVID-19 como caso de fuerza mayor o caso fortuito en la terminación de las relaciones laborales.

ASUNTO

La accionante manifiesta que prestó sus servicios desde el 10 de mayo de 2011, cumpliendo labores administrativas para el Edificio Quillahuasi, con nombre comercial *"Condominio La Laguna"*, actividades que dice haberlas realizado hasta el 18 de junio de 2020, fecha en que ha concluido la relación laboral, por decisión unilateral de su empleador.

El actor añade que la última remuneración recibida ha sido la correspondiente al mes de febrero de 2020 y que mediante oficio de 14 de mayo de ese año el gerente general del Edificio Quillahuasi le hizo saber su decisión de dar por terminado el vínculo laboral, de manera unilateral, sustentado en el artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo, pero considera que las actividades en su lugar de trabajo no se interrumpieron, por lo que no era procedente dar por terminada la relación laboral con la justificación de fuerza mayor, razón por la cual demanda el pago de los sueldos y otros beneficios adeudados, más el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo y por desahucio.

En este caso se analiza la terminación de la relación laboral por la causal de caso fortuito o fuerza mayor, prevista en el artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo, con relación a la pandemia de COVID-19 y lo regulado en el Decreto Ejecutivo 1017 de 16 de marzo de 2020, a través del cual se declaró el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, como elemento para establecer si la terminación de la relación laboral está justificada o, por el contrario, constituye un acto de despido intempestivo.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial de Trabajo del cantón Cuenca considera que está justificado el despido intempestivo con la carta enviada a la trabajadora por el Presidente del Conjunto Habitacional Condominio La Alguna, en la que notifica la terminación de la relación laboral al amparo de artículo 169.6 del Código del Trabajo, sin que se justifique la fuerza mayor y, el juzgador menciona que, además, no obstante ese aviso, la trabajadora continuó en funciones hasta la entrega de la administración, razón por la cual acepta la existencia del despido intempestivo y ordena el pago de las respectivas indemnizaciones, además del pago de remuneraciones atrasadas y otros rubros adeudados a la trabajadora.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, en virtud del recurso de apelación formulado por los demandados, revoca parcialmente el fallo subido en grado y niega el pago de la indemnización por despido intempestivo, al considerar que la relación laboral terminó por mutuo acuerdo cuando la trabajadora aceptó entregar la documentación y bienes de la administración del edificio donde prestaba sus servicios.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01371-2020-00491

Jueza Ponente: Dra. Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, martes 30 de agosto del 2022, las 11h50
VISTOS: ANTECEDENTES.- a) Relación de la causa impugnada: En el juicio laboral seguido por Maritza Patricia Matute Beltrán en contra del Edificio Quillahuasi "Condominio La Laguna", en las personas de Paul Alejandro Carpio Gonzalez; Pablo Gerardo Fernández Chicaiza y Saúl Tiberio Sánchez Prieto, quienes también son demandados por sus propios derechos; el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, dictó sentencia el 31 de mayo de 2021, las 14h26 y resolvió:

> "[...] Acepta parcialmente el Recurso de Apelación de la accionada, y REFORMA la sentencia subida en grado, declarando parcialmente con lugar la demanda, disponiendo que la parte accionada, el Edificio QUILLAHUASI, con nombre Comercial " Condominio La Laguna" representada por Pablo Gerardo Fernández González, en calidad de Presidente, Ing. Paúl Alejandro Carpio González, y doctor Saúl Tiberio Sánchez Prieto, por sus propios y personales derechos en los términos del Art. 36 y 41 del Código del Trabajo, cancelen a la actora los siguientes rubros: 1. -Remuneraciones de marzo, abril, mayo y 18 días de junio del 2020, la suma de $ 2862,50/100. 2.- Acorde el Art. 94 del Código del Trabajo, se pagará el triple de recargo de las remuneraciones que no han sido cancelada el valor de $ 6.202,08/100. 3.-) El pago proporcional del Décimo Tercer sueldo, periodo marzo 2020 al 18 de junio de 2020, el valor de $. 238,50/100. 4.-) Pago proporcional del Décimo Cuarto sueldo, periodo 1 de agosto del 2019 al 18 de junio del 2020, el valor de $ 120,00/100. 5.-) Vacaciones último periodo, 11 de mayo del 2019 a 18 de junio de 2020, la suma de $ 430,70/100. 6.-) Vacaciones por antigüedad a partir del quinto año de labores, (10 días adicionales en total), la suma de $258,50/100. 7.-) Ropa de trabajo de todo el tiempo de relación laboral, el valor de $ 270,00/100. 8.-) Bonificación por Desahucio el valor de $ 1.788,78. TOTAL: DOCE MIL CIENTO SETENTA Y UN DOLARES, CON 06/100. ($ 12.171.06). .Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. Con el ejecutorial, remítase la causa al Juzgado de origen. [...]".

De esta decisión la accionante solicitó recursos horizontales de aclaración y ampliación, el que fue resuelto en auto de 15 de junio de 2021, las 08h51, en los siguientes términos:

> **"SEGUNDO.-** En el presente caso, el Tribunal de esta Sala en relación a la petición de Aclaración de la Sentencia dictada en esta causa, observa:
> - Que en la parte resolutiva de la sentencia se dispone que Pablo Gerardo Fernández González, en calidad de Presidente del Edificio QUILLAHUASI, con nombre Comercial " Condominio La Laguna", cancelen a la actora varios rubros, incurriendo en error en el segundo apellido del señor Pablo Gerardo Fernández González, siendo lo correcto Pablo Gerardo Fernández Chicaiza, por lo que se acepta la aclaración en ese sentido.
> - La sentencia dispone el pago a la parte accionada, Edificio QUILLAHUASI, con nombre Comercial " Condominio La Laguna" representada por Pablo Gerardo Fernández González, en calidad de Presidente, Ing. Paúl Alejandro Carpio González, y doctor Saúl Tiberio Sánchez Prieto, por sus propios y personales derechos en los términos del Art. 36 y 41 del Código del Trabajo, al solicitar se aclare, se dispone que el pago lo realicen los tres demandados por sus propios y personales derechos, con la rectificación del apellido del Señor Pablo Gerardo Fernández Chicaiza.
>
> En relación a la Ampliación : En relación a los honorarios de la defensa al haber sido reducido el monto de la sentencia de primera instancia y no haberse regulado en esta los mismos, se fija en el 10% del monto total

del valor a pagar, más los respectivos intereses, dejando absuelta la petición de Ampliación de la sentencia.

En estos términos se atiende la petición realizada por la parte actora en la presente causa. Devuélvase el proceso al Juzgado de origen."

Inconforme con esta decisión, la actora interpone recurso de casación.

Recibido el proceso en la Corte Nacional de Justicia, en auto de fecha 7 de septiembre de 2021, las 08h32, la Conjueza Nacional (e), doctora Liz Mirella Barrera Espín, admitió a trámite el recurso formulado, en los siguientes términos:

"[...] el recurso de casación presentado por la parte recurrente, por cuanto reúne los requisitos formales puntualizados en el artículo 267 del Código Orgánico General de Procesos. De acuerdo con lo señalado en el tercer inciso del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos sustituido por el artículo 43 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código General de Procesos, córrase traslado con el recurso admitido a trámite a la parte no recurrente, concediéndole a la misma el término de treinta días para que lo conteste de manera fundada y en derecho. Con o sin contestación de la contraparte en el término señalado, se remitirá el expediente a la a la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia para el trámite correspondiente.". y, para hacerlo se considera:

PRIMERO: <u>JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA</u>: 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; y, artículos 184, 191 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y, según el acta de sorteo.

Todo ello de conformidad con la resolución No. 02-2021 de 05 de febrero de 2021 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que refiere a la integración de sus Salas; y la resolución No.04-2021 de 19 de febrero de 2021 que trata sobre la distribución de las causas.

En lo posterior el miércoles, 17 de agosto de 2022, se realizó el sorteo de ley, correspondiendo el conocimiento de esta causa, al tribunal conformado por: doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional (Ponente); doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional; y, doctora Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional.

SEGUNDO.- <u>VALIDEZ PROCESAL</u>.- No se observa omisión de solemnidad sustancial alguna o violación de trámite legal, por lo que se declara la validez de todo lo actuado.

TERCERO.- <u>ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PÚBLICA CORRESPONDIENTE.</u>

Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, la audiencia para conocer y resolver el recurso de casación se llevó a cabo el **día miércoles 24 de agosto de 2022, las 15h00;** en la que, la **parte actora** solicitó se case la sentencia por los casos dos y cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, sujetando su argumentación a los fundamentos del escrito contentivo del recurso de casación; frente a lo cual, **la parte demandada** a través de su defensa técnica manifestó 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.

Una vez escuchadas las partes procesales, el Tribunal se pronunció en forma oral al tenor de lo dispuesto en los artículos 93 y 272 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:

CUARTO: <u>CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA</u>.

4.1.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.

La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho; "[...] según señala DE LA PLAZA, el objeto de la casación, en palabras de CARAVANTES, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales; idea que, en épocas más próximas a nosotros, reitera Manresa, cuando atribuye al recurso la misión de [...] enmendar el abuso, exceso o agravio inferido por

las sentencias firmes de los Tribunales de apelación cuando han sido dictadas contra ley o doctrina legal, o con infracción de las formas más esenciales y trámites más esenciales del juicio [...]" (Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 221).

A través de este recurso, se cumple, en los casos que la ley específicamente lo determina, con 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.

4.2.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE LA MOTIVACIÓN.

AI tenor de lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7) letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas; no habrá motivación, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda, o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. La inobservancia de esta norma constitucional ocasiona la nulidad de la resolución.

En materia de casación la motivación se circunscribe a presentar un razonamiento jurídico con base en la normativa y principios del derecho, de ser el caso, que justifiquen porqué la sentencia recurrida por este recurso extraordinario ha infringido normas legales y contempla alguno de los errores presentados al amparo de los casos alegados o porqué los fundamentos de quien interpuso el recurso carecen de sustento suficiente para casar la sentencia; en resumen, la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la sentencia recurrida, siendo: *"el conjunto de razones y fundamentos jurídicos que sustentan el pronunciamiento"* (Tolosa Villabona, 2008, pág. 126).

La motivación se constituye así en un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento y observancia en todas las resoluciones administrativas o judiciales, convirtiéndose en el eje diferenciador entre la racionalidad y la arbitrariedad.

"EI deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática" (Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso Apitz Barbera y otros).

La motivación será considerada entonces como uno de los derechos de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, la Corte Constitucional, alejándose del test de motivación por el cual sostenía que:

"Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad, en el lenguaje, con miras a su fiscalización par parte del gran auditorio social, más allá de las partes' en conflicto" (Caso Nro. 0471-13-EP; Sentencia Nro. 075-15-SEPT-CC, que trascribe parte de la sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición Nro. 227-12-SEP-CC, Caso Nro. 1212-11-EP)

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 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.

Lo anteriormente señalado guarda relación con lo establecido en el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, que hace referencia a que una sentencia motivada es aquella que enuncia las normas o principios jurídicos en que se funda y explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, explicando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho.

En 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. Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación y acatando el criterio referido últimamente por la Corte Constitucional, este Tribunal fundamenta su resolución en el análisis aquí vertido.

QUINTO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:

El recurso de casación se fundamenta en primer orden en el caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, bajo el cual considera la casacionista a través de su defensa técnica, que se ha infringido el artículo 76 numeral 7, letra l) de la Constitución de la República.

5.1. ALEGACIONES DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casacionista al amparo del caso **dos,** realiza las siguientes alegaciones:

- Que la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto de la motivación ha transitado de considerar como test de motivación a la existencia de tres parámetros (1) razonabilidad, (2) lógica y comprensibilidad (3), a considerar que la motivación no establece modelos ni exige altos estándares de argumentación, al contrario requiere que se cumplan parámetros mínimos, enunciar las normas o principios jurídicos en que se fundaron la decisión y, explicar la pertinencia de la aplicación de las normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho.
- Cita las sentencias N° 227-12-SEP-CC (año 2012) y 985-12-EP (año 2020).
- Sostiene, que el Tribunal de alzada fija como premisas, que la actora a fs. 24 presenta un documento de fecha 14 de mayo de 2020, dirigido a Matute Beltrán Maritza Patricia *"[…] justifica la intención de terminar la relación laboral, lo cual es ratificado en la audiencia de apelación por parte de los demandados, señalando que era el día 14 de mayo del 2020"*. También dicen: *"Que de autos existe un documento de fecha 14 de mayo del 2020, que Notifica la terminación del contrato individual de trabajo en base del Art. 169.6 del Código del Trabajo, esto es por fuerza mayor o caso fortuito que imposibilita el trabajo (para que sea considerado como causa legal de terminación de la relación laboral en la presente causa, debía sujetarse a prueba la imposibilidad de continuar con el trabajo el efecto o la consecuencia será una terminación de la relación laboral no sujeta a causa legal, dando como resultado una terminación unilateral por parte de la empleadora de la relación laboral y su sanción es el pago de la indemnización por despido intempestivo. - Ahora bien según el demandado Paul Carpio Gonzalez, en su contestación dice haber acordado seguir con la relación laboral para que se entre documentos contables, respaldos físicos de entrega y recepción de gastos, así como también de que se practique una auditoría contable por un profesional externo de los gastos e ingresos de quien cumple las funciones de Administradora, pero no dice haber acordado que la actora Maritza Matute Bernal siga realizando actos de Secretaría-Administradora del Edificio Quillahuasi, lo cual así ha ocurrido"*.

  En función de lo citado estima, que el Tribunal da a entender que en el documento de fecha 14 de mayo de 2020, se alega en indebida forma el artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo, y se termina el vínculo laboral por decisión del empleador e incluso sostiene que se justifica la intención de terminar la relación laboral, lo cual es ratificado en la audiencia de apelación por parte de los demandados, señalando que era el día 14 de mayo de 2020; añade, que se analiza la causal 6 del artículo 169 del Código del Trabajo y concluye que de haberse alegado de manera indebida esta causal procede la sanción por despido intempestivo.
- Manifiesta, que pese a lo dicho, los jueces incurren en graves contradicciones al señalar: *"Consecuentemente para este Tribunal la terminación de la relación laboral en forma unilateral como sostiene la actora no procede (14 de mayo de 2020), porque no se ha sometido a prueba la causal invocada [...] El presente caso ha dado lugar a una continuidad laboral toda vez que la terminación unilateral que debía someterse a prueba no se ha materializado el día de la notificación con dicho documento, [...] El Despido Intempestivo que se sostiene en la presente causa, no tiene fuerza probatoria, y que al ser apreciado por las reglas de la sana crítica en el presente caso no es considerado por la circunstancia antes descrita [...]"*.
- Puntualiza, que el Tribunal de apelación, en un primer momento sostiene que se ha justificado la intención de terminación la relación laboral

lo cual incluso es reconocido por los demandados, para en un segundo momento alegar que la terminación de la relación laboral en forma unilateral como afirma la actora no procede, porque no se ha sometido a prueba la causal invocada, pese a que reconoce expresamente que la parte demandada alegó la existencia de un acuerdo para continuar el vínculo laboral posterior a la terminación unilateral, a criterio de los jueces la carga de la prueba de esta aseveración correspondía a la señora Maritza Matute.

- Por lo expuesto concluye la casacionista, que la sentencia de segunda instancia, carece de razonabilidad, lógica y coherencia. La contradicción que se genera en el análisis argumentativo vulnera *per se* el derecho a la defensa visto en la garantía de motivación de las resoluciones públicas. No existe coherencia entre las premisas y la conclusión del fallo.

5.1.1. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO: El problema jurídico a dilucidar se contrae a:

- Establecer si la sentencia materia de impugnación, no cumple con la garantía de motivación al existir incongruencia entre las premisas y la conclusión, en cuanto a la forma en que concluyó el vínculo laboral entre las partes.

5.1.2.- CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO DOS: Este caso contemplado en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, 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 (...)".*

Tenemos por tanto dos vicios de casación que podría presentarse en el fallo:

1. Se relaciona con los requisitos de fondo y forma de toda sentencia.
   a. 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.
   b. 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.

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.

Al respecto, el Dr. Santiago Andrade Ubidia, sostiene que:

> (...) Debe entenderse que estos vicios deben emanar del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre este, la demanda y la contestación, (...) el fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo; el recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe o no el vicio alegado (...)"[1].

Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador en desarrollo del derecho y garantía de motivación considera 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** [...]". (Sentencia N° 1158-17-EP/21, caso No. 1158-17-EP). (Énfasis añadido).

[1] Andrade Ubidia, págs. 135-136

5.1.3. EXAMEN DEL CARGO.- Sobre las alegaciones efectuadas bajo el caso dos del artículo 268 del COGEP, se precisa lo que sigue:

a) El artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución, establece como garantía del debido proceso: *"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",* en congruencia con este precepto constitucional, el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, dispone: *"Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación";* y, el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, dice: *"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";* con base en esta normativa de orden constitucional y legal, surge la obligación de las juezas y jueces en su actividad jurisdiccional de motivar apropiadamente sus resoluciones, y pronunciarse sobre aquello que ha sido materia de la *litis*, de ahí que el artículo 92 del COGEP, prevé que: "*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",* mientras el artículo 90 numeral 5 ibídem, establece como requisito general de la sentencia: *"la motivación de su decisión"* y, 95 numeral 7 que la sentencia escrita deberá contener: *"7. La motivación".*

Siendo así, la garantía de motivación es al mismo tiempo un derecho de las partes procesales, y un deber de las autoridades judiciales, no solo de fundamentar sus decisiones siguiendo el orden jurídico vigente, sino también, para asegurar que la decisión sea legítima y no arbitraria.

b) Ahora bien, las acusaciones de la recurrente a la sentencia de alzada, se centran en la incongruencia que aduce existe entre las premisas que se han consignado en el fallo en cuanto a señalar que la relación laboral concluyó por fuerza mayor o caso fortuito para concluir posteriormente que esta causal no ha sido sometida a prueba, y con ese argumento negar la existencia del despido intempestivo. En este sentido, su ataque se encuentra delimitado específicamente a una parte de la sentencia-análisis sobre la forma en que concluyó el vínculo laboral entre las partes, por lo que este Tribunal con base en el principio dispositivo examinará este cargo dentro de los límites fijados por la casacionista.

Los jueces de alzada, en el numeral 5.5.b), de la sentencia recurrida, luego de establecer los fundamentos de hecho de la actora, que en lo principal refieren, que mediante oficio de 14 de mayo de 2020, el ingeniero Paúl Alejandro Carpio González, gerente general del edificio Quillahuasi, le hace saber de su decisión de dar por terminado el vínculo laboral de manera unilateral sustentado en el artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo, precisando que ha seguido cumpliendo funciones hasta entregar los bienes a su cargo, al Presidente del edificio señor Pablo Fernández, hasta el 18 de junio de 2020, perfeccionándose en esa fecha la decisión unilateral de su empleador. Precisa que su ex empleador continuó ejerciendo sus actividades, por lo que las funciones de secretaria que desempeñaba seguían siendo necesarias, razón por la que considera que la terminación de la relación laboral mediante oficio por fuerza mayor o caso fortuito, sin duda constituye despido intempestivo.

Los juzgadores anotan también, que Pablo Gerardo Fernández Chicaiza, en su contestación negó la existencia del despido intempestivo, mientras que, Paul Alejandro Carpio González, adujo en su contestación, que no se ha terminado la relación laboral, y que posterior al oficio entregado se había acordado con la trabajadora seguir con la relación laboral con la única petición de que se entregue documentos contables, respaldos físicos de entrega y recepción de gastos, así como de que se practique una auditoría contable por un profesional externo de los gastos e ingresos de quien cumple funciones

de administradora del edificio Quillahuasi dentro de los días posteriores al 14 de mayo de 2020.

Así también examinan, el documento de fecha 14 de mayo de 2020, que notifica la terminación de la relación laboral en base a lo establecido en el artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo.

Asimismo interpretan cual es el alcance del artículo 169 numeral 6 del CT y, los efectos jurídicos de dar por concluida la relación laboral por esta causa.

Finalmente los juzgadores concluyen, que la fuerza mayor o caso fortuito, para que sea considerada como causa legal de terminación de la relación laboral en la presente causa, debía sujetarse a probar la imposibilidad de continuar con el trabajo, y solamente si la parte demandada no probaba la imposibilidad de continuar con el trabajo el efecto o la consecuencia sería una terminación de la relación laboral no sujeta a causa legal, dando como resultado una terminación unilateral por parte de la empleadora, siendo su sanción el pago del despido intempestivo; aspecto que en el caso *sub judice* señalan no ha sucedido, por el hecho de que la trabajadora continuó laborando hasta el 18 de junio de 2020, después del 14 de mayo de 2020, realizando varios actos de trabajadora que justifican que ha continuado con su labor para el Edificio Quillahuasi, cumpliendo funciones el 18 de mayo de 2020, como secretaria de la asamblea-notifica al nuevo presidente; el 21 de mayo de 2020 sigue realizando funciones para cumplir con sus obligaciones para con los copropietarios y que el 27 de mayo de 2020, ha solicitado a su empleadora que se le conceda vacaciones durante los días 28 y 29 de mayo de 2020, y que el 18 de junio de 2020 hace la entrega recepción de los bienes mobiliarios de la oficina, sin que en ese documento se haga constar nada respecto a lo relacionado con el documento del 14 de mayo de 2020, ni que su relación termina a consecuencia del mentado oficio, para sostener la existencia de actos sucesivos que tengan relación entre sí.

También basan su decisión los juzgadores, en lo expresado por Paul Carpio Gonzalez, en la contestación, en la que afirmó que existió un acuerdo en seguir con la relación laboral para que entregue documentos contables, respaldos físicos de entrega y recepción de gastos, así como para que se practique una auditoría contable por un profesional externo de los gastos e ingresos de quien cumple las funciones de administradora, más el acuerdo dicen no ha versado en el sentido de que la actora siga realizando actos de secretaria-administradora del edificio Quillahuasi.

Con estos argumentos, señalan que la terminación de la relación laboral en forma unilateral como sostiene la accionante no procede, porque no se ha sometido a prueba la causal invocada, ha realizado funciones de secretaria-administradora, posterior al 14 de mayo de 2020, existiendo continuidad laboral, razón por la cual determinan que la relación entre los contendientes concluyó por acuerdo de las partes conforme el artículo 169 numeral 2 del CT, por lo que ordenan el pago de la bonificación por desahucio.

Visto lo anterior, como bien afirma el casacionista, se verifica la existencia de incongruencia entre las premisas y la conclusión arribada por los juzgadores, así de una parte reconocen que a la accionante se le notificó con la terminación de la relación laboral en atención a la causal 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, y que el demandado señor Paul Alejandro Carpio González, adujo en su contestación, que no se ha terminado la relación laboral, porque se acordó con la trabajadora seguir con la relación laboral para que entregue documentos contables, respaldos físicos de entrega y recepción de gastos, así como se practique una auditoría contable por un profesional externo de los gastos e ingresos de quien cumple funciones de administradora del edificio Quillahuasi dentro de los días posteriores a la fecha de notificación 14 de mayo de 2020; pese a esto, concluyen que la causa de terminación de la relación laboral debió someterse a prueba, cuando la forma en que concluyó el vínculo laboral fue objeto de controversia, de ahí que precisamente existan medios de prueba que fueron examinados por los jueces, volviendo lo dicho en incongruentes los argumentos vertidos por el Tribunal de apelación, razón por la cual, el cargo acusado prospera, correspondiendo corregir la motivación sobre lo que ha sido materia de inconformidad mediante el recurso de casación, esto es, la forma de terminación de la relación laboral.

Respecto a las acusaciones efectuadas bajo el caso cuarto del artículo 268 del COGEP, se observa que su análisis resulta inoficioso en virtud de que versan sobre la apreciación probatoria efectuada para determinar la forma en que concluyó el vínculo laboral, asunto que será examinado bajo el caso segundo del artículo 268 del COGEP, por haberse verificado su configuración.

SOBRE LA FORMA EN QUE CONCLUYÓ LA RELACIÓN LABORAL.- Los fundamentos de hecho determinados por la accionante en su libelo inicial se reducen a:

- Que prestó sus servicios lícitos y personales, bajo la modalidad de contrato de trabajo a plazo fijo, desde el 10 de mayo de 2011, cumpliendo labores administrativas en general para el Edificio Quillahuasi, con nombre comercial "*Condominio La Laguna*", actividades que aduce haberlas realizado hasta el 18 de junio del año en curso, fecha en que ha concluido la relación laboral, por decisión unilateral de su empleador.
- Agrega que las remuneraciones recibidas durante la vigencia de la relación laboral son las que constan en el mecanizado de aportaciones al IESS que adjunta como prueba y, que la última remuneración percibida fue de USD. 795,14, correspondiente al mes de febrero de 2020, y que desde esa fecha se le adeudan las remuneraciones.
- Añade respecto al despido intempestivo, que mediante oficio de fecha 14 de mayo de 2020, el ingeniero Paúl Alejandro Carpio González, quien suscribe como "*Gerente General del Edificio Quillahuasi*" le hace saber de su decisión de dar por terminado el vínculo laboral, de manera unilateral, sustentado en el artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo; aclarando que ha continuado prestando sus servicios hasta entregar los bienes a su cargo, lo que ha sucedido el 18 de junio de 2020, en que ha hecho la entrega de los mismos al presidente del edificio señor Pablo Fernández Chicaiza, fecha en que se ha perfeccionado la decisión unilateral de su empleador, de terminar la relación laboral. Que el Edificio Quillahuasi, con nombre comercial "*Condominio La Laguna*" es la figura jurídica para la administración de un inmueble donde habitan sus propietarios; por lo que no puede considerarse "cerrado" ya que ellos siguen en pleno ejercicio y uso del bien de su propiedad; sin embargo, su ex empleador ha terminado la relación laboral de manera unilateral con sustento en el artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo; por tanto, la notificación de terminación de la relación laboral con fundamento en dicho precepto legal, en su caso, constituye despido intempestivo, por lo que exige el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo y desahucio previstas en los artículos 188 y 185 del Código de Trabajo; la indemnización por despido intempestivo, prevista en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, esto es, el 50% de recargo por haber invocado erróneamente la fuerza mayor para terminar la relación laboral.

Contestación a la demanda por parte de los accionados:

Pablo Gerardo Fernández Chicaiza, comparece a juicio en calidad de presidente y representante legal del Edificio "QUILLAHUASI", CONDOMINIO LA LAGUNA, y contesta la demanda señalando:

- Que la actora ha prestado sus servicios lícitos y personales para el Edificio Quillahuasi, por lo que acepta la existencia de la relación laboral, el monto de la remuneración y la fecha de inicio de la misma; niega la existencia del despido intempestivo. Así también, se pronuncia respecto de la prueba anunciada por la actora, sus pretensiones; anuncia los medios de prueba y propone como única excepción la negativa de los fundamentos de la demanda.

Paúl Alejandro Carpio González: se pronuncia sobre las pretensiones de la actora y manifiesta que mediante comunicación de fecha 14 de mayo de 2020, el ingeniero Paúl Alejandro Carpio González da por terminado el vínculo laboral, y que al mismo tiempo se indica en la demanda que solicita el pago de haberes del mes de mayo, recalcando en el mismo sentido que la actora se quedó trabajando hasta el 18 de junio de 2020, cuando en realidad no se ha dado por terminada la relación laboral y que posterior al oficio se ha acordado seguir la relación laboral con la única petición de que se entregue documentos contables, respaldos físicos de entrega y recepción de gastos, así como también de que se practique una auditoría contable por un profesional externo de los gastos e ingresos de quien cumple las funciones de Administradora del Edificio Quillahuasi, dentro de los días posteriores al 14 de mayo de 2020, la señora Maritza Patricia Matute Beltrán ha seguido en ejercicio de sus funciones.

Asimismo señaló, que el Edificio Quillahuasi es un ente sin fines de lucro y que su actividad es meramente de vivienda y uso, más no de usufructo.

Que se reclama el pago de remuneraciones de los meses de marzo, abril, mayo y una fracción del mes de junio, sin embargo, del mes de marzo se encuentra pagado mediante cheque.

Que el triple de recargo que se reclama no procede, que se encuentran consignados los valores y cheques (no dice dónde están consignados) y que la señorita actora se niega a retirar los mismos; que los valores reclamados por concepto de parte proporcional de la decimotercera y decimocuarta remuneraciones, vacaciones, ropa de trabajo, y las indemnizaciones por despido intempestivo y por desahucio no proceden ya que no se ha terminado la relación laboral, al igual que el pago de costas procesales y honorarios de la defensa. Las excepciones las fundamenta en el artículo 153.3 del Código Orgánico General de Procesos.

Saúl Tiberio Sánchez Prieto, manifiesta que no tiene la representación legal para ser requerido en esta demanda; que su condición es de condueño del Edificio Quillahuasi, Condominio La Laguna, y que el representante legal es el presidente; plantea como excepción, la falta de derecho de la actora, y que los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda no justifican lo reclamado puesto que no ostenta la representación legal del edificio; anuncia medios probatorios, impugna la documentación que presenta la actora.

ONUS PROBANDI Y VALORACIÓN PROBATORIA: Las partes procesales 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 juzgador pueda analizar la prueba con arreglo en la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas; en este sentido, el cuerpo normativo procesal, establece algunas reglas generales sobre la actividad de valoración de la prueba, y otras relativas a determinados medios de prueba, así: 1) Para que las pruebas sean apreciadas por el juzgador deberán: solicitarse, practicarse, incorporarse dentro de los términos señalados en éste Código (art. 164, inciso 1º); 2) La prueba deberá ser apreciada: a) en conjunto; b) de acuerdo con las reglas de la sana crítica. (art.164, inc. 2º); y, 3). El juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas que le han servido para justificar su decisión. (art.164, inciso 3º).

Para probar que su empleador dio por concluido el vínculo laboral bajo la causal de caso fortuito o fuerza mayor contemplada en el artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo de forma injustificada, la actora produjo un documento fechado Cuenca, 14 de mayo de 2020 (fs.24), que le fue dirigido por parte del ingeniero Paúl Carpio González, Gerente General del Edificio Quillahuasi, en el que dice en lo principal:

> "Mediante Decreto Presidencial número 1017, del 16 de marzo de 2020, se declaró el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, por los casos de coronavirus confirmados y declaratoria de pandemia COVID 19 por parte de la Organización Mundial de la Salud; por lo que, entre otras medidas, se dispuso la suspensión de la jornada presencial de trabajo desde el 17 de marzo de 2020, para todos los empleadores y trabajadores del sector

privado y que no puedan acogerse al sistema de teletrabajo, ni se encuentren en los casos de las industrias y actividades que se autoriza seguir funcionando.

El decreto presidencial referido, es un acto de autoridad ejercido por un funcionario público que, por la naturaleza de su contenido, constituye caso fortuito o fuerza mayor, según lo ordena el artículo 30 del Código Civil. Por su parte, el Capítulo IX del Código del Trabajo, cuyo título es: "De la terminación del Contrato de Trabajo", en el artículo 169, número 6, señala: [...] **Con fundamento en lo indicado y como la orden de suspender las actividades laborales imposibilitan la ejecución del trabajo que realiza la empresa y para el cual fue contratado, situación que se mantiene hasta la presente fecha, ocasionándonos un gravísimo perjuicio económico, NOTIFICO usted con la terminación del contrato individual de trabajo que mantiene con la compañía de mi representación, por la causal referida en el Art. 169 numeral 6 del Código de Trabajo**, esto es, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilita el trabajo. Conforme lo dispone la ley, se procederá con el pago de la liquidación directamente a usted, o se acreditará en la cuenta de la entidad financiera que haya designado.".

También consta a fs. 25, el "ACTA DE ENTREGA Y RECEPCIÓN DE MOBILIARIO DE LA OFICINA DE ADMINISTRACIÓN Y DOCUMENTACIÓN", realizada el 18 de junio de 2020, a las 09h00, en la oficina del Edificio Quillahuasi, Condominio La Laguna, en la cual se deja constancia de que la señora Maritza Matute Beltrán, procede a entregar la oficina de administración y la documentación existente dentro de la misma, siendo quien recibe el señor Pablo Fernández Chicaiza, Presidente y Representante Legal del Edificio. En dicho documento, se deja expresa constancia que: *"El mobiliario de oficina y la documentación que con la presente Acta se entrega, es referente al manejo administrativo y económico del edificio"*, este documento se encuentra suscrito por la actora de esta causa, el señor Pablo Fernández C. y, Carolina Vintimilla.

Asimismo obra del proceso el documento de 27 de mayo de 2020 (fs. 29), suscrito por la señora Maritza Matute Beltrán, dirigido al señor Pablo Fernández, Presidente del Edificio Quillahuasi, que dice:

" [...] en calidad de trabajadora del Edificio Quillahuasi, de la manera más cordial manifiesto: Debido a los problemas que he atravesado en los últimos días, por mi bienestar tanto físico como psicológico, solicito me confiera dos días de mis vacaciones que se encuentran pendientes; siendo los días jueves 28 y viernes 29 de mayo de 2020. [...]"

La parte demandada Pablo Fernández Chicaiza, ejerciendo su derecho a la defensa, presenta como medio de prueba el documento de fecha 15 de mayo de 2020, de cuyo contenido se desprende, que los copropietarios del Edificio Quillahuasi, Condominio La Laguna, en la Asamblea de Copropietarios revocan el cargo de Presidente del señor Paúl Carpio González, con base en el artículo 23 del Reglamento Interno del Edificio, reemplazándolo en sus funciones, hasta que se pueda llevar a cabo la Asamblea General Ordinaria, motivan su decisión en el hecho de que *"[...] luego de los hechos suscitados en el Edificio y por encontrarnos inconformes con las decisiones adoptadas por el ingeniero Paul Carpio, en su calidad de presidente, debido a que en el futuro dichas decisiones podrían afectarnos de manera legal y económica"*. En este mismo documento, se dispone que se notifique al señor Paúl Carpio González, y al primer vocal del Directorio para que tome posesión de su cargo.

También reprodujo el documento de fecha 18 de mayo de 2020 (fs.79), suscrito por la señora Maritza Matute Beltrán, dirigido a Paúl Carpio González, mediante el cual se le hace conocer de la remoción de su cargo como Presidente en base a lo previsto en el artículo 45 literal a) del Reglamento General de la Ley de Propiedad Horizontal, notificación que efectúa la señora Matute, en atención al punto número cuatro del acta de la asamblea de copropietarios antes referida. Se verifica que la actora de esta causa, actúo en la asamblea llevada a cabo y en la notificación al señor Carpio como secretaria de la asamblea.

Se incorpora también al expediente, el documento que consta a fs. 82 de fecha Cuenca, 18 de mayo de 2020, dirigido a Pablo Gerardo Fernández Chicaiza, mediante el cual se le hace conocer que de

conformidad con el Reglamento Interno del Edificio, le nombran como presidente encargado del Edificio Quillahuasi/Condominio La Laguna, y por consiguiente ejercerá la representación legal, judicial y/o extrajudicial de acuerdo a lo que indica la Ley de Propiedad Horizontal.

También se produjo en el expediente, el documento (fs. 109-consta materializado ante notario público), del que se verifica que la señora Maritza Matute remite mediante correo electrónico la contestación a un requerimiento efectuado por una copropietaria del Edificio Quillahuasi, señora Ana María Delgado, que es remitido desde la cuenta de correo edificioquillahuasi@hotmail.com, lo que da cuenta, que como aún permanecía en las instalaciones de su lugar de trabajo, los usuarios internos del servicio solicitaban o manifestaban sus reclamos a la señora Matute.

Examinados los fundamentos de la demanda en cuanto a la forma en que concluyó la relación laboral y la contestación a la demanda, se constata que si bien uno de los demandados el señor **Pablo Gerardo Fernández Chicaiza**, niega haber despedido a la actora, tenemos que en la contestación a la demanda de otro de los codemandados el señor Paúl Alejandro Carpio González, quien a la fecha en que se notificó con la terminación de la relación laboral cumplía funciones de Gerente General del Edificio Quillahuasi, señala que posterior al oficio que entregó, se ha acordado seguir la relación laboral **con la petición** de que se entregue documentos contables, respaldos físicos de entrega y recepción de gastos, así como también de que se practique una auditoría contable por un profesional externo de los gastos e ingresos de quien cumple las funciones de Administradora del Edificio Quillahuasi.

No existe del proceso medio de prueba alguno que justifique que las partes acordaron continuar con la relación laboral como se afirma en la contestación a la demanda, tampoco existe justificación alguna de que las partes llegaron a un acuerdo para concluir la relación laboral.

Nótese que del proceso no existe documento alguno con el que se demuestre que el señor Pablo Gerardo Fernández Chicaiza, haya dejado sin efecto la notificación efectuada el 14 de mayo de 2020 por parte del ingeniero Paúl Carpio González, Gerente General del Edificio Quillahuasi, a la trabajadora con la terminación de la relación laboral por la causal del artículo 169 numeral 6 del CT.

Visto lo anterior, se observa que el vínculo laboral entre los contendientes concluyó *"Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar;"*, previsto en el artículo 169 numeral 6 ibídem.

Ahora bien, en el presente caso es importante indicar que el empleador conforme el documento que obra a fs. 24 del expediente, justifica la causal invocada de terminación del contrato individual del trabajo, sustentado en la declaratoria del estado de excepción emitido mediante Decreto Presidencial N° 1017 de 16 de marzo de 2020, debido a la pandemia causada por el virus covid-19, mismo que por la naturaleza de su contenido, constituye fuerza mayor o caso fortuito al tenor del artículo 30 del Código Civil, y que al haberse suspendido las actividades laborales imposibilitan la ejecución del trabajo que realiza la empresa y para la que fue contratada la accionante, ocasionándoles un gravísimo perjuicio económico porque hasta esa fecha 14 de mayo de 2020 aquella dificultad existe.

El artículo 30 del Código Civil, establece: "[...] Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, [...]"

La Jurisprudencia de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, Resolución Nro. 541-2009, realiza una diferencia entre fuerza mayor y caso fortuito y al efecto expresa que el primero, es una imposibilidad derivada del hombre, mientras que el segundo es desencadenado por la naturaleza, ambos deben ser imprevisibles e irresistibles.

El jurista Camilo Armando Franco Leguizamón, define a la fuerza mayor "[...] como un supuesto normativo que excusa el cumplimiento de las obligaciones, que consulta la posibilidad de ejecución del iuris vinculum, que se subsume en el concepto del no cumplimiento, y que atiende a la máxima de ad impossibilia nemo obligatur [...]".

Mientras que Manuel Vivanco Cisternas define el caso fortuito como "[...] Hecho no imputable de los obligados que impide o excusa el cumplimiento de las obligaciones [...]".

De esta manera, para que se configure la fuerza mayor o caso fortuito de conformidad con el artículo

30 del Código Civil, deben concurrir tres circunstancias, mismas que se derivan del propio texto del artículo 169 numeral 6 del Código del Trabajo.

1. **Inimputable**: el hecho de la fuerza mayor no puede provenir directa ni indirectamente por la culpa o error de quien la alegue, no debe ser atribuible al empleador, no podía haberlo causado por su error, culpa o dolo, de lo contrario se estaría abusando del derecho.
2. **Imprevisible**: no se puede prever, proviene de un suceso anómalo, no predecible para evitar el riesgo.
3. **Irresistible:** que se imposibilite el trabajo, que sea insuperable, sin que se pueda alegar que las condiciones laborales se dificultaron o se volvieron más onerosas.

La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en el Juicio Nro. 13354-2018-00031, estableció que para que un empleador pueda acogerse a la causal de fuerza mayor o caso fortuito, era necesario que todas las actividades productivas de su empresa hayan colapsado, sin que simplemente se haya imposibilitado el trabajo en el lugar donde se suscitó el hecho (terremoto 2016); a su vez, en el Juicio No.17731-2015-1948, seguido por Quintanilla vs. Valle Hermoso Sociedad Civil Agrícola y Comercial, manifestó:

> "[...] sin embargo en este informe no consta que la Empresa Valle Hermoso Sociedad Civil Agrícola y Comercial, se encuentre en imposibilidad de continuar con las labores, por el contrario, se establece que si bien es cierto que los cultivos se ven afectados por la plaga de moluscos, la planta o el fruto de piña no son dañados o destruidos, aunque tal circunstancia sea motivo de notificación de los importadores por no cumplir con los parámetros de calidad, razones por las cuales este Tribunal considera, que si el legislador ha evitado exigir al empleador que invoca la causal caso fortuito o fuerza mayor el pago de la indemnización por despido intempestivo, la contingencia en que se funde tal causal, debe generarle al empleador la imposibilidad absoluta de cumplir con sus obligaciones laborales de otorgar el trabajo convenido y la remuneración. Por lo tanto, resulta razonable que para que el empleador que debe soportar los costos derivados de la contingencia de plaga de campo que le impiden continuar con su actividad y no se le recargue con el pago de indemnizaciones, se le aplique con estrictez el análisis y ponderación de sus circunstancias puesto que, en tal caso, quien soporta los efectos laborales de la plaga es la trabajadora, al perder no sólo su fuente laboral, sino también sus indemnizaciones legales, circunstancias que atentarían contra el más básico sentido de equidad [...]".

Ante la crisis mundial generada por la emergencia sanitaria a causa del COVID-19, el Gobierno Ecuatoriano, a través del Decreto Ejecutivo Nro. 1017 del 16 de marzo del 2020, adoptó una serie de medidas de prevención para evitar la propagación del virus, decretándose de esta manera el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, así el artículo 5 del mencionado Decreto declaró el toque de queda, prohibiéndose la circulación en las vías y espacios públicos a partir del 17 de marzo de 2020, el artículo 6 letra a) ordenó la suspensión de la jornada presencial de trabajo desde el 17 al 24 de marzo de 2020 tanto para trabajadores públicos como para los privados, facultando al Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, una vez evaluado el estado de la situación, prorrogar los días de suspensión de la jornada presencial de trabajo; suspensión, que no significó en ningún momento que se podían dar por terminadas las relaciones laborales por esta causa.

El Ministerio de Trabajo, con el fin de precautelar las fuentes de empleo, por la proliferación de opiniones contradictorias sobre el manejo laboral en la época de crisis, expidió varias medidas normativas a través de Acuerdos Ministeriales para disminuir los estragos del COVID 19 en las relaciones de índole laboral y precautelar la estabilidad laboral de los trabajadores, implementando disposiciones que viabilizaron el teletrabajo, la reducción, modificación así como la suspensión con carácter emergente de la jornada laboral; en procura de que los trabajadores no pierdan sus plazas de trabajo, garantizar la estabilidad laboral y así precautelar el sistema constitucional de protección a favor de los trabajadores determinado en los artículos 325 y 326 de la Constitución de la República del Ecuador.

En este contexto, este tribunal de casación indica, que si bien es cierto la pandemia ocasionada por el virus COVID 19, es un hecho que nadie podía

evitar, que su propagación es mundial, así como sus consecuencias, que es un hecho que no se pudo prever y que siendo el contagio un factor no previsible tampoco se pudo prever sus consecuencias, para que sea considerado como fuerza mayor o caso fortuito, esta situación debía afectar las relaciones laborales, demostrándose para el caso, como aquella incidió particularmente en el Edificio Quillahuasi, circunstancias que en el presente caso no se demostraron fehacientemente, debiendo tenerse en cuenta que el Decreto Ejecutivo 1017, por sí solo no sirve para justificar que el Edificio en mención estuvo afectado.

En este sentido, al haberse establecido conforme el examen que antecede y valorando la prueba actuada en su conjunto al tenor de lo establecido en el artículo 164 del COGEP, que la invocación de la causal de caso fortuito o fuerza mayor no se encontraba justificada como se señaló, solo por el hecho de la pandemia, la decisión de terminar la relación de trabajo, con sustento en el Decreto Ejecutivo referido, deviene en ilegal y en este sentido se evidencia que la decisión unilateral de la terminación de la relación laboral se cumplió el 14 de mayo de 2020 mediante el oficio indicado, terminación que se condicionó hasta el momento que se cumpla la entrega recepción de documentos contables, respaldos físicos de entrega y recepción de gastos, así como también de que se practique una auditoría contable por un profesional externo de los gastos e ingresos de quien cumple las funciones de Administradora del Edificio Quillahuasi, sin que por ello la intención unilateral de la terminación de la relación laboral se haya desvanecido, lo que genera la obligación de indemnizar a la señora Maritza Patricia Matute Beltrán por despido intempestivo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 188 y 185 del Código del Trabajo, resultando la cantidad de USD. 795.14*10 =**USD. 7.951,40** (art.188 CT) y, USD. 198,785 (25%) x 9= USD. 1.789,06. **SUMA TOTAL: USD. 9.740,46.**

En cuanto al recargo del 50% que solicita el accionante con sustento en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, artículo 17, por haber aplicado el empleador de forma errónea la fuerza mayor para terminar la relación laboral, es improcedente debido a que dicha ley fue publicada mediante el R.O. S. N° 229 de 22 de junio de 2020, es decir, emitida con posterioridad a la finalización de la relación laboral, debiendo tomarse en cuenta además que en Sentencia No. 23-20-CN y Acumulados/21, se sometió a control constitucional la ley en referencia.

DECISIÓN: Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** casa parcialmente la sentencia emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 31 de mayo de 2021, las 14h26, y dispone que los demandados en la forma que ya fue determinada en segunda instancia, a más de los rubros (haberes laborales, tales como: remuneraciones, triple de recargo, proporcionales décimo tercero y cuarto, vacaciones, ropa de trabajo), que se han ordenado pagar en la sentencia de alzada, cancelen a favor de la actora de esta causa, la cantidad de USD. **USD. 9.740,46**, por concepto de indemnización por despido intempestivo. **Notifíquese.-**

f) Dra. Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Alejandro Arteaga García, JUEZ NACIONAL; Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL.

IV

Juicio Nro. *09359-2019-03486*
Resolución Nro. *459-2022*
Fecha: *lunes 24 de octubre del 2022, las 13h00*

TEMA: Terminación de relación laboral por visto bueno.

ASUNTO

La demandante expresa que el 14 de mayo de 2019 fue notificada por la Inspectora de Trabajo de Guayas con una resolución mediante la cual resuelve conceder el visto bueno solicitado por el Colegio de Médicos de Guayas, misma que no cumpliría los requisitos mínimos para la motivación de los actos de autoridad competente.

En este proceso, la persona trabajadora impugna la resolución de la Inspectora Provincial del Trabajo de Guayas, que concedió la petición de visto bueno a favor del empleador, por tanto, a las autoridades jurisdicciones les corresponde establecer si efectivamente la resolución de visto bueno está o no debidamente fundamentada en los hechos y en derecho.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil considera que la resolución de visto bueno no está debidamente motivada, razón por la que se acepta la demanda, concediendo la indemnización por despido intempestivo, desahucio, indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, pago proporcional de remuneraciones y la jubilación patronal.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en virtud del recurso de apelación presentado por la parte demandada, considera que el nexo de trabajo entre la actora y los justiciables finalizó legalmente acorde a lo previsto en el numeral 7 del art. 169 del Código Laboral, motivo por el cual rechaza el pago de los rubros indemnizatorios reclamados, aceptando así el medio de impugnación planteado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2019-03486

Jueza Ponente: Dra. Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, lunes 24 de octubre del 2022, las 13h00.
VISTOS: Relación de la causa impugnada: En el juicio laboral seguido por Gloria Belinda León Cadena en contra del Colegio de Médicos del Guayas, en la persona de su representante legal doctor Washington Belisario Ladines Jaime, a quien también se demanda por sus propios derechos; el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dictó sentencia el 15 de diciembre de 2020, las 08h40, y resolvió:

> "[...] en los términos de esta sentencia, reforma el fallo de la Jueza A quo recurrida, debiendo por consiguiente la parte demandada pagar a la accionante Gloria Belinda León Cadena, los siguientes valores: Por proporcional a décima terecera remuneración, $380.50; por proporcional a décima cuarta remuneración, $98.50; por proporcional a vacaciones, $240.98; por remuneración impaga por los días laborados

durante el mes de abril del 2019, $761.00; el triple de recargo sobre las remuneraciones impagas, $2.283.00; por jubilación patronal, calculada desde el 15 de mayo del 2019 hasta el 30 de noviembre del 2019, a razón de $42.11 mensual, $821.14; por décima tercera pensión jubilar, del 15 de mayo del 2019 al 30 de noviembre del 2020, $68.42; por décima cuarta pensión jubilar, del 15 de mayo de 2019 al 29 de febrero del 2020, $333.33.- La suma de los rubros liquidados totaliza, $4.986.87 a lo que se deberá agregar los intereses legales pertinentes. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia."

Inconforme con esta decisión, la actora interpone recurso de casación al amparo de los casos dos, cuatro y cinco del artículo 268 del COGEP.

Recibido el proceso en la Corte Nacional de Justicia, la doctora María Gabriela Mier, Conjueza Nacional (e), admitió a trámite el recurso formulado en auto de 30 de agosto de 2021, las 12h02 y, resolvió:

"[...] admitir el recurso de casación deducido por la actora Gloria Belinda León Cadena. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 270 (sustituido) COGEP, se corre traslado con esta resolución y el recurso admitido a trámite a la contraparte, para que, en el término de treinta días, lo conteste de manera fundada. Una vez fenecido el término legal, con la contestación o sin ella, se remitirá el expediente a la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, para que dicte la resolución correspondiente.", correspondiendo a este tribunal "[...] entrar a conocer y resolver el fondo de la cuestión para pronunciarse respecto de la procedencia o no del recurso de casación presentado [...]" (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia Nro. 031-14-SEP-CC publicada en el suplemento del Registro Oficial Nro. 222, de 9 de abril de 2014), y para hacerlo se considera:

PRIMERO: <u>JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA</u>: 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; y, artículos 184, 191 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y, según el acta de sorteo.

Todo ello de conformidad con la resolución No. 02-2021 de 05 de febrero de 2021 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que refiere a la integración de sus Salas; y la Resolución No.04-2021 de 19 de febrero de 2021 que trata sobre la distribución de las causas.

En lo posterior el miércoles 28 de septiembre de 2022, se realizó el sorteo de ley, correspondiendo el conocimiento de esta causa, al tribunal conformado por: doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional (Ponente); doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional y, doctora Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional.

SEGUNDO.- <u>VALIDEZ PROCESAL</u>.- No se observa omisión de solemnidad sustancial alguna o violación de trámite legal, por lo que se declara la validez de todo lo actuado.

TERCERO.- <u>ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PÚBLICA CORRESPONDIENTE</u>.

Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, la audiencia para conocer y resolver el recurso de casación se llevó a cabo el día miércoles 12 de octubre de 2022; en la que, la parte recurrente solicitó se case la **sentencia por los casos dos, cuatro y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos,** sujetando su argumentación a los fundamentos del escrito contentivo del recurso de casación; frente a lo cual, la parte **demandada** a través de su defensa técnica manifestó 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.

Una vez escuchadas a las partes procesales, el Tribunal se pronunció en forma oral al tenor de lo dispuesto en los artículos 93 y 272 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:

CUARTO: <u>CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA</u>.

4.1.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.

La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho; "[...] según señala DE LA PLAZA, el objeto de la casación, en palabras de CARAVANTES, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales; idea que, en épocas más próximas a nosotros, reitera Manresa, cuando atribuye al recurso la misión de [...] enmendar el abuso, exceso o agravio inferido por las sentencias firmes de los Tribunales de apelación cuando han sido dictadas contra ley o doctrina legal, o con infracción de las formas más esenciales y trámites más esenciales del juicio […]" (Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 221).

A través de este recurso, se cumple, en los casos que la ley específicamente lo determina, con 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.

4.2.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE LA MOTIVACIÓN

AI tenor de lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7) letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas; no habrá motivación, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda, o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. La inobservancia de esta norma constitucional ocasiona la nulidad de la resolución.

En materia de casación la motivación se circunscribe a presentar un razonamiento jurídico con base en la normativa y principios del derecho, de ser el caso, que justifiquen porqué la sentencia recurrida por este recurso extraordinario ha infringido normas legales y contempla alguno de los errores presentados al amparo de los casos alegados o porqué los fundamentos de quien interpuso el recurso carecen de sustento suficiente para casar la sentencia; en resumen, la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la sentencia recurrida, siendo: *"el conjunto de razones y fundamentos jurídicos que sustentan el pronunciamiento"* (Tolosa Villabona, 2008, pág. 126).

La motivación se constituye así en un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento y observancia en todas las resoluciones administrativas o judiciales, convirtiéndose en el eje diferenciador entre la racionalidad y la arbitrariedad.

> "EI deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática" (Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso Apitz Barbera y otros).

4.3.- ALEGACIONES DE LA CASACIONISTA POR EL CASO DOS.- La recurrente a través de su defensa técnica bajo este caso, manifiesta lo siguiente:

- Que, el fallo no cumple con el requisito de motivación recogido en el artículo 76, numeral 7 letra l) de la Constitución de la República, artículo 95 numeral 7 y 89 del COGEP.
- Citando la sentencia N° 092-13-SEP-CC, caso N° 0538-11-EP, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, aduce que la motivación como una de las principales garantías del derecho constitucional del debido proceso, no debe tomarse como requisito formal, sino como obligación de los operadores de justicia al momento de tutelar los derechos de las personas, ya que esta constituye la explicación coherente, lógica y clara de las ideas, acompañada de los razonamientos realizados por los jueces/juezas, respecto a los hechos del caso concreto en relación con las normas jurídicas aplicables a este caso.
- Asimismo se refiere a la sentencia N° 1172-12-EP/19 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, en la que acerca de la motivación de una decisión de autoridad jurisdiccional han visto un constante dinamismo, siendo actualmente el criterio del más alto organismo constitucional, que la motivación obliga a los jueces a enunciar las normas o principios en los que se funda la decisión y a explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, por lo que, la garantía de motivación está encaminada a evitar la discrecionalidad y arbitrariedad judicial.

- Precisa que, en el considerando decimotercero de la sentencia, los jueces de apelación dedican este parágrafo para una exposición de contenido doctrinario genérico, irrelevante e inaplicable, lo que no podría constituir una suficiencia en la motivación, conforme alega así lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia N° 860-12-EP/19 del 4 de diciembre de 2019, párrafo 29: "la simple enunciación abstracta de doctrina, que no se relaciona con el caso en concreto (...) no cumple con los parámetros mínimos del derecho al debido proceso en la garantía de motivación".
- Señala también, que en cuanto a la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio previstas en los artículos 188 y 185 del CT, así como la indemnización por discapacidad prevista en el artículo 51 de la LOD, no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.
- Añade que, en el caso en análisis, es inexistente la motivación otorgada por el *tribunal ad quem*, puesto que, se limita a hacer un recuento de lo acaecido en el procedimiento de visto bueno, lo cual bajo ningún concepto comprende una debida motivación, restringiéndose a establecer que se ha demostrado que el nexo de trabajo finalizó legalmente y que, por consecuencia de esto, se rechaza el pago de los rubros indemnizatorios reclamados previstos en los artículos 188 y 185 del CT y 51 de la LOD.
- Por lo que, la construcción de la decisión se aparta abiertamente de toda coherencia lógica y jurídica, en virtud de no contener ninguna base legal para su resolución o una valoración de los medios probatorios aportados por las partes procesales, lo que conlleva a una defectuosa argumentación y el inevitable resultado de una viciada decisión.
- Finalmente, cita parte de las sentencias N° 1357-13-EP/20 y N° 274-13-EP/19 de 18 de octubre de 2019, párrafo 46, que señala: "para cumplir con la disposición constitucional, la motivación de una sentencia no puede limitarse a citar normas y resumir los antecedentes del caso, sino que exige justificar por medio de un análisis lógico y coherente la resolución a la que arribó, mediante la explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas a los hechos del caso".

4.3.1.- CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO DOS.- Este caso contemplado en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, 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 (...)".*

Tenemos, por tanto, dos vicios de casación que podrían presentarse en el fallo:

1. Se relaciona con los requisitos de fondo y forma de toda sentencia.
   a. 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.
   b. 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.

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.

Al respecto, el Dr. Santiago Andrade Ubidia, sostiene que:

> "[...] Debe entenderse que estos vicios deben emanar del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre este, la demanda y la contestación, (...) el fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo; el recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe o no el vicio alegado [...]" [1]

[1] Andrade Ubidia, págs. 135-136.

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.

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.

Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación y acatando el criterio referido últimamente por la Corte Constitucional, este Tribunal fundamenta su resolución en el análisis aquí expuesto.

4.3.2.- PROBLEMA JURÍDICO: Dilucidar si el tribunal *ad quem* ha dictado una sentencia carente de motivación, contrariando lo establecido en los artículos 76 numeral 7, letra l) de la Constitución, 89 del COGEP y, 95 numeral 7 del COGEP.

4.3.3.- EXAMEN DEL CARGO.- En virtud de las acusaciones efectuadas a la sentencia de apelación en torno al incumplimiento de la garantía de motivación, se precisa lo que sigue:

a) El artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución, prevé 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",* en armonía con el precepto constitucional, el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, dispone en el mismo sentido: *"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";* y, el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, dice: *"Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos";* en igual sentido el artículo 95 numeral 7 del mismo cuerpo legal, señala, la sentencia escrita deberá contener: *"La motivación",* este marco normativo, exige a las juezas y jueces en el quehacer jurisdiccional motivar apropiadamente sus resoluciones, y pronunciarse sobre lo que ha sido materia de la *litis*.

b) Revisada la sentencia impugnada en la parte que ha sido atacada por la actora, esto es, respecto de la negativa al pago de la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio en relación con la legalidad de la Resolución de Visto Bueno establecida por los jueces de alzada, se constata que emiten su pronunciamiento en el considerando DÉCIMO PRIMERO, en los siguientes términos:

"De conformidad con lo dispuesto en el art. 169 del Código Laboral, "El contrato individual de trabajo termina.... 7. Por voluntad del empleador en los casos del art. 172 de este Código..." El art. 172 del precitado cuerpo de Leyes estatuye que "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." En verdad que de conformidad con el segundo inciso del art. 183 del precitado cuerpo de Leyes, "La resolución del inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, pues, solo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio" Del estudio de las actuaciones procesales habidas

en esta causa se advierte que obra de autos el trámite de visto bueno propuesto el 29 de abril del 2019 por el Dr. Washington Belisario Ladines Jaime en su calidad invocada de Presidente del Colegio de Médicos del Guayas en contra de la ahora accionante, manifestando en lo principal que ... ésta de forma irregular y continua (durante cada feriado) logra obtener permisos de salud y destina sus días de reposo para viajes dentro y fuera de la ciudad, siendo el último permiso concedido utilizado para viajar a Estados Unidos, lo que perjudica los intereses de la institución que representa, sin cumplir sus funciones como corresponde; que de forma extrajudicial se confirmó que la empleada con fecha 17 de abril del 2019 le fue concedido permiso médico para guardar reposo 19 días y durante este tiempo ha sido para viajar al extranjero, situación la que está involucrado personal del IESS...; que la mencionada trabajadora ha faltado a laborar en repetidas ocasiones y que lo que es peor empleando instituciones públicas se ha beneficiado de permisos de salud...; que las faltas de asistencia las sustenta con el registro de asistencia que adjunta; que durante el presente mes no ha asistido desde el 17 hasta el 26 de abril; que con anterioridad ha indicado tener permisos que son también siguientes a los feriados o días de descanso que son 6 al 8 de marzo, 11 al 13 de marzo y 14 al 15 de marzo de ese año, de los cuales solo el último constan en nel sistema del IESS; por lo que amparado en lo que determina el art. 172, numeral 1 y 3 del Código del Trabajo, solicita la concesión del visto bueno para así dar por terminada la relación laboral que mantiene con León Cadena Gloria Belinda... , pidiendo la suspensión inmediata de las relaciones laborales, petición que fue aceptada a trámite por la Inspectora de Trabajo del Guayas, Ab. Ab. María Yuz Valencia, quien de conformidad con el art. 622 del Código del Trabajo, dispuso la suspensión inmediata de las relaciones laborales y la notificación a la trabajadora accionada, concediéndole el término de dos días para que la conteste, quien el 7 de mayo del 2019 compareció ante la prenombrada Autoridad Administrativa, contestando la solicitud de visto bueno, manifestando en lo principal que no existe faltas repetidas e injustificadas al trabajo, negando que haya faltado a sus labores como secretaria ejecutiva del Colegio de Médicos del Guayas donde labora por más de 33 años ininterrumpidamente... que no faltó porque quiso hacerlo sino porque estuvo enferma y así lo justifica con los documentos materializados de la página web del IESS... que corresponde a los permisos médicos otorgados por el Dr. César Roldán Negrete que corre del 6 al 8 de marzo del 2019 que diagnosticó tres días de descanso por enfermedad; el certificado médico otorgado por el Dr. Gonzalo Ramón Verduga por un reposo médico del 14 al 15 de marzo del 2019; otro certificado médico que corre del 11 al 13 de marzo del 2019 del Dr. César Roldán Navarrete por tres días de descanso y finalmente el certificado por reposo médico que corre del 17 de abril al 5 de mayo del 2019, por un descanso de 19 días otorgado por la Dra. Rosa García Garzón, médico revalidador del IESS, adjuntando también el certificado médico del Dr. Vicente Moncayo Cárdenas, psiquiatra -de fecha 17 de abril del 2019- donde diagnostica con lujo de detalles Médico-Científico sus trastornos de salud y en dicho certificado dispone un descanso de 19 días de corrido válido hasta el 5 de mayo del 2019, certificado que lo revalida la Dra. Rosa García del IESS; que el 6 de febrero del 2019 pidió vacaciones al Colegio de Médicos, que le fue contestado favorablemente el 1 de abril del 2019... que el Dr. Washington Ladines le contesta diciendo que le han sido aprobadas sus vacaciones del 2 al 31 de mayo del 2019, es decir, está en uso de sus vacaciones … y que en ese periodo pudo hacer las actividades que vayan en su beneficio de su salud mental como lo afirma el psiquiatra, que por eso viajó al exterior, que está justificado dentro de sus vacaciones que el mismo Colegio de Médicos le otorgó...; que a pesar de demostrar que están legal y humanamente justificadas sus ausencias alega expresamente la prescripción extintiva de conformidad con el art. 635 del Código del Trabajo las

supuestas faltas que menciona en la solicitud que van del 6 al 8 de marzo; del 11 al 13 de marzo y del 14 al 15 de marzo del 2019 porque ha transcurrido más de 30 días y a la fecha de notificación están prescritas; que la causal de falta de probidad no está probada y carece de fundamentos fálicos que se desprende de la misma petición y de la contestación documentada que ha hecho porque siempre ha obrado con rectitud...; que ha probado que sufrió accidente de trabajo, que está discapacitada por un asunto de genética familiar y a pesar de ello nunca falló ni obró mal ni causó perjuicio a la institución… Luego del trámite pertinente, habiéndose practicado las correspondientes investigaciones, el 13 de mayo del 2019 la Autoridad Administrativa dictó la pertinente resolución, en la que considerando que de acuerdo al art. 164 del COGEP, sobre las reglas de la sana crítica, concluye que la accionante demostró con pruebas fehacientes, que la trabajadora accionada se encuentra incursa en la causal tercera del art. 172 del Código del Trabajo, por lo que resuelve conceder el visto bueno solicitado por el Dr. Washington Belisario Ladines Jaime por los derechos que representa del Colegio de Médicos del Guayas en contra de la trabajadora Gloria Belinda León Cadena por haberse demostrado indiscutiblemente que la accionada ha incurrido en la causal 3 del art. 172 del Código del Trabajo, autorizando a la parte accionante la terminación de las relaciones contractuales de trabajo... por lo que habiéndose demostrado que el nexo de trabajo entre los ahora justiciables finalizó legalmente acorde a lo tipificado en el numeral 7 del art. 169 del Código Laboral, se rechaza el pago de los rubros indemnizatorios reclamados previstos en los art. 188 y 185 del Código del Trabajo y art. 51 de la Ley de Discapacidades.-"

De la lectura integral del considerando citado, se observa que en efecto, como afirma la casacionista, los jueces de apelación al resolver el recurso por ella propuesto, únicamente realizan un relato del contenido de la resolución de visto bueno emitida a favor del empleador en la Inspectoría del Trabajo, sin realizar un ejercicio argumentativo basado en el objeto de la controversia -impugnación del acta de finiquito, los medios de prueba que cada parte habría aportado para demostrar su teoría del caso, es decir, que no se exterioriza en base a qué da por establecidos los hechos que constan en la resolución de visto bueno-la que ha sido impugnada por la trabajadora al tenor del artículo 183 del CT y, sin razonamiento alguno, indican que en virtud de que el nexo de trabajo entre los justiciables finalizó legalmente acorde a lo establecido en el artículo 169 numeral 7 del CT, rechazan el pago de las indemnizaciones contempladas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo y 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, en virtud de lo antes manifestado se observa que, los jueces de alzada, no cumplen con la garantía de motivación en cuanto al recurso de apelación formulado por la parte actora, presentando una ausencia en el cumplimiento de esta garantía constitucional, pasando por alto el mandato constitucional contenido en el artículo 76 numeral 7, letra l) de la Constitución de la República, 89 y 95 numeral 7 del COGEP, por lo que procede el cargo acusado, corrigiendo la sentencia de alzada en los siguientes términos:

La sentencia de primera instancia, aceptó la impugnación efectuada por la actora a la Resolución de Visto bueno que habría sido concedida en la Inspectoría del Trabajo a favor del empleador por la causal prevista en el artículo 172 del Código del Trabajo, numeral 3 *"Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador"*. Inconforme con esta decisión, la parte demandada apeló manifestando su inconformidad, por cuanto consideraba que la relación laboral terminó por causa legal, al haber incurrido la trabajadora en falta de probidad, por haber presentado certificados médicos de facultativos particulares y no del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, en los que se sugería reposo, sin embargo los utilizó para viajar al extranjero.

La accionante en su acto de proposición manifiesta que el 14 de mayo del 2019, fue notificada por la Inspectora de Trabajo del Guayas, Abg. María Yuz Valencia, con la Resolución dictada, dentro del trámite de Visto Bueno No. 281052-2019, mediante el cual resolvió conceder el Visto Bueno solicitado por el Colegio de Médicos del Guayas, a través de su representante legal doctor Washington Belisario Ladines Jaime, mismo que no cumple los requisitos mínimos para la motivación de los actos de autoridad competente, en este caso, la Inspectora del

Trabajo, que conoció el Trámite de Visto Bueno, solicitado por el Colegio de Médicos del Guayas, incumplió lo determinado en el artículo 76, numeral 7, letra l) de la Constitución. Precisa, que el análisis y las consideraciones efectuadas por la Inspectora de Trabajo en su Resolución, adolece de una profunda subjetividad en la interpretación de las normas.

No existe motivación en su Resolución, ya que 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, en ese sentido solicita que, la resolución expedida por la Inspectora de Trabajo, debe tenerse como nula, declarando con lugar la demanda de los rubros reclamados. En base a lo determinado en el artículo 183 inciso segundo del Código de Trabajo, impugna la Resolución de Visto Bueno, pues sólo tiene valor de informe, por lo que deberá ser apreciada con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio, y lo desechará por no ser apegado a la Ley Laboral. Añade, que las causales invocadas por su empleador fueron las constantes en el artículo 172 del Código de Trabajo, esto es, 1) Por falta repetitivas e injustificadas de puntualidad o de asistencia 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; y, 3) por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador, no se ajustaron a la verdad de los hechos. Que su empleador, estaba obligado a presentar las pruebas que sustente su petición, pero no fue así, no anexaron prueba alguna, ni testimonial, ni documental, que le permitiera a la Inspectora de Trabajo llegar a concluir que cometió los actos que se le imputaron.

Que se aprobó su solicitud de vacaciones del 2 al 31 de mayo del 2019, documento firmado por el Presidente del Colegio de Médicos doctor Washington Ladines Jaime, por lo que nunca hubo abandono del trabajo, ya que fue el empleador, quien aprobó sus vacaciones por lo tanto, nunca hubo falta de probidad o conducta inmoral de la trabajadora, esto porque los permisos de descanso médico, fueron obtenidos de manera lícita, ejerciendo su derecho que tiene todo trabajadora, a pesar de lo cual manifiestan en la solicitud de visto bueno, que obtuvo permisos médicos de forma fraudulenta, que no descanso en su casa, sino que se fue de viaje de placer a Estados Unidos.

Señala que la probidad es la honradez, integridad y rectitud en el actuar, por lo que la falta de probidad sería la ausencia de honradez, integridad o rectitud en el proceder de un trabajador en el desempeño de las funciones convenidas en el contrato. Se puede observar que se ingresó la solicitud de visto bueno, mientras la actora gozaba del descanso médico legal otorgado por el doctor Vicente Moncayo Cárdenas y validado en el IESS. Por todas estas razones jurídicas, solicita que se desconozca la Resolución de Visto Bueno, que permitió ilegalmente terminar las relaciones laborales, luego de 33 años de trabajo.

La parte demanda contestó el libelo inicial, rechazando los fundamentos de hecho y de derecho de la acción, así como sus pretensiones, negando absolutamente las mismas y sus afirmaciones; opuso la negativa de los argumentos expuestos.

Las pruebas admitidas y practicadas por la parte actora son: De fojas 10 a 20, la historia clínica otorgada por el IESS de fecha 28 de agosto del 2019; de fojas 21 a 113 se admitió la historia clínica del IESS de fecha 28 de mayo de 2019; de fojas 117 a 178, los certificados médicos particulares e historia clínica del IESS; de fojas 179 a 180, el informe médico del IESS de fecha 10 de junio de 2019; de fojas 181 a 184 se admitió el certificado médico del IESS de fecha 17 de abril de 2019; de fojas 187 a 197, las comunicaciones sobre el estado de salud mantenidos con el Presidente del Colegio de Médicos del Guayas; de fojas 198, memorándum emitido por el contador del Colegio de Médicos del Guayas; de fojas 199, la comunicación de aprobación de las vacaciones del 2 al 31 de mayo de 2019; de fojas 200 a 202, declaración jurada del señor Marcos Enrique Egas Riera; de fojas 204, carné de discapacidad del IESS; de fojas 115 a 116, carné de discapacidad actualizado de fecha 18 de junio de 2016 otorgado por el Ministerio de Salud Pública; de fojas 207 a 209, copia del pasaporte de la actora; de fojas 210 a 310, el expediente de Visto Bueno; de fojas 320 a 346, certificación de las aportaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; de fojas 347 a 349, certificados de consulta médica; de fojas 350, notificación del registro del Certificado Médico emitido por el IESS; de fojas 356, reconocimiento del Colegio de

Médicos del Guayas por su destacada labor y colaboración al servicio de la institución, durante los 30 años; de fojas 357 a 375, roles de pago; de fojas 376, 383, 384 y 386, comprobantes de bonificación por aniversario del Colegio de Médicos del Guayas, aniversario, bonificación de fiestas Octubrinas. **Prueba testimonial:** los testigos Dra. Betty Aguilar Salazar, Suggey Gaviria Choez y el señor Ernesto Lucin Murillo.

Por la parte demandada se admitió y practicó las siguientes pruebas: de fojas 406 a 407, copia certificada del nombramiento del representante legal del Colegio de Médicos del Guayas; de fojas 411, comunicado al personal de la jornada del almuerzo de fecha 7 noviembre 2018; y, la declaración de parte de la actora.

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 al interés de cada parte de probar 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 real ocurrencia de los hechos alegados por la parte; 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 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 máxima experiencia del juez y razonamiento científico. 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) practicarse, 3) incorporarse 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).

SOBRE LA IMPUGNACIÓN A LA RESOLUCIÓN DE VISTO BUENO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 183 inciso segundo del Código del Trabajo, la Resolución del Visto Bueno una vez impugnada ante los jueces del trabajo, únicamente tiene el valor de informe, por lo que deberá ser apreciada con criterio judicial, en relación con las rendidas en el juicio.

El visto bueno es una institución jurídica que: "*se configura en un trámite administrativo-laboral por el cual se solicita, fundamentado en determinadas causas, la calificación de la causa justa para la terminación de la relación laboral, sea por parte del empleador como por el trabajador, y por tanto, para generar, como efecto jurídico, no la terminación del contrato de trabajo por sí mismo, sino la facultad de dar por terminada la relación laboral existente por la parte que lo solicitó, es decir propiciar una forma de "despido legal"*[2].

[2] González Carlos Martín, en el Diccionario de Derecho Laboral, Abogada Alexandra Herrera B. y doctor Alberto Jhayya S., Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, págs. 183-184.

La Inspectora del Trabajo mediante Resolución de Visto bueno de fecha 13 de mayo de 2019, las 17h45, resolvió aceptar la solicitud formulada por el empleador y dar por concluida la relación laboral con sustento en el artículo 172.3 del Código del Trabajo: *" Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador;"*, de la lectura cabal a esta Resolución administrativa, se observa que en aquella, únicamente, se establece cuales son fundamentos de la solicitud de visto formulada por el empleador y, la contestación efectuada por la trabajadora, así también la cita de normas procesales y doctrina relativas a la prueba y, la mera enunciación de que han revisado las pruebas aportadas por las partes intervinientes en el expediente administrativo y sin más que aquello, concluyen que se ha configurado la falta de probidad contemplada en el artículo 172.3 del CT, por lo que autoriza la conclusión de la relación laboral por esa causa.

Ahora bien, el artículo 172 del CT, faculta al empleador a dar por terminado el contrato de trabajo, previo visto bueno, entre otros casos, por el previsto en el numeral 3, que dice: "Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador;".

> La Corte Suprema de Justicia, ha señalado que: "La falta de probidad o conducta inmoral que un empleador imputa al trabajador para dar por terminada la vinculación laboral, debe ser plena e inequívocamente acreditada utilizando algún medio probatorio idóneo. Además debe ser atentatoria a la moral, a la honradez y a la honestidad."[3].-

En el presente caso, el fundamento de la solicitud de visto bueno de la empresa tuvo como sustento, que la trabajadora "[...] de forma irregular y continua (durante cada feriado) logra obtener permisos de salud y destina sus días de reposo para viajes dentro y fuera de la ciudad, siendo el último permiso concedido utilizado para viajar a Estados Unidos, lo que perjudica los intereses de la institución que representa, sin cumplir sus funciones como corresponde; **que de forma extrajudicial se confirmó que la empleada con fecha 17 de abril del 2019 le fue concedido permiso médico para guardar reposo 19 días y durante este tiempo ha sido para viajar al extranjero, situación la que está involucrado personal del IESS**...; que la mencionada trabajadora ha faltado a laborar en repetidas ocasiones y que lo que es peor empleando instituciones públicas se ha beneficiado de permisos de salud...; que las faltas de asistencia las sustenta con el registro de asistencia que adjunta; que durante el presente mes no ha asistido **desde el 17 hasta el 26 de abril;** que con anterioridad ha indicado tener permisos que son también siguientes a los feriados o días de descanso que son 6 al 8 de marzo, **11 al 13 de marzo y 14 al 15 de marzo de ese año**, de los cuales solo el último constan en el sistema del IESS; ".

La parte actora en su defensa ha presentado de fojas 10 a 20, la historia clínica otorgada por el IESS de fecha 28 de agosto del 2019; de fojas 21 a 113, la historia clínica del IESS de fecha 28 de mayo de 2019; de fojas 117 a 178, los certificados médicos particulares e historia clínica del IESS; de fojas 179 a 180, el informe médico del IESS de fecha 10 de junio de 2019; de fojas 181 a 184 se admitió el certificado médico del IESS de fecha 17 de abril de 2019; de fojas 187 a 197, las comunicaciones sobre el estado de salud mantenidos con el Presidente del Colegio de Médicos del Guayas; de fojas 198, memorándum emitido por el contador del Colegio de Médicos del Guayas; de fojas 199, la comunicación de aprobación de las vacaciones del 2 al 31 de mayo de 2019; de fojas 200 a 202, declaración jurada del señor Marcos Enrique Egas Riera; de fojas 204, carné de discapacidad de afiliación del IESS; de fojas 115 a 116, carné de discapacidad actualizado de fecha 18 de junio de 2016 otorgado por el Ministerio de Salud Pública; de fojas 207 a 209, copia del pasaporte de la actora; de fojas 347 a 349, certificados de consulta médica; de fojas 350, notificación del registro del Certificado Médico emitido por el IESS; de fojas 356, reconocimiento del Colegio de Médicos del Guayas por su destacada labor y colaboración al servicio de la institución, durante los 30 años; de fojas 376, 383, 384 y 386, comprobantes de bonificación por aniversario del

[3] Sentencias de 19 de septiembre de 2000, Rep. Jur. T. XLIX, 2000, p. 122; 30 de enero de 1990, Rep. Jur. T. XXXIV, 1990, p. 317 y 11 de julio de 1988, Rep. Jur. T. XXXI,1988, p. 234.

Colegio de Médicos del Guayas, aniversario, bonificación de fiestas octubrinas.

Nótese, que el argumento de la solicitud de visto bueno del empleador, fue que extraoficialmente se habrían enterado que la trabajadora utilizó los certificados médicos para viajar fuera del país y no para guardar reposo, así como que son certificados médicos conferidos por profesionales de la salud privados y no del IESS, pese a que la accionante se encontraba afiliada al seguro social, por lo que considera son nulos.

Alegación que carece de sustento jurídico, pues el certificado médico otorgado por un profesional particular, no resta eficacia probatoria para determinar que la accionante se encontraba con reposo médico, desde el 17 de abril de 2019 al 5 de mayo de 2019, en virtud de presentar un cuadro clínico que además se refiere es recidivante (que volvió-anterior), cuyo tratamiento lo está llevando el doctor Vicente Moncayo Cardenas, Psiquiatra, quien diagnosticó a la paciente con las patologías con códigos: R53, F31, F32, G470, F432, I10-I15, recetando la medicación y su posología, para las afecciones de la trabajadora, así también recomienda un adecuado esparcimiento y diversión, el cual ha sido revalidado ante el IESS con fecha 18 de abril de 2019, por la doctora Rosa García, responsable de la revalidación de certificado médico particular, por lo que aún en el evento de que la trabajadora hubiere hecho uso de dicho permiso médico para optar por un viaje a modo de esparcimiento estaría enmarcada en la recomendación médica dadas sus patologías. Lo dicho se soporta en lo establecido en el artículo 178 del Código del Trabajo, norma en la que refiriéndose a la comprobación de la enfermedad no profesional del trabajador, establece que: *"El trabajador que adoleciere de enfermedad no profesional la comprobará con un certificado médico,* ***de preferencia de un facultativo de la Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar del IESS****. [...]",* de lo que se puede inferir con claridad meridiana, que no solo se puede justificar las dolencias o enfermedades no profesionales con un médico del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, sino también por un profesional privado, más todavía, cuando como en el presente caso, la trabajadora ha cumplido con revalidarlo ante dicho Instituto.

La actora de esta causa, también ha presentado la historia clínica que reposa en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, signada con el N° 518893, la que ha sido otorgada en copia certificada por parte dela Lcda. Blanca Marañon Sotomayor, Trabajadora Social del Centro Clínico Quirúrgico Ambulatorio Hospital del Día Tarqui 212; expediente clínico N° 635871 otorgado por la Lcda. Gladys Molina Carriel, Responsable de Servicio al Asegurado Hospital del Día Sur Valdivia IESS, que da cuenta tanto de las dolencias relacionadas al certificado médico antes referido y de otras patologías que le aquejaban a la trabajadora, así también se verifica un certificado médico de 14 de marzo de 2019, en el que la especialista en Neumología Doctora Betty Aguilar Salazar, recomienda 48 horas de reposo, desde el 14 al 15 de marzo de 2018, por diagnóstico de bronquitis aguda, en este sentido examinado el historial clínico extenso, se constata que el estado de salud de la señora Gloria Belinda León Cadena, ha sido justificado, por lo que la presentación de certificados médicos si eran o no coincidentes con feriados como afirma el empleador no puede ser óbice para que haga uso del descanso que los profesionales de la salud le han otorgado por sus patologías.

Aunado al hecho, de que los testigos presentados por la actora, señora Suggey Jamileth Gavidia Choez, compañera de trabajo de la actora, informa que observó que existía un clima de beligerancia de parte de los directivos hacia la accionante; que tuvo conocimiento que el actual representante legal quiere liquidar el personal antiguo, encontrándose la actora de esta causa en ese caso, que a ella no le daban trabajo, ni funciones, como especie de hostigamiento. El otro testigo Ernesto Pascual Lucin Murillo, señala que trabajó en el Colegio de Médicos por 35 años, que le consta que la señora Gloria León Cadena, tiene problemas de su salud hace muchos años atrás, que se ha ceñido a las buenas costumbres, que es una mujer muy trabajadora, muy consiente en la institución, por todos los años que he prestado sus servicios en la institución, que se ha quedado admirado por el visto bueno, incluso indicó que la señora Gloria León Cadena tiene una conducta ejemplar.

En virtud de lo antes expuesto, la falta de probidad o conducta inmoral bajo la cual el empleador solicitó el visto bueno a la trabajadora, no ha sido justificada, resultando ilegal la terminación del vínculo laboral bajo la causa determinada en el artículo 172.3 del CT, siendo por tanto ilegal la

Resolución de Visto Bueno, por lo que en atención a la Resolución de 8 de marzo de 1990, publicada en el R.O. 412 de 06 de abril del mismo, dictada por la Corte Suprema de Justicia, que establece: *"en los casos en que el Juez de Trabajo desechare en su fallo el visto bueno concedido por el inspector del ramo, es procedente el pago de indemnizaciones por despido o abandono, según el caso, a favor de quien las hubiere reclamado, previa la impugnación de lo resuelto por el funcionario administrativo de trabajo";* le corresponde a la actora percibir la indemnización y bonificación previstas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo, para cuyo efecto se tendrá como tiempo de servicios y remuneración, los establecidos en instancia, esto es desde 1 de febrero de 1986 hasta el 13 de mayo de 2019, y como última remuneración la cantidad de USD. 761.00, resultando por despido intempestivo art. 188 CT, la cantidad de USD. 761.00 x 25 (tope de la indemnización)= USD.19.025, 00; por desahucio art. 185 CT, la suma de USD.190, 25 (25% de la remuneración) x 33 años = USD.6.278, 25. **SUMA: USD**. **25.303,25.**

También se dispone el pago de la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, en virtud de que la actora tiene condición de discapacidad, lo que ha sido demostrado con los documentos que obran de fs. 114 a 116 y 204 (carnés), que certifican que tiene una discapacidad del 56% visual, documentos otorgados el primer carné por el CONADIS y el segundo por el Ministerio de Salud Pública, en ese sentido, le corresponde percibir por este concepto la cantidad de USD. 761.00 x 18 remuneraciones = **USD. 13.698,00.**

Esta indemnización halla sustento en que las personas con discapacidad por mandato del artículo 35 de la Constitución de la República, son un grupo de atención prioritaria por su vulnerabilidad, por lo que se ha reconocido una serie de derechos y garantías a su favor, como los determinados en el artículo 47 ibídem: "El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, **procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social.** Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a: 1. La atención especializada en las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud para sus necesidades específicas, que incluirá la provisión de medicamentos de forma gratuita, en particular para aquellas personas que requieran tratamiento de por vida. 2. La rehabilitación integral y la asistencia permanente, que incluirán las correspondientes ayudas técnicas 3. Rebajas en los servicios públicos y en servicios privados de transporte y espectáculos. 4. Exenciones en el régimen tributario. **5. El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas.** 6. Una vivienda adecuada, con facilidades de acceso y condiciones necesarias para atender su discapacidad y para procurar el mayor grado de autonomía en su vida cotidiana. Las personas con discapacidad que no puedan ser atendidas por sus familiares durante el día, o que no tengan donde residir de forma permanente, dispondrán de centros de acogida para su albergue. 7. Una educación que desarrolle sus potencialidades y habilidades para su integración y participación en igualdad de condiciones. Se garantizará su educación dentro de la educación regular. Los planteles regulares incorporarán trato diferenciado y los de atención especial la educación especializada. Los establecimientos educativos cumplirán normas de accesibilidad para personas con discapacidad e implementarán un sistema de becas que responda a las condiciones económicas de este grupo. 8. La educación especializada para las personas con discapacidad intelectual y el fomento de sus capacidades mediante la creación de centros educativos y programas de enseñanza específicos. 9. La atención psicológica gratuita para las personas con discapacidad y sus familias, en particular en caso de discapacidad intelectual.10. El acceso de manera adecuada a todos los bienes y servicios. Se eliminarán las barreras arquitectónicas. 11. El acceso a mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación, entre ellos el lenguaje de señas para personas sordas, el oralismo y el sistema braille.". (énfasis añadido).

Visto lo anterior y teniendo como base el marco constitucional, el legislador en garantía de este grupo vulnerable, emitió la Ley Orgánica de Discapacidades LOD y su Reglamento, a través de los cuales, se regulan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Señalando en el artículo 1 del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, que: " *Para efectos de este Reglamento y en concordancia con lo establecido*

en la Ley, se entenderá por persona con discapacidad a aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en una proporción equivalente al treinta por ciento (30%) de discapacidad, debidamente calificada por la autoridad sanitaria nacional".

Por su parte, la Observación General N° 05 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad emitida en el 11° período de sesiones de 1994, refiriéndose a la palabra discapacidad señala:

> "... se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones (...) la discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio.".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de 29 de febrero de 2016, en el caso Chinchilla Sandoval vs Guatemala, sobre los derechos de las personas con discapacidad, en el párrafo 208, dice:

> "En cumplimiento de los deberes de protección especiales del Estado respecto de toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad314, con el fin de garantizar que las limitaciones normativas o de facto sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras".

La serie de protecciones que se ha dado a las personas en condición de discapacidad, particularmente las que tienen que ver con el derecho al trabajo, guardan consonancia con las disposiciones constitucionales y de convenios internacionales, que buscar asegurar que las personas con discapacidad, trabajen en condiciones de igualdad de oportunidades, en un marco de estabilidad laboral, que les permita alcanzar la realización económica y personal de este grupo de personas con derecho a recibir atención prioritaria[4].

QUINTO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN POR EL CASO CUATRO: El recurso de casación se fundamenta en el caso cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, bajo el cual considera el casacionista se han infringido las siguientes normas de derecho: 164, 169 y 189 del COGEP, que han conducido a que no se apliquen los artículos 188, 185 del Código del Trabajo y 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

5.1. ALEGACIONES DEL RECURSO DE CASACIÓN: El casacionista al amparo del caso **cuatro,** ataca en lo medular que:

- Que, el tribunal de alzada vulnera la debida valoración de la prueba en consecuencia reforma la sentencia subida en grado, dejando sin efecto el pago del despido intempestivo, desahucio e indemnización por discapacidad al haber declarado válida la Resolución de Visto Bueno por la que se dio por terminada la relación laboral, sin valorar ninguno de los medios de prueba aportados por la parte actora, para ese efecto enlista los medios de prueba que ha producido en juicio, por lo que señala que se ha producido falta de aplicación de los artículos 164, 169 y 186 del COGEP.
- Para demostrar el yerro probatorio cita el contenido de la sentencia emitida por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema

[4] Sentencia N° 172-18-SEP-CC, caso N° 2149-13-EP, Corte Constitucional del Ecuador, de 16 de mayo de 2018.

de Justicia, que establece los yerros que pueden darse en apreciación probatoria por parte de los jueces de instancia.

5.2.- De la acusación formulada por la defensa técnica de la casacionista, se verifica que su ataque se centra en el hecho de que los jueces no apreciaron la prueba con la que demostró que la Resolución de Visto Bueno fue ilegal, lo que dio lugar a que no se disponga el pago de las indemnizaciones previstas en los artículos 188, 185 del Código del Trabajo y 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, aspecto que fue solventado al haberse corregido la motivación en cuanto al examen que efectuaron los jueces de alzada, respecto de estas pretensiones, habiéndose resuelto este particular, resulta inoficioso su examen bajo este caso cuatro del artículo 268 del COGEP.

SEXTO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN POR EL CASO CINCO.- La casacionista bajo este caso realiza las siguientes precisiones:

- Falta de aplicación del artículo 178 del Código del Trabajo, al no valorar de conformidad con la normativa sustantiva los certificados médicos y de reposo, lo que ha sido determinante en la parte dispositiva del fallo, al haber conllevado que se declare la legalidad de la Resolución de Visto Bueno que es ilegítima y que ilegalmente termina la relación laboral de la recurrente, despojándola del derecho a sus indemnizaciones y bonificaciones legales, establecidas en los artículos 185 y 188 ibídem, y 51 de la LOD.
- Alega también la errónea interpretación del artículo 216 del Código del Trabajo y 2 del Acuerdo Ministerial N° MDT-2016-0099, R.O. S. N° 732 de 13 de abril de 2016, al no efectuar correctamente el cálculo u operación matemática por pensión jubilar mensual, lo que sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia recurrida, por cuanto ha llevado a que la sentencia impugnada otorgue una cantidad inferior a la que legalmente le corresponde a la recurrente por este concepto, vulnerando así, su derecho irrenunciable a la jubilación patronal contemplado en el artículo 216 del Código del Trabajo.

6.1.- CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO QUINTO: El recurrente acusa a la sentencia de segundo nivel de incurrir en el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, que determina:

"[...] 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto [...]".

Este caso contempla vicios *"in iudicando"*, esto es, cuando se acusa a la sentencia de violación directa de la norma sustantiva o de precedentes jurisprudenciales obligatorios cuya trasgresión ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia. Por este caso, los reproches probatorios son inadmisibles, pues se configura cuando no se han subsumido adecuadamente los hechos fácticos probados y admitidos dentro de la hipótesis normativa, ya porque se ha aplicado una norma jurídica que no pertenece, ya porque no se ha aplicado la que concierne o porque aplicando la que corresponde se la ha interpretado de manera errada al momento de emitir el fallo.

Al efecto este caso contempla tres tipos de transgresión, esto es:

a) Aplicación indebida que se configura cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla y que según Humberto Murcia Ballén: *"[...] Emana, pues, la indebida aplicación, no del error sobre la existencia y validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipotetizado por la norma que aplica[...]" (Recurso de Casación Civil, 4ta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Vocatio in Ius, Bogotá, 1966, p. 322)*; o, como señaló la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia: *"[…] Cuando el Juzgador entiende rectamente la norma, pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido […]". (Dr. Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 183).*

b) Falta de aplicación, que se produce en el momento que quien juzga no aplica la norma que corresponde al caso que se está litigando, por lo que se conoce a este error como de omisión; de ahí que la misma Primera Sala de lo Civil

y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a esta clase de transgresión expresó*: "[...] Cuando el juzgador deja de aplicar en el caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida [...]". (ob. cit. p. 183)*; y,

c) Errónea interpretación, que tiene lugar cuando siendo la norma cuya transgresión se señala es la pertinente para el caso, quien juzga le da un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley y en este sentido la Sala de lo Civil y Mercantil referida señaló que se produce este vicio de juzgamiento: *"[...] Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene […]" (ob. cit. p. 183).* Sobre este tema, Humberto Murcia Ballén expresa: *"[...] Muy distinta a las dos anteriores es la esencia de la violación por interpretación errónea de la ley. No se trata, en esta clase de quebranto, como ocurre en las dos atrás analizadas, de un yerro de <<diagnosis jurídica>>, o de uno de relación entre el hecho especifico concreto y el hecho hipotetizado por la norma jurídica, sino de un error acerca del contenido de ésta [...]". (ob. cit. p. 324).*

A su vez, tomando en cuenta que estos cargos son independientes y se excluyen entre sí, al no determinarlo o escoger el incorrecto, el recurso puede no surtir los efectos que la o el recurrente espera.

Quien interpone un recurso de casación debe tener presente al momento de fundamentarlo, que toda norma sustancial tiene dos partes: un supuesto de hecho y un efecto jurídico y en el caso de no contenerlo debe complementarse con otra u otras normas, para así formar una proposición jurídica completa en la que se distinga claramente estas partes, sobre ello el Dr. Santiago Andrade Ubidia, sostiene: *"[...] Respecto de la causal primera, también es imprescindible realizar la "proposición jurídica completa [...] no es suficiente señalar una norma de derecho sustantivo, sino que deberá examinarse si ella contiene una proposición jurídica completa, ya que de no serlo, es necesario precisar todas las disposiciones legales que la constituyen [...]" (Dr. Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 203).*

6.2.- PROBLEMAS JURÍDICOS: El problema jurídico a dilucidar se contrae a:

- Establecer si el tribunal *ad quem* ha incurrido en errónea interpretación del artículo 216 del Código del Trabajo y 2 del Acuerdo Ministerial N° MDT-2016-0099, R.O. S. N° 732 de 13 de abril de 2016, al efectuar el cálculo de la jubilación patronal sin tomar en consideración el coeficiente vigente al año 2020 previsto en la Tabla de Coeficientes para el cálculo global de jubilación patronal.

6.3.- EXAMEN DEL CARGO ALEGADO: Frente a las alegaciones realizadas, este Tribunal de Casación puntualiza lo que sigue:

a) Sobre la falta de aplicación del artículo 178 del Código del Trabajo, al no valorar de conformidad con la normativa sustantiva los certificados médicos y de reposo, lo que ha sido determinante en la parte dispositiva del fallo, al haber conllevado que se declare la legalidad de la Resolución de Visto Bueno que es ilegítima y que ilegalmente termina la relación laboral de la recurrente, despojándola del derecho a sus indemnizaciones y bonificaciones legales, establecidas en los artículos 185 y 188 ibídem, y 51 de la LOD, se observa, que esta acusación resulta impropia por el caso cinco del artículo 268 del COGEP, considerando que a través de aquella se pretende que los jueces aprecien prueba documental. A más de que, dicha norma fue tomada en consideración al momento de examinar la prueba documental aparejada por la parte actora con la cual demostró que la Resolución de Visto Bueno fue ilegal y que fue solventado por este Tribunal al examinar el caso dos, por lo que resulta improcedente esta acusación.

b) En cuanto a la errónea interpretación del artículo 216 del Código del Trabajo y 2 del Acuerdo Ministerial N° MDT-2016-0099, R.O. S. N° 732 de 13 de abril de 2016, al efectuar el cálculo de la jubilación patronal sin tomar en consideración el coeficiente vigente al año 2020 de 10.9701572160827, previsto en la Tabla de Coeficientes para el cálculo global de jubilación patronal, se observa que, los jueces de instancia, no han incurrido en tal yerro, al tomar en consideración el coeficiente de 6,1110 previsto en el artículo 218 del Código del Trabajo para la edad de 59 años que tenía la accionante al momento en que concluyó la relación laboral, puesto que, el coeficiente al que hace referencia el recurrente está diseñado y previsto para el cálculo del fondo global de jubilación, que se lo obtiene producto de un cálculo actuarial basado en las

tablas de morbilidad del INEC y que se actualiza cada año por parte del Ministerio de Trabajo, siendo que en la sentencia de alzada, se reconoce el derecho a la jubilación patronal mensual y vitalicia conforme la regla primera del artículo 216 del Código del Trabajo, no existe como se indicó ut supra la errónea interpretación alegada.

Lo que se verifica en el caso *in examine*, es un error de cálculo que ha venido siendo traído desde la sentencia de primera instancia, en virtud de que los jueces confirmaron el monto de la pensión jubilar patronal calculada por el juez de instancia, en la cantidad de USD. 42.11, el que fue obtenido de acuerdo a la siguiente operación matemática " *total de sueldos percibidos durante los 5 últimos años: $9.272,96/5=9.272,96 (promedio 5 últimos años) Edad: 59 años; Coeficiente: 6,1110=$42,11 (Pensión jubilar mensual)",* por lo que al tenor del inciso segundo del artículo 100 del COGEP, que dice: *"Los errores de escritura, como de nombres, de citas legales, de cálculo o puramente numéricos podrán ser corregidos, de oficio o a petición de parte, aun durante la ejecución de la sentencia, sin que en caso alguno se modifique el sentido de la resolución.",* se corrige la cuantificación de la jubilación patronal mensual en los siguientes términos:

Promedio anual de los últimos cinco años de remuneraciones USD. 9.272,96; se obtiene el 5% resulta USD.463.64 x 33 años de servicios = USD. 15.300,384/6,1110 = USD. 2.503,74 (pensión anual)/12 = **USD. 208,64 pensión jubilar patronal mensual.**

En este sentido, corresponde por pensiones jubilares mensuales vencidas la cantidad desde 14 de mayo de 2019 hasta octubre de 2022, la cantidad de **USD. 8.665,51;** por décima tercera pensión jubilar calculadas desde el 14 de mayo de 2019 hasta noviembre de 2021, el monto de **USD. 530.87.** No se corrige el cálculo del periodo comprendido entre diciembre de 2021 hasta noviembre de 2022, en virtud de que la obligación aun no se encuentra vencida. Por décima cuarta pensiones jubilares, desde el 14 de mayo de 2019 a febrero de 2022, en la cantidad de **USD. 1.002,77.** No se corrige del periodo comprendido entre marzo de 2022 a febrero de 2023, en virtud de que la obligación no está vencida. **TOTAL: USD. 10.199,15.**

DECISIÓN: Por lo expuesto, 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,** casa parcialmente la sentencia emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Justicia del Guayas, el 15 de diciembre de 2020, las 08h40, y dispone que la parte demandada a través de su representante legal en la forma en que ha sido requerido, pague a la accionante **la cantidad de USD. 39.001,25 por concepto dep indemnizaciones por despido intempestivo (artículos 188, 185 CT y 51 LOD).** Se corrige el error de cálculo en la pensión jubilar debiendo reconocerse dicho rubro en la cantidad mensual y vitalicia de **USD. 208,64 pensión jubilar patronal mensual** y, por concepto de pensiones jubilares vencidas **la cantidad de USD.**

10.199,15. Sin costas ni honorarios que regular en esta sede jurisdiccional.- **Notifíquese.-**

f) Dra. Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Alejandro Arteaga García, JUEZ NACIONAL; Dra. Enma Tapia Rivera, JUEZA NACIONAL.

V

Juicio Nro. *09359-2018-03597*
Resolución Nro. *536-2022*
Fecha: *lunes 11 de noviembre del 2022, 16h52*

TEMA: Liquidación de persona sujeta al régimen laboral de las empresas públicas.

ASUNTO

La actora en su demanda manifiesta que ingresó a laborar para el Instituto Ecuatoriano de Electrificación, en 1979, habiendo prestado sus servicios hasta el 31 de diciembre de 2015, en virtud de su decisión de acogerse al beneficio de retiro voluntario, siendo su última empleadora la empresa pública Corporación Eléctrica del Ecuador, CELEC EP.

La accionante manifiesta que con fecha 12 de enero de 2016 se suscribió un acta de finiquito en la que no se consideró todo el tiempo de servicio de la relación laboral de 36 años y 6 meses para el cálculo de lo contenido en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas, ni para la bonificación por desahucio, por lo que impugna el acta de finiquito, reclamando su reliquidación y que se le reconozca la jubilación patronal, por haber cumplido el tiempo establecido en el artículo 216 del Código del Trabajo.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial del Trabajo con sede en el cantón Guayaquil estima que la accionante no tenía la calidad de obrera, sino que se desempeñaba como asistente de enfermería, siendo servidora pública y, por tanto, su vínculo contractual, derechos y obligaciones se encuentran establecidos en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el manual y resoluciones de talento humano de CELEC EP.

En ese sentido, el juzgador considera que la actora no tiene derecho a reclamar la bonificación o indemnización contemplada en el Código del Trabajo, por no estar amparada por este régimen laboral, ni tampoco el pago de la jubilación patronal. Por esta razón, el juez acepta parcialmente la demanda y ordena la reliquidación del beneficio por retiro voluntario como servidora pública, en virtud del cálculo por los años de servicio, y niega la petición de que se declare el derecho a la jubilación patronal.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

Tanto la parte actora como la demanda presentaron recurso de apelación. El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas considera que, en cuanto a la jubilación patronal que reclama la parte actora, resulta incontrastable que no es aplicable al caso, en virtud de que el régimen legal que sustenta el vínculo contractual entre las partes es la Ley Orgánica de Empresas Públicas y los reglamentos expedidos por el área de talento humano de la empresa pública demandada, que no contemplan la figura jurídica de la jubilación patronal.

En cuanto al valor por retiro voluntario, el tribunal señala que, de acuerdo con el documento del tiempo de servicio del empleador conferido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, da un total de 34 años de servicio en el sector eléctrico público ecuatoriano. En tal virtud, los jueces aceptan parcialmente la demanda, reliquidando el beneficio de retiro voluntario, pero por el tiempo de 34 años.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2018-03597

VOTO DE MAYORÍA

Jueza Ponente: Dra. Enma Tapia Rivera

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, lunes 11 de noviembre del 2022, 16h52.
VISTOS.–
I. Jurisdicción y competencia
La competencia para conocer el presente recurso de casación se fundamenta en lo previsto en el art. 184.1 de la Constitución de la República –en adelante Constitución-; en concordancia con los arts. 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial -en adelante COFJ-, también, lo previsto en el art. 269 del Código Orgánico General de Procesos -en adelante COGEP-; y, particularmente, en mérito del sorteo realizado el día 16 de septiembre de 2021, lo que radicó la competencia para el conocimiento y resolución de esta causa en este tribunal de casación, conformado por las juezas: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi (jueza ponente) (voto de minoría), Dra. Katerine Muñoz Subía (voto de minoría) y Dra. Enma Tapia Rivera (voto de mayoría).
II. Antecedentes
La señora **Rosa Elena Rodríguez Espinoza** inició juicio laboral en contra de la **EMPRESA PÚBLICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR -**en adelante **CELEC EP -**, en la persona de Ángel Gonzalo Uquillas Vallejo como Gerente General, impugnando el acta de finiquito, exigiendo el pago de la pensión mensual por jubilación patronal al amparo del Código del Trabajo, bonificación por desahucio y se reliquide la compensación por retiro voluntario. El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas dictó sentencia por escrito el 01 de agosto de 2019 reformó la sentencia de primer nivel que declaró parcialmente con lugar la demanda, ordenando se reliquide el valor del Retiro Voluntario.
Inconforme con la sentencia, ambas partes interpusieron recurso extraordinario de casación, por lo qué, se envió el proceso a la Corte Nacional de Justicia para su conocimiento y calificación.
III. Actos de sustanciación del recurso de casación
Una vez que la parte actora completó su recurso de casación, la Dra. María Gabriela Mier Ortiz, Conjueza de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de fecha 16 de octubre de 2020, aceptó a trámite los recursos de casación, ambos, por el caso quinto del art. 268 del COGEP.
IV. Validez procesal
Se observa que en el presente proceso se ha cumplido de forma cabal con las solemnidades legales y constitucionales, para que la causa sea considerada válida procesalmente.
V. Cargos admitidos
Este tribunal de casación observa que, a la parte actora le fueron admitidas las siguientes infracciones, por el **vicio de errónea interpretación** respecto del caso quinto:

- Art. 326 numerales 2 y 3 de la Constitución;
- Art. 216 del Código del Trabajo; y,
- Art. 33 y Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Y, a la empresa demandada, le fueron admitidas las siguientes infracciones, por el **vicio de falta e indebida aplicación** respecto del caso quinto:

- Art. 82 de la Constitución (Falta de aplicación);
- Art. 6 y 7 primer inciso del Código Civil (Falta de aplicación); y
- Art. 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (Indebida aplicación).

VI. Audiencia de fundamentación del recurso
Dando cumplimiento a los arts. 79 y 272 del COGEP, en concordancia con los arts. 168.6 y 169 de la Constitución, se convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la cual se realizó el día 29 de septiembre de 2022; y, debido a la complejidad del caso, se convocó, nuevamente, para el día 25 de octubre de 2022, para dictar la resolución oral.
Habiendo discrepancia respecto del criterio de las juezas del tribunal para la decisión de mayoría, en virtud del art. 203 del COFJ, se solicitó que mediante sorteo se convoque a dos conjueces a efectos de dirimir la decisión del tribunal. Realizado el

sorteo en fecha 18 de octubre de 2022, se convocó a la audiencia de reinstalación, contando con la presencia del Dr. Julio Enrique Arrieta Escobar y Dra. Liz Mirella Barrera Espin, como miembros del tribunal. Dando cumplimiento al art. 273 del COGEP, se dicta sentencia de manera oral en audiencia.

VII. Por el caso quinto del art. 268 del COGEP

A. Consideraciones por el caso quinto

El caso quinto del art. 268 del COGEP se configura por la infracción directa de derecho sustantivo, es decir, si bien el recurrente ha aceptado las consideraciones fácticas y los hechos probados que los juzgadores de instancia han decretado como verdaderos dentro del proceso, denuncia una infracción en las normas sustantivas y, también, de los precedentes jurisprudenciales obligatorios (art. 182 del COFJ). Supone el contraste entre la sentencia frente a la ley, tratándose de "*un error de adjudicación, selección o de entendimiento de normas sustanciales, es decir, el debate es estrictamente jurídico*". En este sentido, no cabe controvertir ni revisar los hechos fijados por los jueces de instancia, pues se entiende que el recurrente muestra conformidad con estos en el fallo impugnado. Consecuentemente, tampoco cabe ninguna impugnación dirigida a aspectos relacionados con la valoración a aquella prueba, ni el alcance que han otorgado a dicho hecho.

Se debe tener presente que la infracción que acusa el recurrente debe ser determinante en la resolución del fallo. Es decir, el error debe ser de tal gravedad o trascendencia que, sí aquel no se presentase, el resultado de la decisión hubiere sido diferente al pronunciado.

B. Consideraciones del recurso de casación del actor

La parte actora fundamenta su recurso alegando la errónea interpretación del art. 216 del Código del Trabajo y de los principios constitucionales que rigen al derecho laboral, contemplados en el art. 326 numerales 2 y 3 de la Constitución y, también, el art. 33 y la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, exigiendo se reconozca el derecho a la jubilación patronal, pues indica qué su relación laboral con CELEC y sus otras empleadoras siempre ha estado al amparo del Código del Trabajo, por lo que rechaza la calificación otorgada por los jueces de instancia, quienes, indican que su régimen laboral fue de servidora pública.

VIII. Análisis y resolución del recurso de casación del demandado

A. Problema jurídico por el caso quinto

Respecto del recurso de casación de la empresa demandada, se plantean el siguiente problema jurídico a resolver:

- Determinar si el tribunal *ad quem* aplicó indebidamente el art. 23 de la LOEP, arts. 6 y 7 del Código Civil; y, art. 82 de la Constitución, al contabilizar el número de años para el cálculo de la bonificación por renuncia voluntaria, desde la fecha de inicio de la relación laboral, vulnerando el derecho a la seguridad jurídica.

B. Problema jurídico: Análisis y resolución

Para resolver el problema jurídico planteado, es necesario revisar las siguientes disposiciones normativas, para analizar sí existe un yerro respecto del número de años contabilizados en la fórmula de cálculo empleada por los jueces de instancia de la compensación por retiro voluntario.

El art. 23 de la LOEP, prevé:

> "*Los servidores u obreros de las empresas públicas que terminen la relación laboral por retiro voluntario, recibirán el pago de un monto de hasta siete salarios básicos unificados del trabajador privado* ***por cada año de servicio****, y hasta un máximo de 210 salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado,* ***a partir del año 2015****, de conformidad con el salario básico unificado vigente al 1 de enero del 2015.* (...)". (El énfasis nos pertenece).

Por su parte, la Disposición Transitoria Primera *ibidem*, dice:

> "(...) *El personal que actualmente trabaja en las empresas públicas o estatales existentes continuará prestando sus servicios en las empresas públicas creadas en su lugar, de conformidad con su objeto, bajo los parámetros y lineamientos establecidos en esta Ley, no se someterán a periodos de prueba.* ***En consecuencia el régimen de transición previsto en estas disposiciones, incluidas las fusiones, escisiones y transformaciones no conllevan cambio de empleador ni constituyen despido intempestivo****.* ***En caso de jubilación, desahucio o despido intempestivo, se tomarán en cuenta los años de servicio que fueron prestados en la empresa extinguida y cuya transformación ha operado por efecto de esta ley, sumados al tiempo de servicio en la nueva empresa pública creada****, con los límites previstos en esta Ley* (...)". (El énfasis nos pertenece).

El art. 89 del Manual de Administración del Talento Humano de CELEC EP, documento que también fue anunciado y producido cómo prueba, dice:

"*Conforme lo determina el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, los servidores y obreros de la empresa que terminen la relación laboral por retiro voluntario, recibirán el pago de un monto de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado en general por cada año de servicio en el sector público, y hasta un máximo de 210 salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado. Para efectos de cobrar el retiro voluntario,* ***el servidor u obrero deberá cumplir los siguientes requisitos****: 1.* ***Haber laborado en la empresa al menos cinco años consecutivos, o en general haber laborado en otras empresas públicas o en el sector público ecuatoriano por al menos diez años ininterrumpidos o no****; (...)* ***El monto que se pagará al servidor u obrero estará en relación con los años de servicio trabajados*** (...)". (El énfasis nos pertenece).

En este sentido, las disposiciones normativas citadas y revisadas son claras, la fórmula de cálculo del retiro voluntario no está relacionada con los años de existencia o creación de la empresa ni de los años en vigencia de la norma, salvo lo dispuesto en la misma disposición. Por el contrario, la norma fija cómo parámetro de cálculo el total de los años de servicios prestados por el trabajador. Siendo así, este tribunal de casación evidencia qué el tribunal *ad quem* en virtud del recurso de aclaración ha dicho que el total de años laborados es de 34 años. Es decir, se tiene como un hecho probado y aceptado por las partes que, la señora Rosa Elena Rodríguez Espinoza prestó sus servicios a CELEC EP por 34 años, tiempo de trabajo que sirvió de base para el pago de la compensación de retiro voluntario, acorde a las normas transcritas.

Consecuentemente, no existencia la infracción acusada por la empresa demandada respecto a los art. 6 y 7 párrafo primero del Código Civil, del principio y reglas sobre la irretroactividad, ni tampoco del art. 23 de la LOEP y del art. 82 de la Constitución.

IX. Análisis y resolución del recurso de casación de la actora

A. Problema jurídico por el caso quinto

Respecto del recurso de casación de la parte actora, se plantean el siguiente problema jurídico a resolver:

- Determinar si el tribunal *ad quem* incurrió en infracción del art. 216 del Código del Trabajo, art. 326 numerales 2 y 3 de la Constitución; y, art. 33 y Disposición Transitoria Primera de la LOEP, al negar el derecho a la jubilación patronal, en virtud del régimen laboral que ampara a la relación laboral entre los sujetos procesales.

B. Problema jurídico: Análisis y resolución

En la sentencia de segundo nivel, en la parte expositiva y motiva, este tribunal de casación observa que, el tribunal *ad quem* fijó 3 puntos de debate: 1) *Bonificación de Desahucio*, 2) *Jubilar* (SIC) *patronal que reclama el actor* y 3) *Retiro voluntario*; para resolver estos, tuvo como hechos ciertos y probados, los siguientes:

a. El tiempo de servicio entre CELEC EP y la señora Rosa Rodríguez Espinoza es de 34 años, por las diferentes subrogaciones de derechos laborales habidas con sus otras

empleadoras, y admitidos por las partes al invocar el caso quinto del art. 268 del COGEP.

b. La última remuneración fue de $ 1.191,88; correspondiente a diciembre de 2015.
c. El régimen laboral de la señora Rosa Rodríguez Espinoza con CELEC EP es la de:

servidora pública de carrera; según lo ha calificado el tribunal *ad quem*.

d. La prestación de servicios terminó el 31 de diciembre de 2015, por Retiro Voluntario, según el art. 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

El fallo del tribunal *ad quem*, de fecha 01 de agosto de 2019, resolvió que el vínculo laboral con la señora Rosa Rodríguez Espinoza y CELEC EP, era de servidora pública de carrera, y no de obrera. Es decir, al estar amparada bajo la normativa de la LOEP y los reglamentos internos de CELEC EP, le fue negado el derecho a la jubilación y bonificación de desahucio, siendo estos, derechos, por regla general, exclusivos del régimen laboral regulados por el Código del Trabajo.

El caso quinto del art. 268 del COGEP prevé la existencia de un error en la premisa normativa, sea por falta o indebida aplicación o errónea interpretación, trayendo como consecuencia un error en el resultado del silogismo jurídico planteado. Se trata de un error *in iudicando*. Por consiguiente, en el caso quinto está proscrito la revisión y análisis de los hechos probados o determinados como ciertos o las calificaciones jurídicas a estos hechos, ya que la infracción no recae sobre los hechos que

el juzgador ha fijado como ciertos, sino sobre la norma sustantiva.

En el caso en concreto, la actora acusó la errónea interpretación del art. 216 del Código del Trabajo, por lo que este tribunal considera oportuno realizar la siguiente precisión.

Con respecto a la errónea interpretación de la norma sustantiva, Humberto Tercero Bello (2017), en su obra La Casación Civil anota: "(...) *se configura en aquellos casos, donde el operador de justicia, no obstante a reconocer la existencia y aplicación al caso en concreto de la norma de derecho, yerra en cuanto a la interpretación de su contenido o bien dándole un alcance que no tiene la norma,*". Es decir, en este caso en concreto, el juzgador *ad quem* debió al menos aplicar el art. 216 del Código del Trabajo, al caso bajo su conocimiento, otorgándole una sentido o alcance que no corresponde, para encasillar la acusación de errónea interpretación; sin embargo, este tribunal de casación observa que el Juez Plural en su sentencia NUNCA aplica dicha norma, pues la descarta, alegando que a la prestación de servicios entre los sujetos procesales no le es aplicable el Código del Trabajo, sino la LOEP y las regulaciones internas del empleador.

Siendo la jubilación patronal una figura exclusiva de las relaciones laborales sujetas al régimen del Código del Trabajo, es imprescindible que el Juez Plural haya calificado a la existencia de una relación laboral entre los sujetos procesales sujeta al Código del Trabajo. Lo cual no sucedió, ya que se la calificó como una servidora pública de carrera, en los términos del art. 18 literal b) de la LOEP, es decir no vinculada al Código del Trabajo, por qué no tiene derecho a la jubilación patronal, beneficio exclusivo de quienes tienen la calidad de trabajadores u obreros. (*Sentencia No.79-16-IN/22, Caso No. 19-16-IN; Corte Constitucional del Ecuador; Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet; 29 de junio de 2022; Pág. 61 y 66*).

Por lo tanto, de acuerdo con la fundamentación de la parte recurrente, este tribunal de mayoría advierte que a la parte actora le fue admitido el recurso de casación por el caso quinto, lo cual proscribe a este tribunal de casación de analizar o revisar los hechos que el Juez Plural fijó cómo ciertos o las calificaciones jurídicas a estos hechos, a más de que la parte actora, en virtud del caso quinto, expresa su conformidad con los hechos que el Juez Plural ha fijado como ciertos y probados, y sin tener nada que refutar. Sin embargo, del recurso de casación de la parte actora, se puede advertir que en varios pasajes de su argumentación, se pretende que se revise la prueba, lo cual está proscrito por la causal quinta.

Consecuentemente, este tribunal no evidencia la existencia del yerro acusado por la parte actora, sobre el derecho de la jubilación patronal qué considera le asiste.

X. Decisión

Por los argumentos expresados, 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**, no casa el fallo dictado por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, de fecha 01 de agosto de 2019, a las 11h52. **Cúmplase y Notifíquese**.-

f) Dra. Enma Tapia Rivera, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Julio Enrique Arrieta Escobar, CONJUEZ NACIONAL; Dra. Liz Mirella Barrera Espin, CONJUEZA NACIONAL.

VOTO DE MINORÍA

Jueza Ponente: Dra. Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
VISTOS: ANTECEDENTES.-

a) Relación de la causa impugnada: En el juicio laboral seguido por Rosa Elena Rodríguez Espinoza en contra de la Empresa Pública Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP, en la persona de su representante legal, ingeniero Ángel Gonzalo Uquillas Vallejo, en su calidad de gerente general; el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dictó sentencia el 1 de agosto de 2019, las 11h52 y resolvió:

> "[...] en los términos de esta sentencia rechaza el recurso de apelación propuesta por la parte demanda y **REFORMA** el fallo venido en grado. Disponiendo que el demandado **LA EMPRESA PUBLICA CORPORACION ELECTRICA DEL ECUADOR CELEC EP**, en la persona de su represente

legal el Ingeniero **ANGEL GONZALO UQUILLAS VALLEJO**, en calidad de Gerente General por los derechos que representan a la parte demandada, paguen a la actora **ROSA ELENA RODRIGUEZ ESPINOZA**, lo dispuesto en la liquidación practicada corrigiendo lo dispuesto por los siguientes rubros: por reliquidación de Retiro Voluntario $ 354.00 x 5 x 34 años laborado= $ 60.180.00, menos valor recibido $ 47.790,00 (acta de finiquito) = dando un **total $ 12.390,00.** Sin costas ni honorarios en esta instancia al haberse resuelto por el mérito de los autos. En la lectura de la resolución oral la parte actora interpuso recurso horizontal de aclaración, respecto del tiempo de servicio calculado por la Sala en 34 años y no 36 años, como argumenta dicho justiciable y la razón es obvia al compararse la prueba documental de **fs. 4** con la **fs. 36**. En el computo se excluyó la compañía que no constan en el certificado conferido por la demandada que es "WordPlace Cía. Ltda.".,, por lo que resultaron 408 imposiciones que dividido para 12 dando 34 años, razón por la que se desecha la aclaración al no existir nada oscuro que aclarar, conforme al artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos. De esta manera también se absolvió la consulta de ley por tratarse de una Empresa Pública. Ejecutoriado devuélvase al proceso a la Unidad Judicial de origen. [...]"

Inconforme con esta decisión, las partes procesales interponen recursos de casación. Recibido el proceso en la Corte Nacional de Justicia, en auto de fecha 7 de octubre de 2019, las 14h31, se dispone completar y aclarar, hecho lo cual, en auto de 16 de octubre del 2020, las 12h29, se manifiesta: "[...]**RESUELVE, admitir parcialmente** el recurso de casación deducido por Rosa Elena Rodríguez Espinoza, y **admitir** el recurso de casación deducido por el Ing. Juan Félix Medina Moreira, en calidad de Gerente de la Negocio Electroguayas de la Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP, y apoderado especial del Gerente General de la mencionada Corporación [...]"; correspondiendo a este tribunal "[...] entrar a conocer y resolver el fondo de la cuestión para pronunciarse respecto de la procedencia o no del recurso de casación presentado [...]" (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia Nro. 031-14-SEP-CC publicada en el suplemento del Registro Oficial Nro. 222, de 9 de abril de 2014), y para hacerlo se considera:

PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: La competencia de este Tribunal se ha radicado en mérito del sorteo realizado de conformidad a lo dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, cuya competencia para conocer el recurso de casación se fundamenta en lo determinado en el numeral primero del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador; y, numeral primero del artículo 191 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Según obra del acta de sorteo, la competencia para conocer este proceso correspondió al tribunal conformado por: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional (Ponente); Dra. Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional; y, Dra. Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional; ante la falta de una mayoría absoluta, al tenor de lo dispuesto en el artículo 203 del Código Orgánico de la Función Judicial, por sorteo se llamó a integrar la Sala a los señores Conjueces Nacionales (e) Drs. Liz Barrera Espín y Julio Arrieta Escobar.

Todo ello en conformidad con la resolución N° 02-2021 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que refiere a la integración de sus Salas y la Resolución Nº 04-2021, que trata de la distribución de las causas.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- Preguntadas que fueron las partes sobre el procedimiento seguido así como sobre nulidades e integración de la Sala, no realizaron impugnación alguna, advirtiendo además, que al observarse omisión de solemnidad sustancial o violación de trámite legal, se declara la validez de todo lo actuado.

TERCERO.- ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PÚBLICA CORRESPONDIENTE.

Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, una vez recibido el expediente, los suscritos jueces nacionales señalamos audiencia de fundamentación del recurso de casación, dentro del término legal de 30 días; sin embargo, ante la solicitud de las partes procesales de que se suspenda la tramitación de la causa en sede casacional, debido a que optaron por someterse a un proceso de mediación, resultado que informarían a este Tribunal para los efectos legales pertinentes, se dejó sin efecto dicho señalamiento y no se fijó audiencia durante ese tiempo. Pese a lo dicho por las partes, y ante el hecho de que no

han logrado un acuerdo que hayan informado a los juzgadores, cuando de forma insistente y durante todo el tiempo transcurrido les ha sido requerido conforme consta del expediente de casación, se fijó la audiencia para el día **jueves 29 de septiembre de 2022, a las 09h00,** en la que una vez escuchadas las partes, el Tribunal suspendió la audiencia, señalando su reinstalación para otra fecha, en la que ante la existencia de tres criterios se procedió a llamar previo al sorteo de ley, a los Conjueces Nacionales, conforme lo dispone el artículo 203 del Código Orgánico de la Función Judicial, para que haya resolución con mayoría absoluta de votos; reinstalándose la audiencia el martes 25 de octubre de 2022, en la que se pronunció en forma oral al tenor de lo dispuesto en los artículos 93 y 272 del Código Orgánico General de Procesos, la decisión de mayoría y los votos de minoría; por lo que con base a las disposiciones legales pertinentes, procedo a emitir la resolución escrita contentiva de mi voto de minoría al tenor del artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, en los términos siguientes:

CUARTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

4.1.- SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN LA DOCTRINA SEÑALA:

La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho; "[...] según señala DE LA PLAZA, el objeto de la casación, en palabras de CARAVANTES, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales; idea que, en épocas más próximas a nosotros, reitera Manresa, cuando atribuye al recurso la misión de [...] enmendar el abuso, exceso o agravio inferido por las sentencias firmes de los Tribunales de apelación cuando han sido dictadas contra ley o doctrina legal, o con infracción de las formas más esenciales y trámites más esenciales del juicio [...]" (Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 221).

A través de este recurso, se cumple, en los casos que la ley específicamente lo determina, con un fin público, al vigilar que las sentencias emitidas en niveles de instancia se ajusten a la normativa existente, al derecho vigente; permitiendo de esta manera, una verdadera seguridad jurídica al unificar la interpretación de las leyes; y, un fin privado, buscado por la parte que lo interpuso para alcanzar la defensa del derecho que considera vulnerado. El cumplimiento del primer fin, no acarrea implícitamente el segundo, sin embargo, el fin privado, de haber lugar, permite consecuentemente, el cumplimiento del fin público.

4.2.- RESPECTO A LA MOTIVACIÓN

AI tenor de lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7) letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas; no habrá motivación, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda, o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. La inobservancia de esta norma constitucional ocasiona la nulidad de la resolución.

En materia de casación la motivación se circunscribe a presentar un razonamiento jurídico con base en la normativa y principios del derecho, de ser el caso, que justifiquen porqué la sentencia recurrida por este recurso extraordinario ha infringido normas legales y contempla alguno de los errores presentados al amparo de los casos alegados o porqué los fundamentos de quien interpuso el recurso carecen de sustento suficiente para casar la sentencia; en resumen, la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la sentencia recurrida, siendo: *"el conjunto de razones y fundamentos jurídicos que sustentan el pronunciamiento"* (Tolosa Villabona, 2008, pág. 126).

La motivación se constituye así en un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento y observancia en todas las resoluciones administrativas o judiciales, convirtiéndose en el eje diferenciador entre la racionalidad y la arbitrariedad.

> *"[...] EI deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática [...]"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso Apitz Barbera y otros).

La motivación será considerada entonces como uno de los derechos de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, la Corte Constitucional, alejándose del test de motivación por el cual sostenía que:

"[...] Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad, en el lenguaje, con miras a su fiscalización par parte del gran auditorio social, más allá de las partes' en conflicto [...]" (Caso Nro. 0471-13-EP; Sentencia Nro. 075-15-SEPT-CC, que trascribe parte de la sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición Nro. 227-12-SEPCC, Caso Nro. 1212-11-EP)

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 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.

Lo anteriormente señalado guarda relación con lo establecido en el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, que hace referencia a que una sentencia motivada es aquella que enuncia las normas o principios jurídicos en que se funda y explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, explicando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho.

En 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.

Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación y acatando el criterio referido últimamente por la Corte Constitucional, este Tribunal fundamenta su resolución en el análisis aquí vertido.

QUINTO.- RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO POR EL ING. JUAN FÉLIX MEDINA MOREIRA, EN SU CALIDAD DE GERENTE DE LA UNIDAD DE NEGOCIO ELECTROGUAYAS DEL CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR CELEC EP Y APODERADO ESPECIAL DEL GERENTE GENERAL.

Conforme a la impugnación de la parte demandada, esta circunscribe su ataque a la sentencia recurrida al amparo del caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

5.1.- CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO CINCO:

"[...] 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto [...]".

Este caso contempla vicios *"in iudicando"*, esto es, cuando se acusa a la sentencia de violación directa de la norma sustantiva o de precedentes jurisprudenciales obligatorios cuya trasgresión ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia. Por este caso, los reproches probatorios son inadmisibles, pues se configura cuando no se han subsumido adecuadamente los hechos fácticos probados y admitidos dentro de la hipótesis normativa, ya porque se ha aplicado una norma jurídica que no pertenece, ya porque no se ha aplicado la que concierne o porque aplicando la que corresponde se la ha interpretado de manera errada al momento de emitir el fallo. A su vez, tomando en cuenta que estos cargos son independientes y se excluyen entre sí, al no determinarlo o escoger el incorrecto, el recurso puede no surtir los efectos que la o el recurrente espera.

Quien interpone un recurso de casación debe tener presente al momento de fundamentarlo, que toda norma sustancial tiene dos partes: un supuesto de hecho y un efecto jurídico y en el caso de no contenerlo debe complementarse con otra u otras normas, para así formar una proposición jurídica completa en la que se distinga claramente estas partes, sobre ello el Dr. Santiago Andrade Ubidia sostiene: "[...] Respecto de la causal primera, también es imprescindible realizar la "proposición jurídica completa [...] no es suficiente señalar una

norma de derecho sustantivo, sino que deberá examinarse si ella contiene una proposición jurídica completa, ya que de no serlo, es necesario precisar todas las disposiciones legales que la constituyen [...]" (Dr. Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 203).

5.2.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.- Con base en el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, considera como normas de derecho infringidas los artículos 82 de la Constitución de la República del Ecuador; 6 y 7 primer inciso del Código Civil; y, 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

5.3.- ALEGACIONES DEL RECURSO DE CASACIÓN.- Con sustento en el caso cinco del artículo 268 del COGEP, el casacionista por medio de su defensa técnica alega en lo medular:

- Que, el actor en su demanda impugnó el acta de finiquito celebrada con su representada, reclamando la reliquidación por retiro voluntario, el pago de la bonificación por desahucio y el pago de la jubilación patronal a cargo de los empleadores.
- Añade que, en la sentencia expedida por el Tribunal de apelación, se le ordena el pago por concepto de diferencia en el retiro voluntario, en la cantidad de USD. 12.390.00.
- Asimismo afirma, que el derecho a percibir la bonificación por retiro voluntario, es una institución jurídica que no se encuentra contemplada en el Código del Trabajo, por el contrario, se encuentra prevista en el artículo 23 de la LOEP.
- Cita el contenido del artículo 23 de la LOEP, para luego señalar, que el requisito para acceder a esta bonificación consiste en ostentar la calidad de servidor u obrero de una empresa pública, mientras que el monto resulta de la multiplicación del salario básico unificado del año 2015 por cada año de servicio en la respectiva empresa pública. Indica que, el cómputo de plazo de los años de servicio se efectúa por año completo sin tomar en consideración la fracción de año, siempre en relación con la empresa pública empleadora del trabajador.
- Señala que, el derecho a percibir el beneficio por retiro voluntario surge con la expedición de la LOEP, publicada en el S.R.O. No. 48 del 16 de octubre de 2009. Siendo que, al amparo de la mencionada Ley, su representada la Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP, fue creada mediante Decreto Ejecutivo N° 220 de 14 de enero de 2010, publicada en el R.O. N° 128 de 11 de febrero de 2010.
- Alega también, la falta de aplicación de las normas que regulan la irretroactividad de las leyes, como consecuencia del derecho a la seguridad jurídica, puntualmente los artículos 6 y 7 inciso primero del Código Civil y artículo 82 de la Constitución de la República, dado que el derecho a percibir la bonificación por retiro voluntario, por parte de los trabajadores y servidores de las empresas públicas, surge recién a partir de la publicación y vigencia de la LOEP, publicada en el S.R.O. N° 48 de 16 de octubre de 2009.
- Refiere que si bien dentro del expediente, consta un certificado extendido por la Jefa de Talento Humano de la Unidad de Negocio ELECTROGUAYAS DE CELEC EP, en el que se indica, que la parte actora laboró en "*Inecel desde junio 1979*", documento en base al cual el Tribunal de alzada, les condenó al pago de la reliquidación por concepto de retiro voluntario USD. 12.390.00, mismo que considera debió ser apreciado en conjunto, aplicando las reglas de la sana crítica, pero sobre todo, aplicando los principios generales del derecho, entre ellos el de irretroactividad de la ley.
- Finalmente manifiesta que, no se encuentra en duda la existencia de la relación laboral, sino los años de servicio de la parte actora para con la demandada, exclusivamente para efectos del cálculo de la bonificación por retiro voluntario, esto es, si todos los años habidos dentro de la relación laboral son computables para la multiplicación por los salarios básicos unificados indicados en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

5.4.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.- De conformidad con los cuestionamientos vertidos por el recurrente, el problema jurídico a dilucidar bajo el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, es:

- Determinar si el tribunal *ad quem* aplicó indebidamente el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al tomar como fecha de inicio de la relación laboral un tiempo que no se corresponde con la vida jurídica de CELEC EP y con base en aquél, disponer que se reliquide la bonificación por retiro voluntario.

5.4.1.- Para resolver sobre el cargo alegado en casación, es necesario remitirnos a la parte pertinente

de la sentencia emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que en su parte pertinente dice:

> "[...] Al respecto la sala con vista de auto y la prueba documentales que obra de fs. 36, respecto al certificado conferido por la parte demandada que contiene el tiempo de servicio de la actora con el detalle puntual de 1979 hasta febrero del 2010, coincidente con el documento del tiempo de servicio del empleador que corre de fs. 4, conferido por el Instituto de seguridad social nos da un total 34 años de servicios, en el sector eléctrico publico ecuatoriano porque la parte demandada a pesar de sus argumentos que ciertas compañías no pertenece este sector por privadas no lo demostró de autos y en contrario confirió la certificación incluyendo a todas para las cuales trabajo la actora por lo que no hay lugar que se tome en cuenta el inicio de la relación laboral del año 2008, como se aduce en el acta de finiquito tratando de llevar al error a los juzgadores, por lo que se confirma el tiempo de servicio tomando en cuenta el número imposiciones que son 408 ÷ 12 = 34 años, que contiene de fs. 4 [...]".

Partiendo de lo señalado en la sentencia impugnada, la parte recurrente en atención al caso invocado, está reconociendo que el tribunal de instancia acertó sobre los hechos justificados con la prueba, así, tenemos que, el ex trabajador laboró en la Empresa INECEL, Instituto Ecuatoriano de Electrificación desde el mes de junio de 1979 hasta febrero de 2010, según el certificado emitido por Alicia Bustamante L., Jefe de Talento Humano de la Corporación Eléctrica del Ecuador, CELEC EP - Unidad de Negocios ELECTROGUAYAS, instrumento que fue anunciado como prueba a favor de la accionante, a su vez, a fojas 4 consta el documento alusivo a la historia laboral del tiempo de trabajo por empresa del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que da cuenta, que laboró hasta el 31 de diciembre de 2015, es decir por un lapso de 34 años, atento lo señalado en la aclaración con respecto a la exclusión del tiempo que habría trabajado para la compañía *"WorPlace Cía Ltda"*.

En este sentido, en cuanto a las acusaciones formuladas respecto del artículo 23 de la LOEP, que prevé:

> "[...] **RETIRO VOLUNTARIO.-** Los servidores u obreros de las empresas públicas que terminen la relación laboral por retiro voluntario, recibirán el pago de un monto de hasta siete salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio, y hasta un máximo de 210 salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado, a partir del año 2015, de conformidad con el salario básico unificado vigente al 1 de enero del 2015. El Reglamento General de esta Ley establecerá los requisitos para los programas de retiro voluntario [...]".

Es necesario remitirnos al inciso tercero de la Transitoria Primera del citado cuerpo legal, que dispone: "[...] El personal que actualmente trabaja en las empresas públicas o estatales existentes continuará prestando sus servicios en las empresas públicas creadas en su lugar, de conformidad con su objeto, bajo los parámetros y lineamientos establecidos en esta Ley, no se someterán a periodos de prueba. En consecuencia el régimen de transición previsto en estas disposiciones, incluidas las fusiones, escisiones y transformaciones no conllevan cambio de empleador ni constituyen despido intempestivo. En caso de jubilación, desahucio o despido intempestivo, se tomarán en cuenta los años de servicio que fueron prestados en la empresa extinguida y cuya transformación ha operado por efecto de esta ley, sumados al tiempo de servicio en la nueva empresa pública creada, con los límites previstos en esta Ley [...]"; y, a lo dispuesto en el artículo 89 del Manual de Administración del Talento Humano de la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP, documento que también fue anunciado como prueba a favor de la parte demandada, que regula:

> "[...] **Retiro voluntario.-** Conforme lo determina el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, los servidores **y obreros de la empresa** que terminen la relación laboral por retiro voluntario, recibirán el pago de un monto de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado en general por cada año de servicio en el sector público, y hasta un máximo de 210 salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado. Para efectos de cobrar el retiro voluntario, el servidor u obrero deberá cumplir los siguientes requisitos: 1. Haber laborado en la empresa al menos cinco años consecutivos, o en general haber laborado en otras empresas

públicas o en el sector público ecuatoriano por al menos diez años ininterrumpidos o no; 2. No haber recibido indemnización por venta de renuncia de conformidad con lo previsto por el artículo 52 de la Ley de Modernización del Estado. 3. No haber recibido indemnización de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Mandato Constituyente 2; y, 4. Los demás que de forma específica prevea la normativa interna expedida por el Gerente General, previo estudio del aérea de Talento Humano. El monto que se pagará al servidor u obrero estará en relación con los años de servicio trabajados [...]".

5.4.2.- Dentro de este contexto tenemos que, la bonificación por retiro voluntario establecida en el artículo 23 de la LOEP, publicada en el R.O. No. 48 de 16 de octubre de 2009, para su cálculo considera el tiempo de servicio del trabajador y el salario básico unificado del trabajador privado en general; aspectos que han sido considerados en el Manual de Administración del Talento Humano de la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP, siendo uno de los requisitos previstos en el artículo 89: "[...] Haber laborado en la empresa al menos cinco años consecutivos, o en general haber laborado en otras empresas públicas o en el sector público ecuatoriano por al menos diez años ininterrumpidos o no [...] El monto que se pagará al servidor u obrero estará en relación con los años de servicio trabajados [...]"; es decir, el reconocimiento de esta bonificación no tiene relación con la fecha de la creación de la entidad demandada o con la publicación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sino con los años de servicio del ex trabajador en el sector público, que según el historial de tiempo de trabajo por empleador, el certificado emitido por el departamento de talento humano de la propia empresa, tenemos que, **la demandante laboró en el sector público por un lapso de 34 años**, tiempo que los jueces de instancia contemplan para el pago de la bonificación por retiro voluntario; consecuentemente, no se ha incurrido en la falta de aplicación de los artículos 6 del Código Civil, que dice: "La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces.", ni tampoco de lo establecido en el artículo 7 inciso primero ibídem, que establece: "La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; [...]", puesto que, los juzgadores aplicaron la normativa legal que corresponde al asunto materia de análisis, vigente al tiempo de la terminación de la relación laboral sin que por tanto exista la irretroactividad alegada, sobre la que el jurista argentino, Julio Cesar Rivera, nos ilustra:

> "[...] es claro que las nuevas leyes han de regir las situaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a su entrada en vigencia. [...]".

A su vez la académica chilena Mónica Madariaga Gutiérrez, expresa:

> "[...] l*a norma de derecho, por su propia naturaleza, es prefigurativa de una determinada conducta. Esto significa que los preceptos jurídicos, por su esencia misma, y justamente en la medida en que regulan prefiguratívamente la conducta humana, no pueden regir el pasado donde esa conducta ya se consumó y se agotó en el tiempo [...]"* (Madariaga Gutiérrez, Mónica. Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI 2da. ed. Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1993, pp. 168 - 169.).

Para complementar lo dicho, vale señalar que la seguridad jurídica "[...] se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes [...]" (Art. 82 de la Constitución de la República), misma que "[...] se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela [...]". "[...] En base a lo expuesto, el derecho a la seguridad jurídica es una garantía de certeza de que los derechos serán respetados; o una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con procedimientos establecidos; es decir, el derecho constitucional a la seguridad jurídica implica la confiabilidad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley, sin quedar sujeto a arbitrariedad y a los cambios normativos, de ahí su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues cuando se respete lo establecido en la Constitución y la ley se podrá garantizar el acceso a una justicia efectiva imparcial y expedita [...]" (Tomado de Corte

Constitucional. Sentencia No. 127-12-SEP- CC. CASO No. 0555-10-EP); principio que ha sido aplicado por los jueces de instancia al sustentar su fallo en las normas pertinentes de nuestro ordenamiento jurídico y que sirvieron de sustento para resolver el asunto puesto a su conocimiento.

Por lo señalado, se observa, que en el fallo recurrido no se han transgredido las disposiciones legales y constitucionales alegadas, en tal virtud, no prospera la acusación efectuado bajo el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

SEXTO.- RECURSO DE CASACION PRESENTADO POR LA ACTORA ROSA ELENA RODRÍGUEZ ESPINOZA.

Conforme a la impugnación de la parte actora, ésta circunscribe su ataque a la sentencia por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

6.1.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.- Con sustento en el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, considera infringidos los artículos 326 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador; 216 del Código del Trabajo; 33 y Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas LOEP.

6.2.- ALEGACIONES DE LA PARTE ACTORA EN EL RECURSO DE CASACIÓN.-

Fundamenta su recurso bajo el caso cinco del artículo 268 del COGEP, alegando en lo principal:

> "[...] ¿Cuál es el derecho que se encuentra justiciable y controvertido para la sala?, respondemos es el derecho a la Jubilación Patronal y la determinación del tiempo de servicios, como consecuencia de haber laborado por más de treinta y siete años. Sobre este punto la sala ad-quem ha manifestado, que el documento en conjunto con el del IESS suman solamente treinta y cuatro años de servicio. De la prueba documental que obra de fs. 36, esto el certificado conferido por la parte demandada que contienen el tiempo de servicio presentado como prueba con el detalle puntual de 1979 hasta febrero del 2010, y con el elemento que continuado laborando para la empresa pública hasta el 2015 ciertamente mi labor es de treinta y seis años de servicio lo que significa incongruencia entre lo aceptado como elemento probatorio que es el certificado en mención y la decisión judicial que suma menor cantidad de servicios que significa lesionar mi derecho a aumentar la liquidación que la ley me otorga. Debe tenerse en cuenta que no puede dividirse el contenido documento en mención ya que por un aparte se lo acepta y por otra parte se disminuye en su valor jurídico. Para ello la sala ha tomado como sustento normativo este orden: Ley Orgánica de Empresas Publicas, y un Manual de Talento Humano de CELEC-EP, y como norma supletoria el Código del Trabajo [...] La interpretación de la sala no es conforme con la constitución, ya que al considerar que la llamada codificación o regulación interna de CELEC es vinculante sin considerar la jerarquía constitucional, contradice en forma expresa la norma suprema; olvida que su deber es respetar en todas sus interpretaciones normativas la supremacía constitucional [...] Debe entender la sala que las normas constitucionales son erga omnes y las reglamentarias de la llamada codificación de CELEC, son inter partes, pero cuando interpretamos estas normas, las unas vinculantes y las otras de simple observación, de ninguna manera debemos dejar de interpretar en la forma como la supremacía de la norma erga omnes se asienta por encima de la codificación que ha conducido a la sala a errar a la interpretación [...] No tomar en cuenta lo mencionado en la Constitución como en el Código de Trabajo, violenta la seguridad jurídica y erra en la interpretación; por ello decimos que los jueces han elegido la norma pertinente, esto es la Ley de Empresas Públicas y el Código del Trabajo, pero se han engañado sobre su significado y el da un sentido o alcance que no tiene, esto quiere decir, que no se trata de un error en la interpretación de la norma material al caso que correspondía, sino que se aplica esta norma, pero se yerra a la hora de interpretarla dándole un sentido que no le corresponde, cuando está suficientemente claro que debe interpretar la constitución en forma literal, ya que el Manuel de CELEC EP no puede de ninguna manera enervar ni sustituir normas vinculantes para los operadores de justicia. Si el instructivo codificación o reglamento es contrario a la Constitución, a la LOEP, y al Código del Trabajo, NO PUEDE SER SUSTITUTIVO DE ELLAS [...] Lo expuesto en forma

clara hace expresar de parte de los jueces de la Sala Laboral un divorcio entre los derechos y la justicia, y a la VEZ PELIGROSA Y SUBJETIVA QUE ATENTA CONTRA EL DERECHO PROTECTOR DEL ESTADO A LOS TRABAJADORES [...] Está claro no hay para la sala de la Corte Nacional ninguna norma que impida que un trabajador de empresas publicas si ha logrado mantener relación laboral con ella, por supuesto luego del tracto sucesivo desde las otras empresas del Estado, como es el presente caso, **que este goce de su derecho a la jubilación patronal, por lo que el referido Manual de Administración de Talento Humano no puede ser un instrumento para negar un derecho que reconoce la norma constitucional y la jurisprudencia** [...] la misma LOEP incorpora como normas supletorias al Código del Trabajo, y este si menciona la figura jurídica de la Jubilación Patronal, así mismo al LOEP, en su disposición transitoria primera [...] Consta en forma eficiente el rubro jubilación patronal, y en forma expresa se solicita que la liquidación sea realizada con datos e información de los roles de pago que debe proporcionar la parte demandada. No puede pretender la sala que la parte demandada se beneficie de su obligación incumplida de proporcionar los roles de pago que se encuentran en su poder y no de la trabajadora, pero asimismo los jueces [...] erran al interpretar que debemos realizar la liquidación de la pensión jubilar cuando por disposición de la Corte Nacional de Justicia, son los jueces quienes están obligados a realizar en forma directa estas liquidaciones en beneficio a la garantía de los derechos de los trabajadores [...] Está claro que la norma en vigencia establece **mi condición de enferma auxiliar está sujeta al Código del Trabajo** y no soy **una trabajadora de carrera, como indebidamente lo ha interpretado la sala** [...]".

6.3.- PROBLEMA JURÍDICO A DILUCIDAR RESPECTO DE LA ACTORA.- De acuerdo con lo expuesto al fundamentar el recurso de casación, el problema jurídico se contrae a lo siguiente:

- Determinar si el tribunal *ad quem* incurrió en infracción del artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República, artículo 33 y Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al no reconocer la jubilación patronal de conformidad con el artículo 216 del Código del Trabajo, pese a que ha laborado para el sector eléctrico por más de 25 años en calidad de *"asistente de enfermería"*.

6.4.- EXAMEN DEL CARGO ALEGADO: A fin de dilucidar si los cargos formulados tienen sustento jurídico, y teniendo en cuenta que el recurso de casación es "[...] un ataque a la sentencia; una imputación de que ha infringido la ley o quebrantado las formas esenciales del juicio, o de ambas cosas a la vez [...]" (Martínez Escobar, La Casación en lo Civil, 1936, pág. 1), y en razón del principio dispositivo al cual se refiere la Constitución de la República del Ecuador en el numeral sexto del artículo 168 *"[...] La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo [...]"*.

Entendiendo este principio, como la limitación de las actuaciones de los juzgadores al impulso procesal de las partes, que, en materia de casación, se traduce en la restricción de las acusaciones formuladas en los términos expuestos en el respectivo recurso, las cuales, además de contener los requisitos indispensables exigidos por ley, deberán cumplir con el tecnicismo específico requerido para cada una de las causales invocadas, en razón de lo cual, este tribunal considera lo siguiente:

En el caso *sub judice*, en la sentencia recurrida el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, haciendo referencia a esta impugnación ha establecido que:

"[...] SOBRE EL DESAHUCIO.-En lo que tiene que ver con el pago del desahucio, indica el actor que en el acta de finiquito consta que se le reconoce el valor por desahucio, sin embargo le descuentan dicho valor, y que en virtud de que el vínculo laboral concluyó por desahucio es procedente el pago de dichos valores; por su parte el accionado al respecto manifiesta que el actor no tiene derecho a recibir ningún valor por este concepto por cuanto la relación con el trabajador termino por retiro voluntario, y así lo reconoce el trabajador en su demanda, que el Juez de primer nivel, ordena el pago por este concepto basándose únicamente contenido del Acta de Finiquito, que menciona que la relación laboral terminó por acuerdo

entre las partes y por ello tiene derecho a la bonificación que determina el art. 185 del Código de Trabajo ; que el juez no se dio cuenta que la relación laboral no terminó por ninguna causal del art. 169 del Código de Trabajo si no por lo que determina el art. 23 de la Ley Orgánica de Empresas Publicas LOEP, esto es, por Retiro Voluntario y los valores a recibir. **En este punto el Tribunal señala** que ante la duda suscitada respecto a que si la compensación por retiro voluntario es independiente de la bonificación por desahucio, en el Registro Oficial N° 673 Miércoles 20 de enero de 2016 17 EMPRESAS PÚBLICAS: RÉGIMEN LABORAL of. PGE. N°: 03702 de 25-11-2015 consultante: EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS EPMTP consultas '"¿Es procedente cancelar, adicionalmente, a los servidores de la empresa que se acogen a la compensación por retiro voluntario contenida en el Art. 23 de la LOEP, la bonificación por desahucio?" Respuesta: "En atención a su consulta se concluye que, respecto de los servidores de carrera y obreros de una empresa pública, cuya cesación se hubiere producido en el contexto de un programa de retiro voluntario, que hubieren percibido la bonificación que por tal concepto establece el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, no procede que adicionalmente se les cancele la bonificación por desahucio establecida por los artículos 184 y 185 reformados del Código del Trabajo, pues no se puede duplicar el beneficio que el servidor percibe por su cesación, por lo que el pago de una bonificación excluye el de la otra. Finalmente, es pertinente reiterar que según se analizó al atender su primera consulta, **la renuncia del trabajador una vez aceptada por el empleador, da lugar a que la relación de trabajo termine por acuerdo de las partes, según el numeral 2 del artículo 169 del Código del Trabajo** y el análisis efectuado en mi pronunciamiento contenido en oficio No. 19356 de 29 de octubre de 2014; por lo que dicha renuncia es distinta de la renuncia voluntaria que da lugar al pago de la bonificación establecida por el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que como ha queda expuesto se produce como parte de un programa de retiro voluntario de servidores, implementado por la respectiva empresa pública, para estimular a sus servidores a cesar acogiéndose a dicho mecanismo. **En consecuencia siendo clara la respuesta a la consulta realizada la Procuraduría General del Estado,** este Tribunal **niega el pago por concepto de desahucio que dentro de sus pretensiones reclama el accionante.-10.10).-SOBRE LA PENSIÓN JUBILAR PATRONAL.-En cuanto a la jubilación patronal que reclama la parte actora en este nivel amparada en el artículo 216 del Código de Trabajo** resulta incontrastable resolver que **no es aplicable al caso esta norma jurídica en concreto por los argumentos jurídicos anteriormente indicados**, **de lo que el régimen legal que rige el vínculo contractual interpartes, es la ley orgánica de empresas públicas y los reglamentos expedidos por talento humano de la empresa pública demandada la que no contempla la figura jurídica de jubilación patronal,** restando juridicidad normativa al más que la parte actora desde su demanda y exposiciones orales no cumple con el requisito fundamental proporcionar a los juzgadores "El haber jubilar que debió hacerlo obligatoriamente en el acervo probatorio bien sea como prueba documental o prueba testimonial y producirlo de manera útil pertinente y conducente conforme al artículo 160 del COGEP", **ni tampoco reclama el especifico el valor mensual de la jubilación patronal y incumpliendo el principio dispositivo previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Función Judicial** que dispone: "Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada por Juezas y Jueces resolverán de conformidad con lo fijado por partes del objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley, "Que se plasma en la demanda de conformidad con el artículo 575 del Código de Trabajo en armonía con el artículo 142 del Código Orgánico General de Proceso. Además que dicho régimen legal es producto del mandato contenido en el artículo 230 de la Constitución de la Republica, con relación laboral de la actora que no son propias del

Código de trabajo como obreras para ordenar el pago de la jubilación patronal a la enferma que demanda en esta acción.- [...]" **(énfasis añadido).**

De la sentencia en cita, se tienen como hechos establecidos los siguientes:

- La accionante Rosa Elena Rodríguez Espinoza, prestó sus servicios para la empresa CELEC EP desde 1979 hasta el 31 de diciembre de 2015, excluyendo el periodo de octubre de 2001 a junio de 2003 (Compañía Workplace Cía. Ltda.). A esta conclusión arribaron los jueces, en virtud de que la entidad demandada habría asumido el tiempo anterior laborado en las compañías, conforme la prueba documental producida en el expediente, tales como: detalle del tiempo de servicio por empleador del IESS, aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, certificado de trabajo emitido por el Jefe de Talento Humano de la CELEC EP, en relación con el acta de finiquito que fue impugnada.
- Que el cargo que desempeñó la accionante fue de *"asistente de enfermería".* Advirtiendo en este punto, que en su acto de proposición, la actora afirmó que laboró en calidad de asistente de enfermería, actividad que la parte empleadora en ningún momento adujó se trataba de aquellas que puedas ser catalogadas como de servidora pública, de ahí que inclusive el juez de primera instancia, en el numeral 8.4 de su sentencia afirma, que el vínculo laboral no es materia de controversia cumple con los requisitos del artículo 8 del Código del Trabajo, que dice: *" Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre.",* por lo que llama la atención que en lo posterior de su fallo dicho juzgador, niegue el derecho a la jubilación patronal exigido por la actora, aduciendo que se trata de una servidora pública en virtud de que consideran que sus funciones son de servidora pública. En torno a este aspecto, también se verifica que la parte demandada en la fundamentación de su recurso de apelación, en ningún momento niega la calidad de obrera de la accionante, siendo materia de inconformidad únicamente en lo relativo al pago de la bonificación por retiro voluntario, pese a aquello, el juzgador plural señala que al cumplir la actividad de **asistente de enfermería**, se trata de una servidora pública.

Ahora bien, conforme se verifica de la sentencia de apelación, los jueces sustentan la negativa al pago de la jubilación patronal prevista en el Código del Trabajo, bajo el análisis que habrían efectuado para negar la bonificación por desahucio contemplada en el artículo 185 del Código del Trabajo, que se circunscribe al hecho de que el retiro voluntario para los servidores, implementado por la respectiva empresa pública, se da para estimular a los servidores a cesar acogiéndose a ese mecanismo, así también señalan que, la actora en la demanda no ha fijado el valor específico mensual de la jubilación patronal y que por tanto, su régimen legal es producto del mandato contenido en el artículo 230 de la Constitución de la República, que establece: "*En el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley: 1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita. 2. El nepotismo. 3. Las acciones de discriminación de cualquier tipo."* y, que la relación laboral de la actora no es propia del Código del Trabajo, como obrera para ordenar el pago de la jubilación patronal a la *"enferma que demanda en esta acción."*, se entiende que esta última expresión, quiere decir enfermera y no enferma, tratándose de un error de escritura.

En este contexto se verifica que, los jueces resuelven negar el derecho a la jubilación patronal, en virtud de que asimilan el cargo de *"asistente de enfermería"* al de *"enfermera"*, de ahí que de acuerdo a la norma constitucional invocada, que por cierto, citado su contenido (art. 230 CRE) no guarda relación con el análisis que efectúan, otorgan un régimen laboral distinto a la accionante, en relación a su cargo, lo que no ha sido objeto de controversia; para explicar lo dicho, es necesario recurrir al Diccionario de la Lengua Española, que refiriéndose al vocablo "asistente" dice*: "Del. Lat. Asistens,-entis) p.a. de asistir. Que asiste. [...]";* por su parte asistir, en la acepción que más se ajusta a la actividad de la accionante que se encuentra en el marco de la salud, significa *"tratándose de enfermos, cuidarlos y procurar su curación",* así también se entiende por

enfermería *"Local o dependencia destinados para enfermos o heridos."*[1]. Siguiendo con el análisis, enfermero/a significa *"persona destinada a la asistencia de los enfermos"*.

De lo anotado se puede colegir, que tanto la asistente de enfermería como la enfermera, prestan un servicio destinado al cuidado de pacientes; la diferencia radica, en que el asiste o auxiliar de enfermería, se encarga de los cuidados más elementales del paciente o básicos, como alimentación, higiene, toma de signos vitales y muestras, documentar su atención médica, limpiar y esterilizar, cambiar de sabanas y preparar la camilla o cama para la atención del paciente, etc., conocimientos que fueron obtenidos tras haber recibido una capacitación que no significa cursar una carrera universitaria, es decir, que no requieren de un título universitario para poder cumplir sus actividades, generalmente cumplen sus funciones como asistente de la enfermera o del médico o equipo médico, siguiendo las indicaciones y bajo supervisión de los mentados profesionales.

Por el contrario, la enfermera es una profesional de la salud, que en virtud de los conocimientos adquiridos tras haber cursado estudios universitarios y cumplir con los requisitos para obtener su título, se convierte en enfermera, por lo que está en la capacidad de brindar atención y cuidado directo al paciente en el hospital o centro en el que cumpla su función, monitoriza el estado médico de los enfermos, alimentación y actividad física, administra medicamentos bajo la indicación del médico, prepara a los pacientes para ingreso a cirugías, verificándose y comprobando el funcionamiento de los equipos, explica indicaciones y cuidados a seguir a los pacientes de acuerdo al tratamiento que ha dado el médico. La Organización Panamericana de la Salud, ha indicado que las enfermeras están en la línea de acción en la prestación de servicios y desempeñan un papel importante en la atención centrada en la persona.[2] Lo dicho guarda relación con lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Ejercicio Profesional de las Enfermeras y Enfermeros del Ecuador, publicada en el R.O. N° 261 de 19 de febrero de 1998, que refiriéndose al ámbito de aplicación dice: *"Esta Ley ampara y garantiza* ***el ejercicio profesional de quienes hayan obtenido el título de Enfermera o Enfermero, conferido por las universidades del país legalmente constituidas*** *y de quienes habiéndolo obtenido en el exterior lo revalidaren de conformidad con la Ley."*; el artículo 6 señala: *"Para ejercer la profesión de enfermería, deberán poseer título profesional, pertenecer a su respectivo colegio profesional y cumplir con las disposiciones de los artículos 174, 175 y 178 del Código de la Salud. El ejercicio de la profesión de enfermería en el Ecuador, asegurará una atención de calidad científica, técnica y* ética; *que deberá ejecutarse con los criterios y normas de educación que establezca la Asociación Ecuatoriana de Facultades y Escuelas de Enfermería ASEDEFE y las escuelas de enfermería universitarias y las políticas, dirección, lineamientos y normas del Ministerio de Salud Pública y de la Federación de Enfermeras y Enfermeros."*, seguidamente el artículo 7 dice: *"Son competencias y deberes de las enfermeras y enfermeros: a) Ejercer funciones asistenciales, administrativas, de investigación y docencia en las áreas de especialización y aquellas conexas a su campo profesional; b) Participar en la formulación e implementación de las políticas de salud y enfermería; c) Dirigir los departamentos y servicios de enfermería a nivel nacional, regional, provincial y local; d) Dirigir las facultades y escuelas de enfermería y ejercer la docencia en las mismas, conforme a la ley y el respectivo reglamento, a fin de formar los recursos humanos necesarios; e) Dar atención dentro de su competencia profesional a toda la población sin discrimen alguno; f) Realizar o participar en investigaciones que propendan al desarrollo profesional o que coadyuven en la solución de problemas prioritarios de salud; y, g) Dar educación para la salud al paciente, la familia y la comunidad"* y, el artículo 8 del mismo cuerpo legal, establece: *"En las instituciones de la salud públicas o privadas no se* ***podrá contratar personal de enfermería que no posea los respectivos títulos profesionales*** *para el desempeño de las* ***funciones detalladas en el artículo 7 de esta Ley****."*.

Retomando sobre el análisis del cargo de auxiliar o asistente de enfermería en el contexto de la prestación del servicio dentro de una empresa, se trae a colación el Reglamento para el Funcionamiento de los Servicios Médicos de Empresas, publicado en el

[1] Vigésima edición, Tomo I, págs. 552.
[2] https://www.paho.org/es/temas/enfermeria.

R.O. N° 698 de 25 de octubre de 1978 (Acuerdo N° 1404), que en su artículo 1 señala, que el servicio médico de empresa, se basará en la aplicación práctica y efectiva de la medicina laboral, tendrá como objetivo fundamental el mantenimiento de la salud integral del trabajador, que deberá traducirse en un elevado estado de bienestar físico, mental y social del mismo; así también, el artículo 2 refiere, que dicho Reglamento rige tanto para las empresas privadas, cuanto para las de derecho privado con finalidad social o pública, así como para las de derecho público, regulará el establecimiento y funcionamiento del Servicio Médico de Empresa; señalando en el capítulo denominado *"DE LAS CONDICIONES MÍNIMAS DE LOS LOCALES DESTINADOS A SERVICIOS MÉDICOS",* artículo 10, que el Servicio Médico de la Empresa, se instalará en los locales contiguos a las Oficinas Administrativas o de Servicios Sociales y, que deberá contar con: a) Sala de espera que puede ser común para servicios afines y con los locales adecuadamente dotados de los servicios básicos de higiene, agua potable, ventilación, luz natural y/o artificial suficiente, temperatura confortable y libre de exposición al ruido y vibraciones; b) Sala de examen médico dotada del instrumental y más implementos que se determinan a continuación, en la siguiente, entre esos refiere que se deberá contar con un escritorio para el cumplimiento de actividades de la "auxiliar de enfermería", en el artículo 14 dice: *"El médico **y sus auxiliares** promoverán la formación y entrenamiento de personal para primeros auxilios.",* de lo dicho se puede deducir, que la existencia de un dispensario médico de una empresa o institución, tiene por objetivo primordial el mantenimiento de la salud integral del trabajador, para cuyo efecto se requiere de la existencia del espacio físico, implementos y equipo médico necesario y, por supuesto del personal médico y auxiliar (de enfermería) para brindar este servicio a los trabajadores.

En el caso en estudio vale la pena recalcar, que los jueces de instancia, basan su decisión en cuanto al cargo desempeñado por la accionante *"asistente de enfermería",* desde la óptica de la palabra asistente, más no es el resultado de la valoración de medios de prueba que hagan pensar que las actividades prestadas por la accionante eran de orden profesional (pues no fue objeto de controversia el cargo), a más de que sería un imposible jurídico inclusive, puesto que, al cumplir con los requisitos de la demanda, la actora justificó no ser una profesional de la salud "enfermera", por lo que como se ha analizado de acuerdo con lo estatuido en el artículo 326 numeral 16 de la Constitución de la República, que dice: *" 16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo.",* la accionante bajo la labor desempeñada como "asistente de enfermería", no es una profesional ni tampoco cumple funciones de orden administrativo, en tanto en las funciones de una auxiliar o asistente de enfermería por su denominación, priman las actividades manuales sobre las intelectuales.

Siendo así, los jueces han incurrido en infracción del artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que dice: *"En todo lo no previsto expresamente en este Tíitulo 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 relación con lo determinado en el inciso tercero de la Disposición Transitoria Primera de la LOEP, que preceptúa: " El personal que actualmente trabaja en las empresas públicas o estatales existentes continuará prestando sus servicios en las empresas públicas creadas en su lugar, de conformidad con su objeto, bajo los parámetros y lineamientos establecidos en esta Ley, no se someterán a periodos de prueba. En consecuencia el régimen de transición previsto en estas disposiciones, incluidas las fusiones, escisiones y transformaciones no conllevan cambio de empleador ni constituyen despido intempestivo. En caso de jubilación, desahucio o despido intempestivo, se tomarán en cuenta los años de servicio que fueron prestados en la empresa extinguida y cuya transformación ha operado por efecto de esta ley, sumados al tiempo de servicio en la nueva empresa pública creada, con los límites previstos en esta Ley.", así como los principios de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos contemplados en el artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República, al haber denegado el derecho a la jubilación patronal mensual y vitalicia, regulada en el artículo 216 del Código del Trabajo.

Más todavía, cuando el derecho que se encuentra en discusión en el *caso in examine*, es la jubilación patronal, derecho que ha sido concebido en la doc-

trina como: *"[...] el derecho al que tiene el trabajador para descansar recibiendo una pensión, después de haber servido a la sociedad y contribuido a su desarrollo durante largos años y haber ido perdiendo sus mejores energías y capacidades por el transcurso del tiempo o por haber quedado incapacitado por un accidente o enfermedad"*[3], su espíritu promueve el *"precautelar y proteger la vejez y ancianidad del trabajador, que se aspira sea decorosa y digna, debiendo para ello disponer de los medios económicos suficientes acordes a este noble y trascendental propósito"*[4]; y, que nace en la legislación ecuatoriana, bajo un único requisito establecido en el Código del Trabajo, esto es: "«que *el trabajador haya prestado servicios al mismo empleador por veinticinco años, por lo menos, sea que la prestación de servicios haya sido continuada, sin interrupción alguna en ese lapso, o sea que haya habido interrupción en la prestación de los servicios, caso en el cual se sumarán todos los meses, días o años que en cada período haya laborado el trabajador para el mismo empleador."*[5] Aunado a que, el Derecho Laboral en nuestro país, mantiene en su concepción y en su articulado los principios del derecho social, que se inician en la Norma Suprema, cuando garantizan al trabajador la intangibilidad e irrenunciabilidad de sus derechos y el principio *"Indubio pro labore"* en el caso de que se presenten dudas en la aplicación de normas. El Código del Trabajo desarrolla los mencionados principios confirma el amparo y protección que se debe al trabajador por considerarlo vulnerable frente al empleador. El artículo 1 de la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, principios cuyo ejercicio está determinado en el artículo 11 ibídem, destacándose el mandato del numeral 9, que determina: *"[...] El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución [...]".*
Máxime si la actora de esta causa, se trata de una persona adulta mayor, que por su avanzada edad, tiene una condición de vulnerabilidad conforme así lo prevé el artículo 35 de la Constitución de la República, estando el Estado obligado a garantizar sus derechos, como el de jubilación, por mandato expreso del artículo 37 numeral 3 ibídem.

Lo anterior, en conformidad con el artículo 426 de la Constitución de la República del Ecuador, que señala que es obligación del Juez aplicar en forma directa las normas constitucionales: "[...] y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente [...] Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos [...]" y, 427 ibídem, que prevé que las normas constitucionales se deben interpretar al tenor literal que más se ajuste a la integralidad de la Constitución y en el sentido que más favorezca a la vigencia de los derechos.
Respecto a que los auxiliares o asistentes de enfermería se encuentran bajo el amparo del Código del Trabajo, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado en los casos N° 19331-2018-00112; 17731-2585-2015; Resolución N° 00494-2017-0908-2011.
En virtud de lo cual, al tenor de 273.3 del COGEP, se corrige conforme el análisis que precede, el error en el que han incurrido los juzgadores de alzada, en cuanto a aplicación del derecho en su sentencia que guarda relación con la pretensión de la jubilación patronal, por lo que, la entidad demandada **EMPRESA PÚBLICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR CELEC EP**, debe reconocer a favor de la accionante señora **ROSA ELENA RODRÍGUEZ ESPINOZA**, las pensiones jubilares mensuales y adicionales, así como el año para los herederos en atención a la disposición del artículo 217 del Código del Trabajo, en caso de fallecimiento de la accionante.
En este sentido, la determinación de la pensión jubilar patronal mensual vitalicia se la efectúa en los términos establecidos en el artículo 216 regla primera del Código del Trabajo:

[3] Bravo Moreno, Temas Laborales y Judiciales, 2010, pág. 107.
[4] Corte Suprema de Justicia, Caso Nro. 40-2000, Registro Oficial Nro. 79, 17 de mayo de 2000.
[5] Trujillo, Derecho del Trabajo, Tomo I, 2008, pág. 569

a) Tiempo de servicio desde junio de 1979 a 31 de diciembre de 2015 = 34 años (se excluye periodo de octubre de 2001 a junio de 2003 (Compañía Workplace Cía Ltda); **b)** coeficiente 3,8731= 67 años; **c)** remuneraciones de los últimos cinco años USD. 62.195,84 (planilla de aportaciones al IESS)/5 = USD. 2.439,17 promedio anual; monto del cual se obtiene el 5%
= USD. 621.96 que multiplicado por los años de servicio (34 años) = USD. 21.146,59; dividido para el coeficiente determinado en el artículo 218 del Código del Trabajo (67 años
= 3,8731) = USD. 5.459,86; y dividido para 12= **USD. 454,99** que corresponde a la pensión jubilar patronal mensual, que acumulada **desde el 1 de enero de 2016 hasta el 30 de octubre de 2022, da un total de USD. 37.309,18.**

Por décima tercera pensión jubilar, desde el 1 de enero de 2016 hasta 30 de noviembre de 2021, el valor de **USD. 2.692,02.** No se dispone el pago del periodo comprendido entre diciembre de 2021 a noviembre de 2022, en tanto la obligación aún no se encuentra vencida.

Por décima cuarta pensión jubilar desde el 1 de enero de 2016 hasta febrero de 2022, la cantidad de **USD. 2.441,00.** No se dispone el periodo de marzo de 2022 a febrero de 2023, en tanto la obligación no se encuentra vencida.

TOTAL = USD. 42.442,20.

Cabe recalcar que, el monto que ha sido reliquidado a favor de la accionante en instancia, por aplicación del artículo 89 del Manual de Administración del Talento Humano de la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP, es una compensación o bonificación a la cual pueden acceder y beneficiarse no solo los servidores públicos sino también los obreros, cuando se hayan cumplido con los presupuestos determinados en la norma, por lo que se trata de un beneficio independiente del derecho a la jubilación patronal, constituyéndose en un incentivo que ofrece el empleador para que los servidores u obreros se desvinculen de la empresa pública.

DECISIÓN: Por lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** caso parcialmente la sentencia dictada el 1 de agosto de 2019, las 11h52, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, y dispongo que la entidad demandada **EMPRESA PÚBLICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR CELEC EP**, a través de sus representantes legales, paguen a la actora **ROSA ELENA RODRÍGUEZ ESPINOZA**, la suma de **USD. 42.442,20**, por concepto de pensiones jubilares vencidas hasta el 30 de octubre de 2022. Se deja expresa constancia que la pensión jubilar patronal que se ordena pagar a la parte accionante de manera mensual y vitalicia es la cantidad de USD. 454,99 (cuatrocientos cincuenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América con 99/100 CTVS), más las décimas tercera y cuarta pensiones jubilares en la fecha que la ley prevé para el efecto y hasta un año después del fallecimiento del jubilado, para sus deudos de conformidad con lo establecido en el artículo 217 del Código del Trabajo. En la etapa de ejecución, el juez de origen deberá calcular los intereses correspondientes, de acuerdo a la Resolución No. 08-2016, publicada en el Registro Oficial Suplemento 894 de 1 de diciembre de 2016; y, actualizar la liquidación, en caso de ser necesario. Sin costas, ni honorarios.- **Notifíquese y devuélvase:-**

f) Dra. Consuelo Heredia Yerovi JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL; Dra. Enma Tapia Rivera, JUEZA NACIONAL; Dra. Liz Mirella Barrera Espín, CONJUEZA NACIONAL (e); Dr. Julio Arrieta Escobar, CONJUEZ NACIONAL (e).

VOTO DE MINORÍA

Jueza Ponente: Dra. Katerine Muñoz Subía

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
VISTOS:
ANTECEDENTES:
a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada.

Rosa Elena Rodríguez Espinoza inició juicio de trabajo en contra de la Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP representada legalmente por su Gerente General, Ángel Gonzalo Uquillas Vallejo.

Ambas partes procesales interponen recurso extraordinarios de casación en contra de la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 01 de agosto de 2019, las 11h52.
Esta decisión reformó el fallo de primer nivel, ordenando el pago por la diferencia del retiro voluntario (USD $ 12.390,00) de conformidad con el artículo 89 del Manual de Administración de Talento Humano de CELEC EP. Además, confirmó la negativa sobre la satisfacción de la jubilación patronal (fs. 63 a 72).

b) Actos de sustanciación del recurso.

Los recursos extraordinarios de casación interpuestos tanto por el actor como por la empresa demandada fueron admitidos a trámite por los casos **cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP),** según auto de 16 de octubre de 2020, las 12h29 (fs. 29 a 32 del cuaderno de casación), dictado por la doctora María Gabriela Mier Ortiz, Conjueza (E) de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

PRIMERO: Competencia.

Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por las Juezas: doctora Katerine Muñoz Subía, doctora María Consuelo Heredia Yerovi y doctora Enma Tapia Rivera, es competente para conocer y resolver el recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: *"Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes:*
1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.", artículo
184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: *"Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.";* artículo 191 numeral 1 *ibídem*, que prevé: *"La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo;"* en concordancia con el artículo 269 del COGEP; y del sorteo de fecha 16 de septiembre de 2021 que obra a fs. 52 del expediente de casación.

SEGUNDO.- Fundamento del recurso de casación.

La actora, denuncia que en la sentencia dictada por el tribunal *ad quem* se infringieron las siguientes disposiciones legales: artículo 326 numerales 1 y 2 de la Constitución de la República; 216 del Código de Trabajo; y artículo 33 y Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.
La empresa demandada alega la transgresión de los artículos: 82 de la Constitución de la República; 6 y 7 del Código Civil; y, 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas

TERCERO.- 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.
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.
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.[6] De ahí es que, dentro de nuestro marco constitucional la jurisprudencia constituye –también- una innovadora

[6] 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.

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.

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.[7] 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.

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.[8]

CUARTO.- Audiencia.

El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, ha establecido que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. Por lo que, este Tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, y de conformidad con 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 25 de octubre de 2022, a las 15h30.

Finalmente, una vez concluido el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *Ut Supra*.

QUINTO.- Contextualización de los argumentos reproducidos por los recurrentes en sus respectivos libelos de casación.

5.1 Caso cinco planteado por la accionante.

Sostiene la demandante que el derecho en controversia es la jubilación patronal. El que se ha configurado en su beneficio por laborar para su empleador durante más de 36 años, conforme se constata en el certificado de trabajo conferido por la accionada, donde se informa que el vínculo inició en el año 1979 y culminó en el año 2015. Sin embargo, el tribunal de instancia ha señalado de forma equivocada que las imposiciones determinadas en el documento generado en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) justifican únicamente 34 años. Lo que menoscaba su derecho a percibir beneficios laborales por todos los años de servicio.

Agrega que, equivoca el Juez Plural al considerar en su sentencia el Manual de Administración del Talento Humano de CELEC EP que contradice la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Empresas Públicos, sin advertir que los trabajadores de las empresas públicas se encuentran regulados por el Código de Trabajo, y que conforme el artículo 326 de la Constitución de la República, sus derechos son irrenunciables e intangibles. Siendo que, no obstante de elegir estas últimas leyes, las mal interpreta, asumiendo que el Manual de Administración del Talento Humano de CELEC EP prevalece por sobre aquellas. Sin advertir que dicha norma no puede impedir la liquidación de beneficios laborales.

---

[7] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008. Pág. 114.

[8] 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.

No existe prueba dirigida a sustentar el argumento constante en la sentencia cuestionada donde se concluye que el vínculo entre las partes no se regula por el Código de Trabajo. Por el contrario, el Decreto Ejecutivo No. 1701 reformado por el Decreto Ejecutivo No. 225 determina que en su calidad de auxiliar de enfermería, se encuentra amparada por dicho código, pues no fue una funcionaria pública de carrera como equivocadamente lo asume el tribunal de apelación.

Entonces –sostiene- ninguna norma impide a los trabajadores de las empresas públicas acceder a la jubilación patronal. Ni aun el Manual de Administración del Talento Humano de CELEC EP puede negar tal derecho, pues este se encuentra reconocido tanto en la Constitución como en el artículo 216 del Código de Trabajo.

Por ende, el tribunal de alzada interpreta de forma errónea dicha disposición al afirmar en la sentencia cuestionada que no es aplicable a la causa, cuando es la Ley Orgánica de Empresas Públicas que prevé al Código de Trabajo como norma supletoria, siendo también aplicable la Disposición Transitoria Primera de aquella Ley.

Señala también que en su demanda reclamó la jubilación patronal, solicitando se liquide conforme la información constante en los roles de pago, advirtiendo que son los jueces/zas quienes se encuentran obligados a liquidar tal derecho.

5.2 Caso cinco planteado por la empresa demandada.

Dice la accionada que la bonificación por retiro voluntario es un beneficio que no se encuentra contemplado en el Código de Trabajo, sino en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Siendo que, el requisito para acceder a este es tener la calidad de obrero o servidor de una empresa pública. Mientras que, el monto a pagar asciende al que resulta de la multiplicación del salario básico unificado del año 2015 por cada año de servicio, cuyo cómputo incluye el año completo de servicios en la misma empresa sin considerar la fracción.

En este contexto, denuncia la falta de aplicación de los artículos 6 y 7 del Código Civil y 82 de la Constitución de la República, pues el derecho a percibir el beneficio surgió a partir de la publicación y vigencia de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

También alega la indebida aplicación del artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. En este sentido argumenta que, se aplicó retroactivamente esta norma pues se ha concedido la bonificación por retiro voluntario considerando como parámetro desde el año 1979. Sin advertir que este beneficio se calcula tomando en cuenta cada año de servicio en la respectiva empresa pública.

Por ende, en este caso, si el derecho se originó con la expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009, y la demandada fue creada a través de Decreto Ejecutivo No. 220 de 14 de enero de 2010, publicado en el Registro Oficial No. 128 de 11 de febrero de 2010, es inadmisible extenderlo su aplicación a una fecha anterior.

Entonces –dice la recurrente- si la accionada fue constituida en el año 2010 no es procedente cuantificar los años de servicio desde el año 1979, cuando esta tan siquiera existía ni tampoco se encontraba vigente la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Siendo que –culmina- de aplicar el Juez Plural los artículos 6 y 7 del Código Civil y 82 de la Constitución de la República, no se hubiera configurado la indebida aplicación del artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

SEXTO.- Problemas jurídicos a resolver:

6.1 Caso cinco planteado por la accionante:

Al ocupar la accionante el cargo de auxiliar de enfermería ¿fue una trabajadora regulada por el Código de Trabajo, por ende, tiene derecho a percibir la jubilación patronal de conformidad con el artículo 216 del Código de Trabajo?

6.2 Caso cinco planteado por la empresa demandada:

¿Se configuró la falta de aplicación de los artículos 6 y 7 del Código Civil y 82 de la Constitución de la República y la indebida aplicación del artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, pues el beneficio por retiro voluntario, surte efectos desde la fecha de expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009; y no desde junio de 1979, como mal lo determina el Tribunal de Alzada?

SÉPTIMO.- Resolución del recurso extraordinario de casación:

7.1 Sobre el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

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."

El caso cinco del artículo 268 del COGEP se configura por infracción directa de derecho sustantivo, es decir, sin consideración a cuestiones fácticas o probatorias. Supone el contraste entre la sentencia frente a la ley, tratándose de *"un error de adjudicación, selección o de entendimiento de normas sustanciales, es decir, el debate es estrictamente jurídico"*[9]

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.

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.

Adviértase que tres son los motivos contemplados para la procedencia de esta clase de impugnación de naturaleza extraordinaria: indebida aplicación, falta de aplicación y errónea interpretación.

La indebida aplicación es un típico error de selección y subsunción en la norma, es decir, sucede cuando el/la juez/a, para resolver el/los problema/s del caso, aplica una que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos.

La falta de aplicación, tiene relación con 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, exige 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.

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.

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.

7.2 Del actor por el caso cinco.

Al ocupar la accionante el cargo de auxiliar de enfermería ¿fue una trabajadora regulada por el Código de Trabajo, por ende, tiene derecho a percibir la jubilación patronal de conformidad con el artículo 216 del Código de Trabajo?

i) En la parte pertinente de la sentencia cuestionada, se lee: *"(...) En la especie conforme se advierte del cuaderno procesal la accionante no tenía la calidad de obrera, sino que se desempeñaba como Asistente de Enfermería, teniendo la calidad de servidora pública, y por tanto su vínculo contractual, derechos y obligaciones se encuentran plasmados en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el Manual y Resoluciones de Talento Humano de CELEC EP., por consiguiente no tiene derecho a reclamar la bonificación o indemnización alguna contemplada en el Código del Trabajo por no estar*

[9] Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008, Pág. 413.

amparada por este régimen laboral. Lo anterior se confirma con el contenido del tercer numeral del art. 19 de la LOEP, en el cual única y exclusivamente en el caso de los obreros se estará en lo contenido en el Código Obrero y la Contratación Colectiva, conforme lo dispone la Constitución, art. 230. Adicionalmente la Ley Orgánica de Empresas Públicas ya contempla un valor para el caso de renuncia voluntaria, reclamar el pago de la bonificación por desahucio es pretender cobrar por duplicado un mismo beneficio, lo que contraviene principios rectores del sector público. (...)".

Esta parte es una transcripción de la sentencia de primera instancia incluida en el fallo que se impugna. Por lo que, se entendería que el tribunal de apelación comparte el razonamiento del juez *a quo* sobre el cargo ocupado por la accionante en la entidad demandada, esto es Asistente (o auxiliar) de Enfermería. Por ende –según los jueces de apelación- tuvo la calidad de una servidora pública. Lo que además, deriva también del contexto sobre el análisis de la improcedencia de la jubilación patronal constante en la decisión atacada, donde se concluye sobre la inaplicabilidad del artículo 216 del Código de Trabajo.

Más allá de lo dicho, y para despejar cualquier duda al respecto, es de observar que el cargo de Asistente de Enfermería, no ha sido un punto controvertido. Pues, fue referido por la accionante en su demanda (fs. 67 a 74), y aceptado por la accionada en su contestación a la demanda (fs. 88 a 93). Es decir, se tiene como hecho establecido que la accionante laboró como Asistente de Enfermería.

Entonces, se debe dilucidar si la actora de esta causa, al haber cumplido actividades de Asistente de Enfermería, fue una trabajadora amparada por el Código de Trabajo o una servidora pública regulada por el régimen previsto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas. En otras palabras, es de determinar si a aquel hecho incontrovertido, el tribunal de alzada le otorgó la calificación jurídica que se corresponde con el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el cargo de Asistente de Enfermería es distinto al de Enfermera o Enfermero. Dado que, para acceder a este último se debe acreditar un título profesional otorgado por una universidad, conforme el artículo 1 de la Ley de Ejercicio Profesional de Enfermeras y Enfermeros del Ecuador[10]. Mientras que, el Asistente (o auxiliar) de Enfermería, no exige tal nivel de estudios, por ello es que el artículo 1 numeral 1.1.1.4 del Decreto Ejecutivo No. 1701 reformado por el Decreto Ejecutivo No. 225, incluye a este último cargo como regulado por el Código de Trabajo.

Y si bien, la Conjueza competente inadmitió la denuncia sobre la transgresión de tal Decreto, el análisis actual exige su referencia por tratarse de la norma específica que determinó los parámetros de clasificación de servidores públicos y obreros.

Entonces, si la accionante fue Asistente de Enfermería en la empresa pública demandada, no cumplía funciones profesionales sino de obrera; en consecuencia, no tuvo la calidad de servidora pública. Por ende, se evidencia la infracción del artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas[11], pues el vínculo de la accionada y la actora se encontraba amparado por el Código de Trabajo, al tratarse de un contrato individual de trabajo.

Y si bien, su desvinculación ocurrió en vigencia de las Enmiendas Constitucionales publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 653, 21 de diciembre de 2015. Por aplicación de su Disposición Transitoria Primera[12], al encontrarse regulada por el Código de Trabajo previo a la vigencia de tales enmiendas, mantuvo el régimen y los derechos ahí previstos.

[10] **Art. 1.-** Esta Ley ampara y garantiza el ejercicio profesional de quienes hayan obtenido el título de Enfermera o Enfermero, conferido por las universidades del país legalmente constituidas y de quienes habiéndolo obtenido en el exterior lo revalidaren de conformidad con la Ley.

[11] **Art. 33.- Normas supletorias.-** 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.

[12] **Primera:**
Las y los obreros del sector público que antes de la entrada en vigencia de la presente Enmienda Constitucional se encuentren sujetos al Código del Trabajo, mantendrán los derechos individuales y colectivos garantizados por este cuerpo legal.
Una vez en vigencia la presente Enmienda Constitucional, las y los servidores públicos que ingresen al sector público se sujetarán a las disposiciones que regulan al mismo.

ii) Con respecto a la jubilación patronal, en la sentencia cuestionada se lee: *"10.10).-SOBRE LA PENSIÓN JUBILAR PATRONAL.-En cuanto a la jubilación patronal que reclama la parte actora en este nivel amparada en el artículo 216 del Código de Trabajo resulta incontrastable resolver que no es aplicable al caso esta norma jurídica en concreto por los argumentos jurídicos anteriormente indicados, de lo que el régimen legal que rige el vínculo contractual interpartes, es la ley orgánica de empresas públicas y los reglamentos expedidos por talento humano de la empresa pública demandada la que no contempla la figura jurídica de jubilación patronal, restando juridicidad normativa al (sic) más que la parte actora desde su demanda y exposiciones orales no cumple con el requisito fundamental proporcionar a los juzgadores 'El haber jubilar que debió hacerlo obligatoriamente en el acervo probatorio bien sea como prueba documental o prueba testimonial y producirlo de manera útil pertinente y conducente conforme al artículo 160 del COGEP', ni tampoco reclama el especifico el valor mensual de la jubilación patronal y incumpliendo el principio dispositivo previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Función Judicial que dispone: 'Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada por Juezas y Jueces resolverán de conformidad con lo fijado por partes del objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley, 'Que se plasma en la demanda de conformidad con el artículo 575 del Código de Trabajo en armonía con el artículo 142 del Código Orgánico General de Proceso. Además que dicho régimen legal es producto del mandato contenido en el artículo 230 de la Constitución de la Republica, con relación laboral de la actora que no son propias del Código de trabajo como obreras para ordenar el pago de la jubilación patronal a la enferma que demanda en esta acción.- (...)"*

Como se ve, la equivocación del tribunal de apelación, al determinar como estatus jurídico de la demandante el de servidora pública, provocó que el análisis se sustraiga del régimen aplicable a la accionante como obrera. Entonces, el caso se debe analizar desde el contenido del artículo 216 del Código de Trabajo, con el objeto de determinar si procede o no reconocer a su favor la jubilación patronal reclamada en su demanda.

Sobre el tiempo de servicios, el Juez Plural dice: *"(...) Al respecto la sala con vista de auto y la prueba documentales que obra de fs. 36, respecto al certificado conferido por la parte demandada que contiene el tiempo de servicio de la actora con el detalle puntual de 1979 hasta febrero del 2010, coincidente con el documento del tiempo de servicio del empleador que corre de fs. 4, conferido por el Instituto de seguridad social nos da un total 34 años de servicios, en el sector eléctrico publico ecuatoriano porque la parte demandada a pesar de sus argumentos que ciertas compañías no pertenece este sector por privadas no lo demostró de autos y en contrario confirió la certificación incluyendo a todas para las cuales trabajo la actora por lo que no hay lugar que se tome en cuenta el inicio de la relación laboral del año 2008 (...)"*

Es decir, el tribunal de alzada se limita a establecer que la trabajadora laboró por 34 años en el sector eléctrico público. Esto con el propósito de determinar el valor por retiro voluntario que se le debe pagar. No obstante, al mal entender que la demandante fue una servidora pública, no verificó el tiempo laborado exclusivamente para la empresa empleadora específica del sector eléctrico, con el propósito de verificar si tiene o no derecho a la jubilación patronal. Por lo que, corresponde revisar si el requisito temporal para acceder a tal derecho, en este caso, se cumplió.

La demandante en su recurso de casación intenta justificar que mantuvo un contrato de trabajo desde junio de 1979 hasta diciembre de 2015; por ende, afirma tiene derecho a la jubilación patronal. La trabajadora ingresó a prestar sus servicios en el Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL), que fue una entidad pública encargada del proceso de electrificación del país. Mediante Ley Reformatoria a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 37 del 30 de septiembre de 1998, se declaró la liquidación del INECEL. Señalando que tal instituto mantendrá su vida jurídica hasta el 31 de marzo de 1999 (Disposición Transitoria Primera LETRA A). Para este efecto, el Presidente de la República dictó el Decreto Ejecutivo No. 773 de 06 de abril de 1999 con el propósito de que *"(...) absolutamente todas las obligaciones del Instituto Ecuatoriano de Electrificación que se encuentren pendientes luego del 31 de marzo*

de 1999 sean plenamente liquidadas (...)"[13]. De ahí que encargó al Ministerio de Energía y Minas *"(...) c) Atender los pagos pendientes por pasivo laboral y todos aquellos necesarios para la liquidación de las obligaciones contraídas (...)"*[14]

Entonces tenemos que INECEL se extinguió por disposición legal, y ante tal evento, con el objeto de finiquitar las obligaciones pendientes, se ordenó que sea el Ministerio de Energía y Minas quien asuma el pasivo laboral de los trabajadores de aquella entidad.

Ahora bien, según el certificado de 04 de diciembre de 2015 (fs. 36) la trabajadora ingresó a laborar: en INECEL desde el 1979 hasta marzo de 1999; en ELECTROGUAYAS S.A. desde abril de 1999 hasta septiembre de 2000; en otras empresas eléctricas desde octubre del 2000 hasta abril de 2008; en CELEC S.A. desde febrero de 2009 a enero de 2010; y en CELEC EP desde febrero de 2010 hasta diciembre de 2015.

Sin embargo, en las normas antes analizadas, no se estableció que ELECTROGUAYAS S.A., CELEC S.A. ni CELEC EP –que se subrogó en los derechos y obligaciones de las anteriores- a través de sus representantes legales sean quienes cumplan con tales obligaciones de INECEL. Tampoco se ha determinado que sean las sucesoras de tal instituto, por lo que no se le puede otorgar esta calidad.

Más bien, la responsabilidad patronal fue asumida por el Ministerio de Energía y Minas, de ahí que, al pasar la actora a laborar para ELECTROGUAYAS S.A. y posteriormente a CELEC EP, la relación laboral culminó efectivamente en marzo de 1999 –fin de vida jurídica de INECEL por disposición de la ley-. Entonces, en esta última fecha, inició un nuevo y diferente vínculo obrero patronal con ELECTROGUAYAS S.A., empresa constituida como sociedad anónima, consecuentemente, de distinta naturaleza al ministerio e instituto referidos, y a la cual tampoco se atribuyó la calidad de sucesora del negocio, y menos aún la responsabilidad por pasivos laborales atribuibles a INECEL.

Atendiendo al análisis anterior, si ELECTROGUAYAS S.A. ni CELEC EP fueron sucesoras de INECEL, tratándose además de empresas de naturaleza distinta a tal instituto, mal se puede atribuir el tiempo de servicios laborados por la actora para dicha empresa (de junio de 1979 hasta de marzo de 1999). Tampoco subrogaron en las obligaciones del pasivo laboral a INECEL, pues, por disposición del Decreto Ejecutivo No. 773 quien debe atender dicha clase de pagos es el Ministerio de Energía y Minas[15].

Entonces, en el mejor de los casos, el tiempo de servicios de la actora en favor de CELEC EP (antes CELEC S.A. y ELECTROGUAYAS S.A.) fue desde marzo de 1999 hasta diciembre de 2015. Por lo que, se observa que la accionante no cumplió con el requisito temporal de 25 años de servicio para acceder a la jubilación patronal; en consecuencia, no se configura la transgresión del artículo 216 *ibídem.*

Conforme el análisis que antecede, al verificarse que la trabajadora no tiene derecho a la jubilación patronal, se desestima la infracción de los artículos 326 numerales 1 y 2 de la Constitución de la República y 216 del Código de Trabajo.

iii) En definitiva, se acepta parcialmente el recurso extraordinario de casación interpuesto por la demandante al tenor del caso cinco, únicamente en cuanto a la infracción del artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; esto, dado que fue

[13] Decreto Ejecutivo No. 773 de 06 de abril de 1999 publicado en el Registro Oficial No. 169 de 14 de abril de 1999.
[14] Ibídem.
[15] Posteriormente fue dictado el Decreto Ejecutivo No. No. 475, publicado en el Registro Oficial No. 132 de 23 de julio de 2007, mediante el que el Presidente de la República escindió el Ministerio de Energía y Minas, en los Ministerios de Minas y Petróleos y de Electricidad y Energía Renovable. En el artículo 5 de este decreto se estableció: *"Las facultades y deberes que corresponden al Ministerio de Energía y Minas ante cualquier organismo del Estado o entidad pública o privada, para asuntos relacionados con electricidad y energía renovable, así como las delegaciones [...], corresponden a partir de la expedición del presente decreto ejecutivo al Ministerio de Electricidad y Energía Renovable"*. Luego, a través de Decreto Ejecutivo No. 399 de 15 de mayo de 2018 publicado en el Registro Oficial Suplemento 255 de 5 de junio de 2018, el Presidente de la República dispuso la fusión por absorción al Ministerio de Minería y Recursos Naturales No Renovables de las siguientes entidades: Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, Ministerio de Minería y la Secretaría de Hidrocarburos. En cuya Disposición General Tercera se lee: *"Los derechos y obligaciones constantes en convenios, contratos u otros instrumentos jurídicos, nacionales o internacionales, que le correspondan al Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, al Ministerio de Minería y a la Secretaría de Hidrocarburos serán asumidos por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables"*.

una trabajadora amparada por el Código de Trabajo. No obstante, este yerro no altera el resultado de la decisión de apelación en esta parte, pues a pesar de lo antes dicho, la accionante no tiene derecho a la jubilación patronal.

7.3 De la demandada por el caso cinco.

¿Se configuró la falta de aplicación de los artículos 6 y 7 del Código Civil y 82 de la Constitución de la República y la indebida aplicación del artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, pues el beneficio por retiro voluntario, surte efectos desde la fecha de expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009; y no desde junio de 1979, como mal lo determina el Tribunal de Alzada?

Sobre el tema el tribunal de apelación sostiene: *"(...) Al respecto la sala con vista de auto y la prueba documentales que obra de fs. 36, respecto al certificado conferido por la parte demandada que contiene el tiempo de servicio de la actora con el detalle puntual de 1979 hasta febrero del 2010, coincidente con el documento del tiempo de servicio del empleador que corre de fs. 4, conferido por el Instituto de seguridad social nos da un total 34 años de servicios, en el sector eléctrico publico ecuatoriano porque la parte demandada a pesar de sus argumentos que ciertas compañías no pertenece este sector por privadas no lo demostró de autos y en contrario confirió la certificación incluyendo a todas para las cuales trabajo la actora por lo que no hay lugar que se tome en cuenta el inicio de la relación laboral del año 2008, como se aduce en el acta de finiquito tratando de llevar al error a los juzgadores, por lo que se confirma el tiempo de servicio tomando en cuenta el número imposiciones que son 408 ÷ 12 = 34 años, que contiene de fs. 4. (...) La controversia también se centra con relación al monto pero resulta aplicable el 89 de Manual de administración de talento Humano de la Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC, cuyo texto o resolución manifiesta: que el 14 de enero de 2014 y a efectos de procesar las solicitudes de retiro voluntario que se presentan durante los años del 2013 y 2014, establecido en el numeral1 del artículo 89 del Manual de Administración del Talento Humano de CELEC EP, al que se le aplicara al haber laborado en el sector eléctrico publico ecuatoriano, a su vez a partir del año 2015 las solicitudes de retiro voluntario que se presenten serán procesadas siempre y cuando cumplan con el requisito establecido en el numeral 1 del artículo 89 del manual de administración del talento Humano de CELEC EP, esto es haber laborado en CELEC EP por lo menos cinco años. Puesto que se ya se cumplió la transitoriedad prevista para el año 2015, toda vez que la parte actora se desvinculo el 31 de diciembre de 2015, según como consta de fs. 37 a 38 vta., en el acta de finiquito, demostrándose así que el retiro voluntario debe estar previsto en el reglamento general de la LOEP, que no ha sido expedido por el Presidente de la Republica, por dicha razón es aplicable el manual de administración de talento humano de la corporación eléctrica del ecuador, que se aplicara por lo dispuesto en el artículo 89 numeral 1 de dicho instrumento público antes citado. En derivación debe liquidarse de acuerdo expresado en este considerando. (...)"*

Es decir, el tribunal de alzada estableció que la trabajadora laboró por 34 años en el sector eléctrico público, concluyendo que no se justificó que varias de esas compañías en las que prestó sus servicios fueran privadas, y por ende, ajenas al referido sector eléctrico público; cuestión esta que es incuestionable en casación. Es en este escenario, que determina como aplicable el artículo 89 del Manual de Administración del Talento Humano de CELEC EP, en función del que se practica la liquidación por retiro voluntario tomando como parámetro dichos 34 años.

Según el tribunal de apelación, por el beneficio de retiro voluntario atendiendo a 34 años de servicios, corresponde el pago de una diferencia de USD $ 12.390,00. Frente a esta conclusión, la demandada alegó en su recurso de casación que tal rubro no procede, pues tal beneficio fue exigible solo a partir de la fecha la expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009; y no desde junio de 1979.

Para resolver lo señalado, vale remitirse a las disposiciones de donde se origina este derecho que son el artículo 23 de la LOEP y el artículo 89 del Manual de Administración del Talento Humano de CELEC EP (referidos en la decisión impugnada).

Por un lado, el primer artículo establece un beneficio por retiro voluntario en favor de los servidores u obreros de las empresas públicas que terminen la relación laboral por retiro voluntario. Tal beneficio será de hasta siete salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio, y hasta un máximo de 210 salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado vigente al 1 de enero del 2015.

Mientras que, el segundo reproduce en parte la disposición anterior, diferenciándose al establecer que el pago será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado en general por cada año de servicio *"en el sector público"*. Además, de exigir requisitos puntuales como: haber cumplido 5 años en la empresa pública o haber laborado al menos 10 años en otras entidades del sector público; y, no haber recibido indemnización por venta de renuncia o la prevista en el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2. Es de notar también que el artículo 89 del Manual de Administración del Talento Humano de CELEC EP sujeta el pago del beneficio a los años de servicio en el sector público.
Debe advertirse que el beneficio de retiro voluntario ha sido previsto en una norma de la administración pública que regula los vínculos entre servidores o trabajadores y empresas públicas. De ahí que resulta un derecho propio de quienes se vinculan para prestar servicios en esta clase de empresas.
Entonces, es el artículo 89 *ibídem* de donde deriva la norma que contempla que tienen derecho al beneficio de retiro voluntario los servidores públicos y trabajadores de CELEC EP respecto de los años de servicio prestados en el sector público.
Debiéndose advertir que tal artículo 89, a diferencia del artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, no restringe aquel beneficio al período de tiempo prestado exclusivamente en empresas públicas, sino que considera la temporalidad total que laboró la trabajadora en el sector público. Por ende, se debe incluir el tiempo laborado desde INECEL, es decir, desde 1979. En definitiva, si bien el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas constituye el antecedente de origen del beneficio de retiro voluntario, este propiamente se encuentra regulado en el 89 del Manual de Administración del Talento Humano de CELEC EP. Es decir, el problema se soluciona por la aplicación de esta última norma, que es la considerada en específico por el Juez Plural; y no por el señalado artículo 23.
De lo dicho, se puede concluir que no existe una aplicación retroactiva del artículo 89 del Manual de Administración del Talento Humano de CELEC EP, pues este fue aprobado el 19 de marzo de 2013 (fs. 47 a 66); esto es, antes del mes de diciembre de 2015, en que concluyó el vínculo entre las partes. De ahí que, la norma de la referencia se aplicó a un hecho posterior a su promulgación Circunstancia distinta es que el contenido de dicha disposición se remita, como parámetro para determinar el beneficio de retiro voluntario, al tiempo total laborado en el sector público; lo que más bien, tiene relación con la interpretación de la disposición para determinar la cantidad a pagar, y no con una aplicación retroactiva.
Menos aún se ha configurado la aplicación retroactiva del artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Pues, como se ha dicho, esta norma no soluciona el caso, dado que es el artículo 89 del Manual de Administración del Talento Humano de CELEC EP el aplicable, y con fundamento en el cual el tribunal de apelación ordena el pago de la diferencia por el beneficio de retiro voluntario.
De ahí que, al no configurarse la aplicación retroactiva de la norma aplicable al caso, no se constata la transgresión de los artículos 6 y 7 del Código Civil. Lo que, a su vez, descarta la vulneración denunciada en contra del derecho a la seguridad jurídica prevista en el artículo 82 de la Constitución.
Por el análisis que precede, se desestima el recurso extraordinario de casación presentado por la empresa demandada con fundamento en el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

OCTAVO.- DECISIÓN:

Por lo expuesto, 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,** casa parcialmente la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 01 de agosto de 2019, las 11h52, únicamente en cuanto al recurso extraordinario presentado por la accionante. Esto, al acreditarse la infracción del artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, siendo que la actora de esta causa fue una trabajadora regulada por el Código de Trabajo. No obstante, este yerro no altera el resultado de la decisión de apelación, pues a pesar de lo antes dicho, la accionante no tiene derecho a la jubilación patronal. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

f) Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL; Dra. Enma Tapia Rivera JUEZA NACIONAL; Dra. Liz Mirella Barrera Espín, CONJUEZA NACIONAL; Dr. Julio Arrieta Escobar, CONJUEZ NACIONAL.

VI

Juicio Nro. *09359-2020-00017*
Resolución Nro. *493-2022*
Fecha: *lunes 14 de noviembre del 2022, las 16h16*

TEMA: Indemnización especial por discapacidad prevista en el artículo 151 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

ASUNTO

El accionante manifiesta haber laborado para la empresa HOHESA HORMIGONES HERCULES S. A. por más de 24 años, prestando sus servicios en algunos periodos a través de empresas tercerizadoras laborales. El actor indica que fue despedido intempestivamente en septiembre de 2008 y que, aunque se suscribió el acta de finiquito, aquella no cubría todos los valores que por derecho le correspondían.

El actor demanda el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo, incluyendo también la indemnización especial por discapacidad prevista en el artículo 151 de la Ley Orgánica de Discapacidades, pues alega que al momento de la terminación de la relación laboral tenía la condición de discapacitado, siendo el punto principal de debate en este proceso.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial Laboral del cantón Guayaquil, en su sentencia, respecto al reclamo del pago de la indemnización por discapacidad, expresa que aquella no procede por cuanto la condición de discapacidad del actor no fue acreditada dentro de la relación laboral y la misma no fue notificada al empleador, por lo que rechaza la demanda presentada.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en relación al derecho que reclama el accionante a ser indemnizado conforme el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, considera que si bien es cierto que el carné de discapacidad fue otorgado con fecha posterior a la terminación de la relación laboral, no es menos cierto que eso no impide que la discapacidad haya existido con anterioridad, recordando que la calificación es un trámite que lleva tiempo y que al afirmar que el accionante no poseía discapacidad al momento de la terminación de la relación laboral, la empresa demandada debió demostrarla y, como no lo hizo, por inversión de la carga de la prueba se aceptan los cargos en contra de la sentencia, en lo relacionado con la impugnación del acta de finiquito, que no contempló el pago de la indemnización prevista en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Por esos motivos, se resuelve aceptar parcialmente la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2020-00017

Juez Ponente: Dr. Alejandro Arteaga García

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, lunes 14 de noviembre del 2022, las 16h16.
VISTOS: **PRIMERO.- ANTECEDENTES PROCESALES.-** En el juicio laboral seguido por Quimis Sanchez Gregorio Augusto en contra de HOHESA, Hormigones Hércules S.A., Dulkes Aguad Roberto; el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dicta sentencia el lunes 15 de marzo del 2021, las 12h59 en los siguientes términos: "***RESUELVE*** *ACEPTAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el accionante en lo relacionado a la procedencia del pago de la indemnización prevista en el Art. 51 de la Ley sobre discapacidades (...)*". Inconforme con la decisión, la parte demandada interpone recurso de casación, siendo admitido a trámite en auto de jueves 23 de septiembre del 2021, las 10h33, dictado por el señor doctor Julio Arrieta Escobar, Conjuez Nacional Encargado; y, una vez conformado el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral mediante sorteo de fecha miércoles 28 de septiembre de 2022, las 12h14, posteriormente se realiza la audiencia respectiva, de fundamentación del recurso de casación y encontrándose en estado de fundamentar por escrito la decisión enunciada se lo hace bajo las siguientes consideraciones:
SEGUNDO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación en los procesos laborales según lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; Resoluciones No. 008-2021 de 28 de enero de 2021; Nº 197-19 de 28 de noviembre de 2019 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y 07-2019 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como por el sorteo de ley que obra a fs. 13 del cuaderno de casación.
El tribunal competente para conocer la presente causa, se encuentra constituido por: doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional (PONENTE); doctora Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional; y, doctora Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional.
TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL: De la revisión del expediente, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna o violación de trámite legal que lo invalide, por lo que, se declara su validez procesal.
CUARTO: AUDIENCIA PÚBLICA:
Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, se llevó a cabo la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el día jueves 27 de octubre de 2022, a las 12h15.
QUINTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.
5.1.- SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN:
El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario esencialmente formalista y, por tal razón, exige para su procedencia el cumplimiento inexorable de los requisitos y formalidades establecidas en 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".* (Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., segunda edición, Bogotá-Colombia, 2008, pág. 13). Es decir, esta actividad jurisdiccional asumida por el más alto tribunal de la justicia ordinaria, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, tiene como finalidad garantizar la defensa del derecho objetivo y la seguridad jurídica, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

SEXTO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:

La parte recurrente, fundamenta en los casos dos y tres del artículo 268 del Código Orgánico General de Proceso; alega como normas infringidas los siguientes artículos: 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República.

"(...) El artículo 76 de la Constitución, desarrolla el derecho al debido ´proceso y sus garantías básicas, dentro de estas se encuentra la motivación(...) esta norma exige que toda resolución de los poderes públicos, sea motivada(...) los señores Jueces de Segunda instancia vulneran garantías básicas del debido proceso por falta de motivación por los siguientes motivos: (...) la actividad del juzgador de segunda instancia sobrepasa la petición del apelante, y por lo tanto rompe el principio de congruencia que debe reflejar toda sentencia. El artículo 94 del Código Orgánico General de Procesos regula que las sentencias deberán resolver sobre las peticiones realizadas por las partes. En el presente caso, la causa petendi del recurso de apelación interpuesto por el señor Gregorio Quimis estaba contenida en los literales a), b), c) y d) transcritos previamente y en ninguno incluye su pretensión por discapacidad (...) al no contener la sentencia este requisito de congruencia, deviene en inmotivada la resolución (...) sobre lo transcrito, se obtiene tres aspectos (...) ***Primero,*** *el Tribunal de apelación reconoce que el señor Gregorio Quimis no tenía carnet de discapacidad alguno al momento de la terminación del vínculo laboral con mi representada y a pesar de ello ordena el pago de indemnizaciones por discapacidad (...) sin explicar/analizar en definitiva motivar, por que, a pesar de esto, corresponde el pago de indemnizaciones (...)* ***Segundo****, el Tribunal de apelación funda su decisión en consideraciones personales (considera que obtener el carnet de discapacidad es un trámite que toma tiempo, considera también que el extrabajador tenía discapacidad al momento de la terminación del vínculo laboral)* ***no existe justificación rigurosa en base a pruebas sobre la decisión que se adopta. Se rompe la garantía de motivación*** *(...)* ***Tercero,*** *el tribunal de apelación considera que correspondía a la compañía UNION CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A. probar que el extrabajador no tenía discapacidad al momento de la terminación laboral. Esta afirmación del Tribunal de segunda instancia debía ser motivada. En tanto, violenta las normas distributivas de la carga de la prueba (...) en el presente caso se demostró que el carnet de discapacidad del señor Gregorio Quimis fue posterior a la terminación de la relación laboral con mi representada, no existe prueba que obre del proceso que asegure que la discapacidad la desarrollo mientras era trabajador de HORMIGONES HÉRCULES HOHESA S.A. La intuición puede ser válida para adoptar decisiones de la vida social, pero una sentencia debe ser fruto de un proceso lógico en base a las pruebas aportadas por las partes y con una motivación rigurosa la cual no existe (...) en virtud de lo indicado, por cuanto la sentencia no cumple el requisito de motivación del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, y por cuanto el tribunal de apelación se extralimito a resolver en sentencia aquello que no fue solicitado en el recurso de apelaci*ón; ***SOLICITO se case la sentencia y en su lugar se dicte la que en mérito de los autos corresponde, declarando sin lugar la demanda*** *(...)"*

SÉPTIMO.- ***CONTRADICCIÓN DE LA PARTE DEMANDADA, NO RECURRENTE***

En los términos de la grabación magnetofónica constante en el proceso, en lo principal comparece el Abogado Roberto Saavedra Cruz en calidad de procurador judicial del señor actor Gregorio Augusto Quimis Sanchez, quien manifiesta:

"(...) Sobre el caso 2, esto es de la falta de motivación (...) de acuerdo con precedente jurisprudencial es cuando las resoluciones no se hayan emitido las respectivas consideraciones de derecho conjuntamente con los antecedentes de hecho, aquí el mismo recurrente expone que efectivamente mi defendido solicitaba dentro de la demanda inicial el pago y reclamo de los haberes laborales incluido el pago por despido intempestivo, indemnización por discapacidad y jubilación patronal; efectivamente reitero que también estaban incluidas las indemnizaciones por discapacidad. El hecho de que la sala haya dispuesto el pago de la indemnización por discapacidad, haciendo un análisis de que la obtención del carnet se demora como es de conocimiento público, se demora bastante tiempo en su concesión, es decir en la provisión del carnet de discapacidad respectivo, es lo que asume la parte recurrente

ha hecho una interpretación subjetiva de la apelación, cuando lo que está haciendo la sala de la Corte Provincial está analizando el hecho de la obtención de ese carnet de discapacidad que es sumamente engorroso, no para mi defendido, sino para cualquiera de las personas que incluso hoy en día no lo están facilitando o no lo están concediendo de acuerdo con las disposiciones de las autoridades pertinentes; la sala hace alusión efectivamente a la no concesión del carnet de discapacidad sino posteriormente al hecho de presentar la reclamación y es lo que la sala de la Corte Provincial considera; ante eso contesto la parte inicial del número 2 que dice la falta de motivación, lo que hace la sala es un análisis del antecedente de hecho para conseguir ese carnet de discapacidad y motiva con las disposiciones constitucionales y legales (...) mi defendido fue otorgado el carnet posterior y ya se quedó aclarado eso se fundamenta exclusivamente en el artículo 169 de la Constitución de la Republica que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y conocemos que en el ámbito laboral pues no se sujeta estrictamente a las disposiciones, siempre se mira al interés del trabajador, es decir indubio por labore, precisamente es por eso que la sala acogiendo este principio de indubio por labore en concordancia con las normas supra-nacionales o supra-constitucionales es decir de la declaración de los derechos humanos y de los pactos y convenios del trabajo y de los derechos civiles de las personas, es que hace el análisis respecto a la concesión del carnet de discapacidad y otorga la resolución, el despido es decir la indemnización por la discapacidad de mi defendido, ese es el fundamento que lo apruebo, en realidad de acuerdo con lo expone y transcribe en su motivación la Sala de la Corte Provincial del Guayas al momento de conocer la apelación del recurso presentado (...)"

OCTAVO.- IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS: De la fundamentación del recurso de casación propuesto al amparo de los casos invocados, se precisa:

- *Caso dos*:
  Verificar si el fallo emitido por el tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Guayas, en su parte resolutiva es contradictorio al ordenar el pago de la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.
- Caso tres:
  Determinar si la sentencia provincial incurre en el vicio de extra petita, al haberse resuelto lo que no fue solicitado en el recurso de apelación.

NOVENO.- ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS:
SOBRE EL CASO DOS:

1.- Este caso 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".* En la doctrina se conoce a este caso como casación en la forma, pues, o la sentencia no contiene alguna de sus partes: expositiva, considerativa y resolutiva, o existe incompatibilidad entre las partes integrantes de la misma, vicios a los que se llegará de la lectura del fallo impugnado.

2.- La parte recurrente hace referencia que la sentencia emitida por los jueces provinciales, no se encuentra debidamente motivada, por lo que este tribunal de casación analiza:

Para establecer si una sentencia está debidamente motivada, implica que aquella tenga congruencia entre sus partes y en la composición de éstas para llegar a su conclusión, pues conforme la sentencia emitida por la Corte Constitucional (1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021), que entre lo más trascendental señala:

"22. *La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto 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.*"

"23.El de la motivación correcta es un ideal inherente al Estado constitucional porque este persigue la realización de la justicia a través del Derecho; dicho ideal debe ser promovido como un pilar de la cultura jurídica por la sociedad en su conjunto. En ese sentido, el ordenamiento jurídico establece múltiples consecuencias para cuando una motivación es incorrecta

conforme al Derecho –por ejemplo, en casos de errores en la interpretación y aplicación de normas jurídicas–o conforme a los hechos –por ejemplo, en casos de errores en la valoración de la prueba–. En general, ese tipo de incorrecciones afectan la validez de las resoluciones de autoridad pública y deben ser corregidas (dejadas sin efecto) por los órganos competentes a través de los medios de impugnación disponibles. Por ejemplo, los recursos administrativos, la acción contencioso-administrativa, los recursos de apelación o casación, las garantías jurisdiccionales, etc. Es más, algunas de esas incorrecciones pueden traer consigo responsabilidades de orden civil, administrativo o penal para sus autores."

"27.Reiteradamente, esta Corte ha sostenido que "una violación del artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución ocurre ante dos posibles escenarios: (i) la inexistencia de motivación [...] y (ii) la insuficiencia de motivación". El primer supuesto consiste en la ausencia absoluta de los aludidos elementos argumentativos mínimos, esa "inexistencia [de motivación] constituye una insuficiencia radical", como lo ha expresado la propia Corte. Mientras que el segundo supuesto consiste en el cumplimiento defectuoso de aquellos elementos. En ambos supuestos, se transgrede la garantía de contar con una motivación suficiente"

Acorde a este pronunciamiento se observa el fallo emitido por los jueces provinciales, quienes, en la sentencia recurrida exponen:

"(...) <u>d.2.4.-) INDEMNIZACIÓN DEL ART. 51 DE LA LEY DE DISCAPACIDAD</u>:-

<u>d.2.4.1.-)</u> el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, al respecto dicha norma señala: "***Art. 51.- Estabilidad laboral.- Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo.- En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente.- Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley.- Además, para la supresión de puestos no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional***".-

<u>d.2.4.2.-)</u> El hecho de la discapacidad del actor, ha sido señalado por la parte accionada, señalando que: **"En el literal c) de la demanda el actor reclama la indemnización por concepto de discapacidad con base al artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, no obstante y como dejo expuesto, a la fecha de la terminación de la relación laboral el accionante no tenía discapacidad alguna; además no notificó sobre la misma, no era notoria de ninguna manera y debo insistir en que la misma la adquirió posterior a la terminación del vínculo laboral conforme el propio carné de discapacidad presentado por el actor".-**

<u>d.2.4.3.-)</u> Con relación a que la condición de persona con discapacidad debió serle comunicada por el accionante a los accionados, al respecto este Tribunal considera que la discusión no se debe referir a si el actor comunicó o no su discapacidad, sino determinar si tenía o no, al momento de ser despedido intempestivamente, dicha discapacidad, puesto que, no existe ningún tipo de obligación jurídica de que una persona con discapacidad comunique a su empleador esa condición para beneficiarse de los derechos previstos en la Ley Orgánica de Discapacidades, quedando prohibido solicitar o requerir otros requisitos que no sean los previstos en la Constitución o la ley para el goce de los derechos, tal como lo señalan los Arts. 11 y 47 de la Constitución: "***Art. 11***.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.- Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén

establecidos en la Constitución o la ley.- Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.- 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.- 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia", en concordancia con el Art. 47, numeral 5, que señala: "***Art. 47***.- El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social.- Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a: (...) 5. El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas", y en aplicación irrestricta del Art. 5 del Código del Trabajo, que señala: "***Art. 5.- Protección judicial y administrativa.*** Los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos".-

d.2.4.4.-) Al respecto nuestro máximo Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre los presupuestos para que opere el pago de la indemnización del Art. 51 de la Ley sobre Discapacidades, donde no es requisito la notificación de la condición de persona con discapacidad al empleador, al respecto tenemos el fallo dictado por la Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia, dentro del Juicio No. 09359-2016-03292, donde expresamente se mencionó: **"...los derechos que la Ley Orgánica de Discapacidades confiere a las personas que tengan alguna condición de discapacidad como parte de los grupos vulnerables, concretamente con la garantía de estabilidad y la indemnización especial de 18 meses de remuneraciones prevista en el artículo 51 de la mencionada Ley. Las personas discapacitadas, están consideradas como parte de los grupos vulnerables de la sociedad y la Constitución garantiza sus derechos, entre ellos a la inclusión laboral, conforme lo establecido en los artículos 35 y 47 de la Constitución. El artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades no establece como condición especial o requisito previo para acceder al derecho a la indemnización especial en caso de despido intempestivo, que la persona trabajadora discapacitada notifique al empleador haciendo conocer su situación de salud, como sucede en el caso específico de la mujer embarazada; así se ha pronunciado la Sala de lo Laboral de esta Corte Nacional. Entre los derechos de libertad de las personas, está el de guardar reserva sobre sus convicciones; y en ningún caso se puede exigir a las personas información sobre sus creencias, filiación política o datos referentes a su salud; así lo establece el art. 66 numeral 11 de nuestra Constitución… La actora ha demandado en juicio sumario laboral impugnando el acta de finiquito suscrita el 30 de junio de 2016, por considerar que aquella afecta sus derechos por cuanto no se ha incluido la indemnización especial de 18 meses de remuneraciones por despido intempestivo prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades; también reclama la indemnización por despido discriminatorio, de acuerdo al art. 195.3 del Código de Trabajo: además de valores por descuentos por faltas injustificadas en los meses de enero y abril de 2016, y utilidades por los períodos 2014, 2015 y 2016. Al respecto se considera: a) La existencia de la relación laboral y el hecho del despido intempestivo no es materia de controversia, pues están reconocidos en el acta de finiquito de 30 de junio de 2016 suscrita por las partes ante el inspector del trabajo. b) La condición de discapacidad de la actora, con el grado de 47% de discapacidad, está plenamente acreditada según la copia del carnet del CONADIS emitido el 8 de junio de 2012. c) Conforme se analizó anteriormente, la persona trabajadora con discapacidad, en el caso de despido intempestivo,**

como requisito previo para acceder a la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades… DECISIÓN: Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, CASA la sentencia dictada por el Tribunal de mayoría de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 26 de julio de 2017, a las 17h30: y en su lugar ordena que la demandada Marjorie Tatiana Vera Reyes, por sus propios derechos, pague a la actora la indemnización contemplada en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades que corresponde a dieciocho remuneraciones mensuales, así como también la indemnización prevista en el artículo 195.3 del Código del Trabajo, que corresponde a un año adicional de remuneraciones: Rubros que se cuantifican en la cantidad de QUINCE MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA (USD 15.000,00) tomando en consideración que la última remuneración de la actora fue de USD 500.00.- Con costas y honorarios a cargo de la demandada, que se fijan en el 5% al tenor de lo dispuesto en el artículo 588 del Código de Trabajo.- No a lugar el pago de intereses, por no estar dentro de los rubros establecidos en la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia No. 08-2016, publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 894 de 1 de diciembre de 2016" (lo resaltado no consta en el original).-

d.2.4.5.-) El Art. 51 de la Ley de Discapacidades, establece el pago de una indemnización, adicional a las previstas en otras leyes, en el caso de que se produzca la terminación unilateral de la relación laboral, señalando: **"Art. 51.- Estabilidad laboral.- Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo.- En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente...".-**

d.2.4.6.-) La parte accionada, al efectuar afirmaciones explícitas, atrajo para sí, invirtió la carga de la prueba, sobre la discapacidad del accionante, al señalar que: **"a la fecha de la terminación de la relación laboral el accionante no tenía discapacidad alguna; además no notificó sobre la misma, no era notoria de ninguna manera y debo insistir en que la misma la adquirió posterior a la terminación del vínculo laboral conforme el propio carné de discapacidad presentado por el actor"**, debió probar sus afirmaciones que no le notificó, aunque dicha falta de notificación no es requisito para que se le conceda el pago de la indemnización, debió demostrar que a la fecha del despido el accionante no tenía discapacidad alguna, o que no era notoria, por lo que, al no cumplir con la prueba de sus afirmaciones explícitas, las que según el Art. 169 del COGEP son de cargo del accionado: **"La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada".-**

d.2.4.7.-) Si bien es cierto el carné de discapacidad fue otorgado con fecha posterior a la terminación de la relación laboral, no es menos cierto, que eso no impide que la discapacidad ya haya existido con anterioridad, recordando que la calificación es un trámite que lleva su tiempo, y que al afirmar que el accionante no poseía discapacidad al momento de la terminación de la relación laboral, debió demostrarla de manera plena, y como no lo hizo, por inversión de la carga de la prueba se aceptan los cargos en contra de la sentencia, en lo relacionado con la impugnación del acta de finiquito, que no contempló el pago de la indemnización prevista en el Art. 51 de la Ley sobre Discapacidades, por lo que se ordena su pago, tomándose como base la última remuneración

señalada en el acta de finiquito, que es un elemento no controvertido, que asciende a la suma de USD$.1.247,36 x 18 = USD$. 22.452,49 (Veintidós mil cuatrocientos cincuenta y dos dólares con cuarenta y nueve centavos de dólar de los Estados Unidos de América) (...)*".*

Se observa que el tribunal de apelación, esta consiente de que el carnet de discapacidad es obtenido con fecha posterior a la terminación de la relación laboral, sin embargo de ello, para justificar su decisión de conceder el pago de la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades argumenta: *"eso no impide que la discapacidad ya haya existido con anterioridad, recordando que la calificación es un trámite que lleva su tiempo, y que al afirmar que el accionante no poseía discapacidad al momento de la terminación de la relación laboral, debió demostrarla de manera plena, y como no lo hizo, por inversión de la carga de la prueba se aceptan los cargos en contra de la sentencia, en lo relacionado con la impugnación del acta de finiquito, que no contempló el pago de la indemnización prevista en el Art. 51 de la Ley sobre Discapacidades".*

En el análisis expuesto, existe evidente contradicción al momento de establecer las razones por las cuales consideran procedente el cargo al tenor del artículo 51 L.O.D, pues enuncian supuestos atribuibles a las dos partes litigantes: por un lado, sin desconocer la obligación que tiene la parte actora de justificar la discapacidad declarada legalmente, durante la vigencia de la relación laboral; el Tribunal suple esta deficiencia bajo un argumento que no está contenido del caudal probatorio como es "*recordando que la certificación lleva su tiempo*", transgrediendo el principio dispositivo e ignorando lo dispuesto en el artículo 172 del COGEP, que señala la manera como el Juzgador construirá y alcanzara la presunción judicial para fallar; presunción que siempre será en virtud de la prueba aportada. En el presente caso, no existe evidencia que justifique que esa presunción, ya referida, no procede de su interior y subjetivo parecer. Por otra parte, al haber aceptado la condición de discapacidad del actor ya no correspondía un análisis de la inversión de la carga de la prueba; de ahí la contradicción del juzgador al buscar modos no apropiados para sustentar su razonamiento, toda vez que la normativa inherente a las discapacidades establece los mecanismos para alcanzar la calificación, así tenemos:

*"**Artículo 51.- Estabilidad laboral.-** Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo.*

En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente.

Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley.

Además, para la supresión de puestos no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional."

La invocada norma garantiza estabilidad especial a las personas que tienen una condición de discapacidad, la norma establece esta garantía (estabilidad) reforzada y dispone el pago de una indemnización a la vulneración de esta, misma que será reconocida siempre y cuando la relación contractual haya terminado de manera injustificada o arbitraria.

Ahora bien, para que una persona con condición incapacitante o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad , pueda acceder a los beneficios de esta ley, se debe cumplir con los parámetros previstos tanto en la Ley Orgánica de Discapacidades como en su Reglamento, en los artículos 9 de la Ley y artículos 1, 3, 5 del Reglamento, los que en parte pertinente señalan:

LEY ORGÁNICA DE DISCAPACIDADES

- ***Artículo 9.- Calificación**.- **La autoridad sanitaria nacional a través del Sistema Nacional de Salud realizará la calificación de discapacidades** y la capacitación continua de los equipos calificadores especializados en los diversos tipos de discapacidades que ejercerán sus funciones en el área de su especialidad. La calificación de la discapacidad para determinar su tipo, nivel o porcentaje se efectuará a petición de la o el interesado, de la persona que la represente o de las personas o entidades que estén a su cargo; la que será voluntaria, personalizada y gratuita. (énfasis añadido)*

REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DE DISCAPACIDADES

- *Art. 1.- De la persona con discapacidad.- Para efectos de este Reglamento y en concordancia con lo establecido en la Ley, se entenderá por persona con discapacidad a aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en una proporción al treinta por ciento (30%) de discapacidad,* ***debidamente calificada por la autoridad sanitaria nacional****. (énfasis añadido)*
- ***Art. 3.- Reconocimiento y calificación.- Corresponde a la autoridad sanitaria nacional emitir el certificado o documento que acredite la calificación de la discapacidad y la certificación de condición discapacitante****. La determinación de la deficiencia o condición discapacitante la realizarán los médicos especialistas del sistema nacional de salud, acreditados expresamente por la autoridad sanitaria nacional. En el certificado que se emita reconociendo tal situación, se hará constar obligatoriamente la fecha de caducidad del mismo, identificando la deficiencia o condición discapacitante y su porcentaje. En ningún caso su vigencia podrá ser superior a un año. (énfasis añadido)*
- ***Art. 5.- Requisito para acceder a los beneficios.- Para el otorgamiento de los beneficios establecidos en la Ley, no se exigirá otro requisito además del documento que acredite la calificación de la discapacidad o la determinación de la deficiencia o condición discapacitante, en su caso****, se exceptúan aquellos en los cuales por la naturaleza del trámite sea necesaria documentación adicional." (énfasis añadido)*

Los artículos mencionados claramente determinan que la discapacidad debe ser calificada por la autoridad sanitaria nacional; en el presente caso el actor indica en su demanda que la relación laboral terminó el "***Domingo 30 de septiembre del 2018***", corroborado esto en la contestación a la demanda en donde consta: "*la relación laboral con la Compañía que represento terminó el 30 de septiembre de 2018*", coincidiendo las partes en la fecha en que terminó el vínculo.

El carnet de discapacidad del actor emitido por la Dirección Nacional de Discapacidades del Ministerio de Salud Pública, aceptado como prueba dentro del proceso, dice: "*Fecha de emisión: 11/12/2018*", fecha de emisión es posterior a la fecha de terminación de la relación laboral.

El actor al no tener condición de discapacidad legalmente acreditada durante la vigencia de la relación laboral, no tiene derecho a la indemnización por discapacidad, pues los juzgadores no podían suplir una expresa disposición normativa con un supuesto proveniente de la subjetividad como afirmar "*recordando que la calificación es un trámite que lleva su tiempo*"; sin que tampoco proceda la inversión de la carga de la prueba puesto que la indemnización prevista en el artículo 51 L.O.D, solo procede cuando se ha justificado el despido intempestivo; en tal virtud, le correspondía al demandante justificar que haya sido despedido injustificadamente y que al momento del despido mantenía una condición de discapacidad.

En tal virtud, al haberse encontrado que la sentencia recurrida adolece de vicios que conllevan a una falta de congruencia en la motivación, procede el cargo alegado bajo el caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Proceso.

Sobre el caso tres

Al haberse aceptado el recurso de casación por el caso dos, se hace inoficioso realizar un análisis al tenor de la fundamentación del caso tres.

DÉCIMO.- DECISIÓN.- Por los razonamientos antes expuestos, 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,** casa la sentencia emitida por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas de lunes 15 de marzo del 2021, las 12h59, estableciendo que no ha lugar la indemnización solicitada al amparo del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades; por lo que se declara sin lugar la demanda.- De conformidad a lo establecido en el artículo 275 del Código Orgánico General de Procesos, se ordena devolver la totalidad de la caución a la parte demandada.- **NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-**

f) Dr. Alejandro Arteaga García, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Enma Tapia Rivera JUEZA NACIONAL; Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL.

VII

Juicio Nro. *17233-2020-01651*
Resolución Nro. *506-2022*
Fecha: *lunes 21 de noviembre del 2022, las 15h42*

TEMA: Debido proceso en acción de despido ineficaz.

ASUNTO

La parte actora manifiesta que ingresó a trabajar en la empresa Nina Sport, a través de contrato verbal, desde el día 20 de febrero de 2009. La accionante agrega que posteriormente quedó embarazada y que dio a luz a su hija, haciendo uso de la licencia por maternidad. La demandante señala que en el mes de mayo de 2020 el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no le cancelo el subsidio equivalente al 75% de su última remuneración, que por ley le correspondía, ya que reflejaba en el sistema como NO AFILIADA por renuncia voluntaria.

La actora manifiesta que ante aquello llamó a su empleador, quien le indicó que ya no debía ir a trabajar porque era un gasto innecesario para él. Con tales antecedentes, la accionante exige que se declare el despido ineficaz y el pago de las indemnizaciones correspondientes. El accionado, por su parte, alega que existió el abandono del puesto de trabajo de la demandante.

En este proceso, se analiza la aplicación de lo previsto en los artículos 257 y 333 del Código Orgánico General de Procesos, en relación al trámite de la acción de despido ineficaz, respecto de los términos abreviados que son aplicables a las causas que corresponden al despido ineficaz de mujeres embarazas o en período de lactancia y dirigentes sindicales.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito analiza que el empleador debe justificar el abandono alegado, situación que no ha sucedido en el proceso, tanto más que no consta del expediente el correspondiente trámite de visto bueno que debió ser presentado ante la autoridad administrativa competente, de conformidad con la causal primera del artículo 172 del Código del Trabajo.

Adicionalmente, el juez analiza que la mujer trabajadora en estado de gestación o en período de lactancia tiene una protección especial del Estado, conforme los artículos 331 y 332 de la Constitución de la República y el artículo 195.1 del Código del Trabajo; en tal virtud, acepta la demanda y declara con lugar el pago de las indemnizaciones por despido ineficaz.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandada interpone recurso de apelación, en tal virtud, el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha indica que el fallo escrito de primera instancia fue notificado a las partes procesales el 1 de febrero de 2021 y que, la parte demandada, pese a haber interpuesto el recurso el mismo día de la audiencia única, su fundamentación por escrito la realizó el 17 de febrero de 2021, por lo que, la parte demandada ha fundamentado su recurso de apelación fuera del término que establece la ley para el efecto (5 días), por consiguiente, debe tenérselo como no deducido.

En ese sentido, el tribunal resuelve devolver el proceso a la unidad judicial de origen, dado que ha sido indebidamente concedido el recurso de apelación. De esta resolución el demandado propone recurso de casación.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17233-2020-01651

Jueza Ponente: Dra. Enma Tapia Rivera

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, lunes 21 de noviembre del 2022, las 15h42, **VISTOS:** Jurisdicción y Competencia Corresponde el conocimiento y resolución de esta causa al Tribunal de casación conformado por la Dra. Enma Tapia Rivera (ponente), Dra. Katerine Muñoz Subía y Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, de conformidad con las resoluciones N° 01-2018 y N° 002-2021, emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; y, en este proceso en mérito al sorteo, cuya razón obra del expediente de casación que se lo realiza de acuerdo con lo dispuesto en el art.183 sustituido por el art. 8 de la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial 38, Suplemento, de 17 de julio de 2013. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los arts. 184 numeral 1 de la Constitución de la República; arts. 184 y 191 numeral 1 del COFJ; y, art. 269 del COGEP. Antecedentes Ana Gabriela Quindigalli presentó una demanda por despido ineficaz contra Rubén Rodolfo Vega Ruiz, que llegó a conocimiento del juez de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito; quien a través de sentencia de fecha 01 de febrero de 2021, declaró con lugar la demandada. Al encontrarse inconforme con esta resolución, el demandado interpuso recurso de apelación, que fue enviado a la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. En fecha 25 de mayo de 2021, por voto de mayoría, se emitió un auto en el que se resolvió lo siguiente: "[...] Conforme obra del expediente de primera instancia, se tiene: a) El fallo escrito ha sido notificadas las partes procesales el 1 de febrero de 2021 (fs. 71 a 82). b) La parte demandada pese haber interpuesto recurso el día mismo de la audiencia única, fundamentación su recurso mediante escrito presentado con fecha 17 de febrero del 2021, a las 13:53 (fs. 83 a 87). c) Puesta en conocimiento dicha fundamentación de la contraparte, la Jueza A quo ha concedido el recurso de apelación (fs. 106). [...]." Actos de sustanciación del recurso de casación Al no estar de acuerdo con la resolución dictada por el Tribunal de segundo nivel, el demandado presentó recurso de casación al amparo del caso primero del art. 268 del COGEP; que llegó a conocimiento del Dr. Julio Arrieta Escobar, Conjuez Nacional, quien a través de auto de fecha 05 de noviembre de 2021 ordenó que se aclare el recurso presentado; posteriormente, dado cumplimiento aquello por la parte recurrente, el mentado Conjuez por medio de auto de 18 de noviembre de 2021, admitió a trámite el recurso interpuesto. Luego, por medio de sorteo realizado el día 07 de noviembre de 2022; el proceso pasó a conocimiento de este Tribunal. Cargos admitidos en contra la sentencia impugnada La parte demandada, fundamentó su recurso extraordinario de casación señalando que se han infringido los arts. 75, 76 y 82 de la Constitución de la República; y los arts. 332 numeral 8 y 333 inciso tercero del COGEP; pues, el juez de primer nivel no consideró que la presente causa se trata de una acción de despido ineficaz que debía ser formalizada por el trámite sumario especial de tiempo reducido, que se aplica en los casos de despido de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia. Por lo contrario, aplicó el tramite sumario normal durante todo el proceso; desde el inicio cuando admitió la demanda y dispuso que la contestación deberá cumplirse en el término de 15 días, provocando que el accionante, al momento de presentar su recurso de apelación, también considere el término del trámite sumario normal; recurso de apelación que fue admitido por el juez a quo y fue enviado al tribunal de segunda instancia. El tribunal ad quem al momento de conocer el recurso de apelación, lo tuvieron como no fundamentado puesto que no se lo interpuso dentro del término de cinco días, según lo establecido

el tramite sumario especial; cuando lo que debían hacer, según menciona el recurrente, era declarar la nulidad de todo lo actuado desde el auto que califica la demanda de clara y completa y dispone el término de 15 días para que el demandado pueda contestar la misma; por no considerar que se trata de una acción de despido ineficaz que se desarrolla con un trámite sumario especial con términos reducidos. Esta situación, a decir del casacionista, ha provocado su indefensión dentro de la causa, violentado la garantía básica del debido proceso. Audiencia y fundamentos de los recursos de casación Según las disposiciones contenidas en el art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por lo que este Tribunal según las disposiciones del art. 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas para las audiencias, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el lunes 14 de noviembre de 2022; las 09h00; y, una vez finalizado el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 273 ibídem. Problema jurídico a dilucidar Una vez plasmada la fundamentación del recurso, este Tribunal observa que el recurrente no explica de manera detallada en qué vicio ha incurrido el tribunal de segunda instancia, si es que se trata de una falta de aplicación, errónea interpretación o indebida aplicación de las normas de derecho adjetivo; no obstante, al haber sido admitido a trámite el recurso de casación, este tribunal no puede hacer una doble revisión de los aspectos formales, sino que debe limitarse a revisar el fondo del recurso, según lo establecido en el Sentencia No. 370-15-SEP-CC de la Corte Constitucional, por consiguiente, se ha plantado el siguiente problema jurídico a dilucidar: Determinar si el tribunal de apelación violentó la garantía básica del debido proceso al no disponer la nulidad de la causa, a pesar de que, del propio expediente se observa que el juez a quo no aplicó los términos especiales previstos para los procesos de declaratoria de ineficacia de despido intempestivo de mujer embarazada o en periodo de lactancia. Resolución respecto a las impugnaciones presentadas Consideraciones sobre el caso primero del Art. 268 del COGEP La causal primera del Art. 268 del COGEP se presenta cuando el órgano juzgador incurrió 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. Dicha nulidad únicamente procede cuando el proceso haya sido viciado de nulidad insubsanable o cuando haya provocado indefensión; en otras palabras, cuando se demuestre una violación del debido proceso por cuanto no se han observado las normas procedimentales fijadas para cada tipo de trámite. El Tribunal de casación, al analizar los cargos esgrimidos por el recurrente, debe observar que los jueces de instancia hayan actuado en apego a las normas procesales y encaminado la validez del proceso; y en caso de advertir nulidades procesales (legales o constitucionales), declararlas a petición de parte o de oficio, con sujeción a la Constitución, la ley, y los principios de especificidad, trascendencia, y tutela judicial efectiva de los derechos, que rigen para esta materia. Es necesario recalcar que la nulidad procederá en caso de que exista indefensión de las partes procesales o se omita una o más solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias; o cuando se haya vulnerado el trámite correspondiente al estado o la causa. La declaratoria de nulidad en uno y otro caso procede, siempre que la omisión o violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa. La desestimación por vicios de forma o error in procedendo se producen, cuando han ocasionado nulidad insubsanable o provocado indefensión a los sujetos procesales, lo cual se efectiviza con el incumplimiento de una o más solemnidades sustanciales, las cuales se encuentran taxativamente dispuestas en el art. 107 del COGEP; o cuando una de las partes se ve afectada por incumplimiento de normas constitucionales que provoquen indefensión. Cabe entonces, establecer que toda nulidad provoca la devolución del proceso para su reposición, al estado de sanear las causas que afectan la validez procesal. Por lo que, no basta el simple error jurídico sin trascendencia en el fallo, sino que debe condicionarlo de tal manera, que, de no haber ocurrido la falencia, la sentencia recurrida hubiese arrojado otro resultado. La relevancia del yerro por motivos in procedendo, no siempre es de fácil demostración. Actos de los juzgadores de instancia Para resolver los fundamentos del casacionista, es necesario remitirnos

a las actuaciones del juez a quo y del tribunal de segundo nivel respecto a las alegaciones de la casacionista. Del cuaderno de primer nivel se tiene: A fj. 22 se observa el acta de sorteo de la demanda de despido ineficaz, ingresada el 17 de junio de 2020, que llegó a conocimiento del Dr. Cristian Danilo Silva Pereira, juez de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Quitumbe, quien a través de auto de fecha 25 de junio de 2020, dispuso se aclare y complete la demanda. Una vez la parte actora aclaró y completo la demanda, el juez de primer nivel, a través de auto del 20 de julio de 2020 (fj. 29) dispuso: "VISTOS: [...] PRIMERO. CALIFICACIÓN Y ADMISIÓN A TRÁMITE. La demanda presentada la señora ANA GABRIELA QUINDIGALLI TIPAN en contra del señor RUBEN RODOLFO VEGA RUIZ, es clara, precisa y cumple los requisitos legales previstos en los artículos 142 y 143 del Código Orgánico General de Procesos; por lo que se la califica y se la admite a trámite de procedimiento sumario. SEGUNDO. CITACIÓN. Se ordena la citación de la parte demandada señor RUBEN RODOLFO VEGA RUIZ, [...]TERCERO. SOBRE LA OBLIGACIÓN. Se concede a la parte demandada el término de quince días, para que conteste la demanda de conformidad a lo establecido en el artículo 333 numeral 3 reformado por la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos [...]" (resaltado fuera de texto). A fj. 34 se observa el acta de citación al demandado, la misma que se cumplió el 27 de octubre de 2020. A fj. 57 de evidencia la razón de ingreso de escrito con la contestación a la demanda, que fue presentada en fecha 19 de noviembre de 2020. A continuación, a fj. 58 consta el auto de fecha 02 de diciembre de 2020, con el que la Dra. Doris Alexandra Llerena Flores, jueza subrogante, calificó la contestación a la demanda por haber sido presentada dentro del término y por reunir los requisitos legales. El 14 de enero de 2021 se llevó a cabo la audiencia única, en la que se emitió resolución oral aceptando la demanda planteada, ante lo cual, el demandado presentó su recurso de apelación de manera oral. El 01 de febrero de 2021, se notificó a las partes con la sentencia escrita (fj. 71-81); ante la cual el demandado presentó su recurso de apelación de forma escrita en fecha 17 de febrero de 2020. Con este recurso de apelación se corrió traslado a la parte actora para que se pronuncie al respecto en un término de 10 días. Posterior a ello, en fecha 08 de marzo de 2021, se emitió el auto (fj. 106) del que se desprende: "[...]PRIMERO. Cumplido que ha sido lo dispuesto en auto de sustanciación que precede, [...] téngase en cuenta de ser procedente todo lo manifestado por la parte accionante. SEGUNDO. Conforme lo determinado en los artículos 256 y 257 reformados mediante la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos publicada en el Registro Oficial 517 de fecha 26 de junio de 2019, la parte demandada ha interpuesto el recurso de APELACIÓN respecto a la resolución emitida, en tal virtud, remítase el proceso a la Corte Provincial, previo el cumplimiento de las formalidades de ley. [...]" (resaltado fuera de texto). Una vez enviado el proceso ante el tribunal de segundo nivel, se observa del cuaderno de segunda instancia: A fj. 4, por medio de auto de fecha 25 de mayo de 2021, el tribunal de segundo nivel, por voto de mayoría emitido por las juezas Dra. Jannet Estelita Coronel Barrezueta y María Mercedes Lema Otavalo, se pronunció con el siguiente auto: "[...]SEGUNDO.- El Código Orgánico General de Procesos, en su Art. 332 numeral 8 determina que las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia, se aplicará los términos reducidos como en el caso de niñez y adolescencia, remitiéndonos de esta forma al Art. 257 del mismo cuerpo legal, que a la letra determina: "El recurso de apelación debidamente fundamentado, o la fundamentación en el caso de que se haya interpuesto de manera oral, se presentará por escrito dentro del término de diez días contados a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito. Se exceptúa el recurso de apelación con efecto diferido, que se fundamentará junto con la apelación sobre lo principal o cuando se conteste a la apelación. En materia de la niñez y adolescencia, el término será de cinco días". Por otra parte, el Art. 258 ibídem, en su último inciso, además establece: "La apelación y la adhesión no fundamentada será rechazada de plano, teniéndose por no deducido el recurso". TERCERO.- Conforme obra del expediente de primera instancia, se tiene: a) El fallo escrito ha sido notificadas las partes procesales el 1 de febrero de 2021 (fs. 71 a 82). b) La parte demandada pese haber interpuesto recurso el día mismo de la audiencia única, fundamentación su recurso mediante escrito presentado con fecha 17 de febrero del 2021, a las 13:53 (fs. 83 a 87). c) Puesta en conocimiento dicha fundamentación de la contraparte,

la Jueza A quo ha concedido el recurso de apelación (fs. 106). CUARTO. - En el marco de lo señalado, y dado que en la causa se tiene que la parte demandada ha fundamentado su recurso de apelación fuera del término que establece la ley para el efecto (5 días), por lo que debió tenérselo como no deducido. En aplicación de que disponen los Arts. 257 y 258 último inciso del COGEP, este Tribunal, resuelve: Devolver el proceso al Jueza de origen, dado que ha sido indebidamente concedido el recurso de apelación. NOTIFIQUESE." (resaltado fuera de texto). Resolución del problema jurídico. De la revisión de la demanda presentada dentro de la presente causa, de manera textual, la actora señala que comparece con la demanda laboral por "Acción de Despido Ineficaz", y posteriormente recalca que fue despedida intempestivamente poco después de dar a luz. Por todo ello, se entiende que el juez de primer nivel conocía que se trababa de una acción por despido ineficaz, lo que conlleva que la tramitación de la causa se realice a través del trámite sumario establecido en el art. 332 numeral 8 del COGEP, que dispone: Art. 332.- Procedencia. Se tramitarán por el procedimiento sumario: 8.- Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia [...], se aplicará los términos reducidos como en el caso de niñez y adolescencia." (resaltado fuera de texto). Esta norma, expresamente ordena que en casos donde se involucre el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia como el presente caso-; el trámite sumario se regirá con los términos establecidos para los casos de niñez y adolescencia; ya que, por la urgencia del caso, el legislador ha previsto que la tramitación se realice con la mayor celeridad posible. Siendo así, el juzgador sustanciador de la causa en primer nivel debió aplicar los términos dispuestos para el trámite de niñez y adolescencia durante todo el proceso; es decir, al momento de calificar la demanda, debió señalar que el demandado, tenía el término de 10 días, luego de ser citado, para contestar la demanda; aplicando lo señalado en el art. 333 numeral 3 del COGEP: Art. 333.- Procedimiento. El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas: 3.- Para contestar la demanda y la reconvención se tendrá un término de quince días a excepción de la materia de niñez y adolescencia y del despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia [...] que será de 10 días. [...]" (resaltado fuera de texto). Sin embargo, a pesar de que la norma manifiestamente ha dispuesto que la contestación debe presentarse en el término máximo de 10 días en casos de despido de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia; el Dr. Silva Pereira, en auto de fecha 20 de julio de 2020, concedió el término de 15 días para que el demandado pueda presentar su contestación. Situación que contraviene el debido proceso establecido en la norma que corresponde aplicar al caso concreto, y, además, provoca que el proceso desde ese acto en adelante se vea afectado, como se analizará a continuación. Si el juez a quo hubiera dispuesto correctamente el término de 10 días para que el accionado conteste la demanda, dicha contestación solamente podía haberse ingresado hasta el día 12 de noviembre de 2020; empero, al extender el término a los 15 días, se permitió que fuera presentada hasta el 19 de noviembre de 2020, fecha en la que, efectivamente se presentó la contestación, según consta razón de ingreso de escritos que obra a fj. 57 del cuaderno de primer nivel; por lo que, aparentemente se cumplió con este acto dentro del término y fue admitido a trámite. Posteriormente, se continuó con la prosecución de la causa de manera normal, llevando a cabo la audiencia única, en la que se emitió la resolución oral y subsiguientemente la sentencia por escrito fue notificada a las partes procesales el día 01 de febrero de 2021. En este punto, la juzgadora subrogante de primer nivel que conocía la causa, Dra. Doris Alexandra Llerena Flores - quien omitió los errores cometidos por el juez que le antecedía como sustanciador de la causa- nuevamente comete un error; pues, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demanda, que fue ingresado el 17 de febrero de 2021, según consta razón de ingreso de fj. 97 del cuaderno de primer nivel; cuando, si se hubiera considerado los términos reducidos que debían aplicarse en este trámite, el recurso de apelación podía ser interpuesto hasta el 8 de febrero de 2021, fecha en la que se cumplían los 5 días término que otorga el art. 257 inciso segundo del COGEP, que dispone: "Art. 257.- Término para apelar.- El recurso de apelación debidamente fundamentado, o la fundamentación en el caso de que se haya interpuesto de manera oral, se presentará por escrito dentro del término de diez días contados a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito. [...] En materia de la niñez y adolescencia, el término será de cinco días." (resaltado fuera de texto). Solamente este último hecho fue considerado por

voto de mayoría del tribunal de segundo nivel al momento de inadmitir el recurso de apelación por ser presentado fuera del término de ley; pero, omitieron revisar la validez de los anteriores actos procesales; situación que sí fue prevista por el voto de minoría emitido por el Dr. Richard Iván Buenaño Loja. Estas actuaciones quebrantan el sistema procesal que ha sido previamente dispuesto en el ordenamiento jurídico, lo que conlleva una vulneración de la garantía básica del debido proceso, que establece que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se debe asegurar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes procesales; pues el juzgador de primera instancia debía garantizar el cumplimiento de normas de carácter procesal que contienen derechos adjetivos para ambas partes procesales, más aún cuando de ellas depende la prosecución de la causa y el cumplimiento de términos que conllevaran que se admitan o inadmitan actuaciones judiciales realizadas por los sujetos procesales. Así mismo, con el fin de garantizar el debido proceso, el tribunal de segunda instancia tenía la obligación de actuar con debida diligencia y revisar que el juez a quo cumpla con el debido proceso y las demás obligaciones que le confiere la ley y la Constitución de prestar una oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de los derechos de las partes dentro de la presente causa; y no solamente desde el recurso de apelación, sino que, desde el inicio del proceso se haya cumplido con las disposiciones jurídicas aplicables al caso. La nulidad del proceso puede acontecer por vicios de forma o error in procedendo, que se producen cuando se han violentado las solemnidades sustanciales establecidas taxativamente en el Art. 107 del COGEP; pero también se puede producir cuando se ha provocado indefensión de los sujetos procesales; siempre y cuando la omisión o violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa. De esta forma, toda nulidad sea legal o constitucional- genera la devolución del proceso para su reposición, al estado de sanear las causas que afectan la validez procesal, es decir, al momento en donde se produjo la falencia que causó el agravio. Si bien estas falencias procesales no fueron advertidas por las partes procesales previo al recurso de casación planteado por el demandado, esto no quiere decir que los juzgadores deban omitir la revisión de que el proceso se realice en atención a las normas constitucionales y legales que rigen el proceso; ya que es el deber de la administración de justicia brindar una tutela judicial efectiva de los derechos de las partes procesales, en el que se incluyen las garantías básicas del debido proceso y la seguridad jurídica. En consecuencia, este Tribunal de casación efectivamente comprueba que se ha infringido el Art. 76. Numeral 1 de la Constitución de la República, provocando una violación al debido proceso; y el derecho a la seguridad jurídica establecida en el art. 82 ibídem; situación que, si bien no ha puesto en indefensión a la parte demandada, como lo asegura en el libelo de su recurso de casación, si ha influido en todos los actos procesales realizados posteriormente al yerro causado y por ende, ha influido en la decisión de la causa. Decisión Por la motivación expuesta a lo largo de este fallo, este Tribunal de la Sala Especializada Laboral de la Corte Nacional de Justicia, RESUELVE, declarar la nulidad procesal de todo lo actuado a partir del auto de calificación de la demanda de fecha 20 de julio de 2020, que obra de fj. 29 del cuaderno de primera instancia. Se ordena remitir el proceso ante la Unidad Judicial de la parroquia Quitumbe para que, posterior al sorteo de ley, otro juzgador de primera instancia conozca la causa desde el momento previo que se declaró la nulidad.- **Notifíquese y devuélvase**

f) Dra. Enma Tapia Rivera, JUEZA NACIONAL (PONENTE), Dra. Katerine Muño Subía,JUEZA NACIONAL; Dra. Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL.

VIII

Juicio Nro. *08332-2017-00156*
Resolución Nro. *532-2022*
Fecha: *viernes 9 de diciembre del 2022, las 09h21*

TEMA: Límite de indemnización por cualquier forma de terminación de la relación laboral.

ASUNTO

El actor en su demanda manifiesta que trabajó por 18 años para el gobierno autónomo descentralizado municipal del cantón Quinindé, en calidad de guardia de seguridad y que, con el objeto de beneficiarse de la jubilación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el 31 de diciembre de 2015 se acogió a la renuncia voluntaria, firmando un acta de finiquito, por medio de la cual, como indemnización, se le canceló el valor de $ 35.119,75, a pagarse en siete cuotas mensuales.

El accionante señala que la cláusula 52 del Primer Contrato Colectivo de Trabajo suscrito con los trabajadores del GADSAMDQ establece que toda indemnización deberá ser cancelada dentro de los 20 días siguientes a la terminación de la relación laboral, razón por la cual, en su caso, se habría producido un despido intempestivo. El demandante añade que a una gran parte de obreros jubilados de mayor jerarquía se los liquidó con el máximo, esto es, con 7 salarios mínimos unificados del trabajador en general y, en su caso, con 5 salarios mínimos básicos unificados del trabajador en general, por lo que habría recibido un trato discriminatorio.

El actor exige al gobierno autónomo descentralizado del cantón Quinindé el pago de la diferencia de USD $ 17.308,51 de su indemnización.

En este caso se analiza el alcance del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, en cuanto al pago de la bonificación por renuncia voluntaria y el límite de los valores a ser pagados a la persona trabajadora, de acuerdo a lo establecido en el contrato colectivo, para establecer si dicho mandato contiene normas que regulan los valores a ser cancelados a la persona que se acoge a este beneficio o fija exclusivamente límites que no puede ser superados por tal concepto.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial Multicompetente de Quinindé considera que el inciso segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 es aplicable a los trabajadores sujetos al ámbito laboral, disposición que regula los límites para las indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo.

El juzgador señala que no es la entidad demandada quien termina la relación laboral, sino el ex trabajador, como expresa en su demanda, quien presentó su renuncia para acogerse a los beneficios de la jubilación, por lo que resuelve aceptar parcialmente la demanda y dispone el pago de la diferencia de $13.176,00 de indemnización a favor del accionante.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, ante el recurso de apelación presentado por la entidad demandada, en su sentencia, considera que aquella no termina la relación laboral, sino el ex trabajador, para acogerse a los beneficios de la jubilación.

El tribunal agrega que el demandante ha justificado que sus compañeros de trabajo fueron liquidados con siete remuneraciones básicas del trabajador en general, evidenciándose que fue discriminado al momento de recibir su liquidación; por lo que el órgano jurisdiccional determina que el fallo de primera instancia ha observado los principio legales y constitucionales contenidos en los artículos 11, numeral 2, y 66, numeral 4, de la Constitución de la República, que tienen que ver con el derecho de igualdad para el pago de la indemnización por renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación, ratificando la sentencia de primer nivel.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 08332-2017-00156

Juez Ponente: Dr. Alejandro Arteaga García

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, viernes 9 de diciembre del 2022, las 09h21.
VISTOS.- PRIMERO: ANTECEDENTES PROCESALES.- En el juicio laboral seguido por **BENITO BAUDILIO VALENCIA BARRE** en contra del **GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN QUININDÉ** en las personas: Ab. Carlos Simón Barcia Molina y Ab. César Enrique Cedeño Jalil en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico; el tribunal de la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Esmeraldas, dicta sentencia, el jueves 4 de marzo de 2021, las 15h06, que confirma la sentencia subida en grado que acepta la demanda. Inconforme con la decisión, la parte demandada interpone recurso de casación, siendo admitido a trámite al amparo del caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en auto de lunes 15 de noviembre de 2021, a las 11h21; dictado por la señora doctora María Gabriela Mier Ortiz, Conjueza Nacional encargada, una vez conformado el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral mediante sorteo de lunes 7 de noviembre de 2022; posteriormente se realiza la audiencia de fundamentación del presente recurso de casación y encontrándose en estado de fundamentar por escrito la decisión enunciada se lo hace bajo las siguientes consideraciones:

SEGUNDO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-
La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación en los procesos laborales según lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; Resoluciones No. 008-2021 de 28 de enero de 2021; N° 197-19 de 28 de noviembre de 2019 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y 07-2019 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como por el sorteo de ley que obra de fs.12 del cuaderno de casación.
El tribunal competente para conocer la presente causa, se encuentra constituido por: doctor Alejandro Arteaga García, Juez Nacional (PONENTE); doctora Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional; y, doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional.
TERCERO: AUDIENCIA PÚBLICA.-
Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, se llevó a cabo la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el día jueves 24 de noviembre de 2022 a las 15h00.
CUARTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.-

4.1.- SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN. - El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario esencialmente formalista y, por tal razón, exige para su procedencia el cumplimiento inexorable de los requisitos y formalidades establecidas en 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]. 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.

QUINTO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

5.1.- Alegaciones de la parte demandada. - El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal recurrente, con fundamento en el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, señala como normas infringidas: 8 inciso primero del Mandato Constituyente N° 2; y, el precedente jurisprudencial obligatorio contenido dentro de la sentencia N° 004-10-SAN-CC de fecha 09 de diciembre de 2010, Caso N° 0069-09-AN.

5.1.1.- Caso cinco. – La parte demandada recurrente fundamenta su recurso en lo siguiente:

- Que, la demandante señor VALENCIA BARRE BENITO, comparece con su demanda y en resumen afirma, que después de 18 años de labores ininterrumpidas se separó de su trabajo esto es el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Quinindé, para acogerse a la jubilación que concede el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, habiendo laborado como obrero del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Quinindé. Señala adicionalmente que **el 31 de diciembre del año 2015,** se acogió a la renuncia voluntaria firmando un acta de finiquito provisional, por medio de cual se le reconoció como beneficio especial la suma de **USD $35.119,75;** el cálculo de la indemnización que realizó y cancelo el GAD de Quinindé lo efectúo con 05 salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio, en favor del señor **Valencia Barre Benito** mismo que se encuentra dentro de los parámetros del artículo 8 inciso primero del Mandato Constituyente N° 2.
- Que, el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas en su sentencia de 04 de marzo de 2021, comete un yerro en la interpretación del artículo 8 inciso primero del Mandato Constituyente N° 2 y en la falta de aplicación del precedente jurisprudencial, por cuanto el actor se retiró de manera voluntaria del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Quinindé, para cogerse a la jubilación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pero a pesar de ello los jueces ordenaron el pago de una diferencia económica de dos salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado, por cada año de servicio, como si se tratase de una trabajador que hubiese terminado su relación laboral por despido intempestivo, como lo dispone el inciso segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2, ya que señala que solo bajo esa condición existe la obligación legal de cancelar al trabajador 7 SBU por cada año de servicio.
- Menciona que la norma que se señala infringida en el inciso primero establece que la indemnización será **de hasta** 7 SBU y hasta un monto

[1] Luis Armando Tolosa Villabona, *"Teoría y Técnica de la Casación"*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., segunda edición, Bogotá-Colombia, 2008, pág. 13

máximo del 210 SBU por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionario o servidores públicos y personal docente de sector público. Entre la categoría de servidores públicos entran todas las figuras públicas conocidas porque así lo determina la Constitución de la República del Ecuador

- Además, los jueces no aplicaron la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, contenida en la sentencia N° 004-10-SAN-CC de 9 de diciembre de 2010 dentro del Caso N° 0069-09-AN, que también recoge la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, publicada en la Gaceta Judicial N° 12 de fecha 28 de septiembre de 2012, dentro del juicio N° 904-10, ya que si se hubiese aplicado, los jueces de la Corte Provincial de Esmeraldas al momento de resolver hubiesen notado que la relación terminó por retiro voluntario y no por despido intempestivo, que sería el requisito para que el trabajador se beneficie de una indemnización con siete salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio.
- Que, el cálculo de la indemnización que realizó y canceló el GAD de Quinindé con 5 SBU por cada año de servicio a favor del actor se encuentra dentro de los parámetros de la ley para el caso de retiro por renunciar voluntaria.

5.2.- Contradicción de la parte actora.-
Conforme la grabación magnetofónica, constante en el cuaderno de casación comparece la defensa técnica de la parte actora, Benito Baudilio Valencia Barre, señalando en lo principal:

- Que, la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, una vez escuchado los fundamentos del tribunal, indica que el demandante impugnó el acta de finiquito ya que la misma contemplaba una indemnización de 5 SBU por cada año de servicio, cuando lo que correspondía eran 7 SBU por tal motivo se interpuso la demanda para que se le liquide la diferencia de 2 SBU por cada año de servicio, porque el inciso segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2, indica que las autoridades laborales velarán por el derecho a la estabilidad de los trabajadores. Salvo en el caso de despido intempestivo, las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales del personal de las instituciones contempladas en el artículo 2 de este Mandato, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y cualquier otro acuerdo bajo cualquier denominación; indica que en su caso es un acta de finiquito que ser firmó, entre el patrono y el señor actor Benito Valencia al momento de terminar su relación laboral.
- Y señala la norma además, que cualquier indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo, será de siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total; esto quiere decir, que efectivamente la indemnización no se lo realizó como señala el mandato constituyente.
- Indica que, los jueces de instancia si tomaron en consideración que a un grupo de ex trabajadores compañeros del señor actor, se los liquidó también por jubilación con 7 SBU por cada año de servicio y ahí está el motivo de su análisis. Menciona que hubo discriminación, porque no se aplicó la norma conforme dispone el artículo 11 numeral 2 y 66 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, que establecen el principio de igualdad, lo que si es considerado por los jueces de la Corte Provincial y el Juez de primera instancia.
- Que, el artículo 7 del Código del Trabajo, establece que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, se debe aplicar en el sentido más favorable al trabajador.
- Que, hubo una injusta liquidación al señor actor, que además obedeció a un tema de discriminación porque el señor es una persona mayor que durante muchos años laboró como guardia de un cementerio de una parroquia muy alejada del cantón Quinindé, que durante todo el tiempo que trabajo se esforzó por cumplir con sus labores, sin embargo a los compañeros que se los liquido con 7 SBU la mayoría fueron miembros del Comité de Obreros Municipales, fueron choferes de las autoridades, por lo que señala que tenían una jerarquía superior y en base de ello se hizo el reclamo por la mala aplicación de la norma por parte de la Directora de Talento Humano quien aplicó a su criterio subjetivo a quien le pagaba más y a quien menos.
- Que, por ese motivo el juez de primera instancia y la Sala de la Corte Provincial de Justicia,

haciendo referencia a los dos artículos mencionados y dan su sentencia a favor del accionante, por lo que solicita que se ratifique las resoluciones emitidas.

SEXTO.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:

- **Caso cinco:**
- Determinar si la sentencia emitida por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia ha incurrido en la errónea interpretación del artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2 y en la falta de aplicación de la sentencia N° 004-10-SAN-CC de fecha 09 de diciembre de 2010, Caso N° 0069-09-AN, emitida por la Corte Constitucional el Ecuador, al reliquidar con 7 salarios mínimos básicos unificados del trabajador en general, la bonificación por retiro voluntario contemplado en el mencionado mandato constituyente.

6.1.- ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO RESPECTO AL CASO QUINTO:

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 el caso cinco está conforme con los hechos, no así con el derecho aplicado, de tal manera que corresponde al tribunal de casación, examinar a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia; así se tiene:

- El señor Benito Baudilio Valencia Barre trabajó para el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Quinindé, en calidad de obrero municipal (guardia de cementerio) desde el 1 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2015, sumando un total de 18 años de servicio.
- El actor se encontraba bajo el régimen del Código del Trabajo.
- El 31 de diciembre de 2015 se acoge a la renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación del IESS, firmando un acta de finiquito provisional, por la cual recibió la suma de $ 35.119,75; calculado por el GAD Municipal del cantón Quinindé.

En la demanda la pretensión es:

- El pago de $ 17.308,51 dólares que es la diferencia que alega existe entre lo que debió recibir $ 52.428,26 **dólares y los $ 35.119,75 dólares que efectivamente cogió por el convenio firmado con el Gobierno Autónomo Des**centralizado del cantón Quinindé.

El problema jurídico que se ha establecido en base al caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, ha sido:

Determinar si la sentencia de la Corte Provincial ha incurrido en una errónea interpretación del artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2; y, en la falta de aplicación de la Sentencia N° 004-10-SAN-CC de fecha 09 de diciembre de 2010, Caso N° 0069-09-AN, emitida por la Corte Constitucional el Ecuador, al reliquidar con 7 salarios básicos unificados la indemnización contemplada en el mencionado mandato constituyente a favor del actor.

a.- El pronunciamiento de la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Esmeraldas de fecha jueves 04 de marzo de 2021, a las 15h06, en su parte pertinente señala:

> *"El demandante impugna el acta de finiquito, dado que fue liquidado con cinco salarios básico unificados del trabajador en general, correspondiéndole siete salarios, como lo dispone el Mandato Constituyente 2, en su artículo 8.2 que dispone: "Las autoridades laborales velarán por el derecho a la estabilidad de los trabajadores. Salvo en el caso de despido intempestivo, las indemnizaciones por supresión de puestos o terminación de relaciones laborales del personal de las instituciones contempladas en el artículo 2 de este mandato, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y cualquier otro acuerdo bajo cualquier denominación, que estipule pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones de terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo, será de siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total (segundo inciso)". Es importante destacar que en esta causa la entidad accionada no termina la relación laboral, sino el ex trabajador Benito Baudilio Valencia Barre, para acogerse a los beneficios de la*

jubilación. Mediante las pruebas incorporadas en el proceso, el demandante ha justificado que sus compañeros de trabajo fueron liquidados con siete remuneraciones del trabajador en general, evidenciándose que fue discriminado al momento de recibir su liquidación, en virtud de lo cual este Tribunal de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, luego de haber escuchado detenidamente las fundamentación propuestas y analizar minuciosamente el expediente, de manera unánime ha llegado a determinar que el fallo referido cumple los requisitos tanto formales como esenciales establecidos en la ley, que consideramos que el juez de primera instancia ha observado los principio legales y constitucionales con el fin de emitir el fallo objeto de impugnación, hemos observado las normas constitucionales contenida en art. 11 núm. 2 y art. 66 núm. 4 de la Constitución que tiene que ver con el principio ***derecho de igualdad y es necesario para ello recordar que obra del proceso que la misma institución municipal en caso similares llegado a nuestro conocimiento aplicado para ello el pago de la indemnización de 7 salarios básicos unificados a favor de los trabajadores que de igual forma han renunciado como es el caso que nos ocupa. Por lo que considera aceptar la reliquidación de los dos sueldos básicos unificados del trabajar en general que no fueron tomados en cuenta al momento de liquidar al ex trabajador, de la siguiente manera: cinco salarios básicos unificados del trabajador en general en vigencia en el año 2015, $ 354,00, y lo que debió percibir, siete salarios básicos unificados por cada año de trabajo, lo que cuantificado en términos económicos asciende a $ 13.176,00, TRECE MIL CIENTO SETENTA Y SEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.*** *NOVENO: RESOLUCIÓN.- Por lo expuesto y analizado en los considerandos precedentes, el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, niega el recurso de apelación presentado por el ente público accionado y confirma el fallo impugnado respecto al derecho que le asiste al trabajador. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia.- Ejecutoriada que sea esta sentencia devuélvase el proceso a la Unidad Judicial de origen para los fines pertinentes."*
(lo resaltado nos pertenece).

b.- El punto central de la controversia, es establecer si existió una errónea interpretación del artículo 8 del Mandato Constituyente *N°* 2, norma que cabe indicar fue reformada por la *"Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar",* publicada en el Registro Oficial N° 483-3S, de **20 de abril del 2015,** aplicable al presente caso ya que el actor conforme consta de la sentencia salió de la institución el **31 de diciembre del 2015** en cuyo texto dice:

"CAPÍTULO III *(...)* ***DE LAS REFORMAS*** *(...)* ***AL MANDATO CONSTITUYENTE No. 2*** *(...)* ***Art. 64.-*** *En el segundo inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente número Dos, a continuación de las palabras "será de" incorpórese las palabras "hasta"."*

Incorporada la reforma el artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2, indica lo siguiente:

"El monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total. Para el efecto, las instituciones del sector público establecerán, planificadamente, el número máximo de renuncias a ser tramitadas y financiadas en cada año debiendo, para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, de ser el caso. Las autoridades laborales velarán por el derecho a la estabilidad de los trabajadores. Salvo en el caso de despido intempestivo, las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales del personal de las instituciones contempladas en el artículo 2 de este Mandato, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y cualquier

otro acuerdo bajo cualquier denominación, que estipule pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo, ***será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio*** *y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total." (lo resaltado nos pertenece).*

Disposición jurídica, que establece el límite máximo al monto que se podrá pagar por concepto de las indemnizaciones que se produzcan por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público; así como los topes a las indemnizaciones acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y cualquier otro acuerdo que se entregue a los trabajadores que han concluido la relación laboral por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales; sin que dicho mandato cree nuevos derechos o incremente los montos a recibir por este concepto.

En el presente caso se tiene como hecho probado que la parte actora es un trabajador sujeto al Código del Trabajo, que renunció el 31 de diciembre de 2015 para acogerse a la jubilación otorgada por el IESS, encasillándose en el reformado inciso segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2, en el cual, como se analiza de su texto, no contempla ninguna obligación, ni indemnización, ni bonificación por renuncia voluntaria, como pretende el actor, solo establece topes máximos ya que la naturaleza misma de dicho mandato es regular los excesivos privilegios que ciertas instituciones públicas otorgaban a sus trabajadores, por lo que en este caso de la libre negociación del empleador y el actor pudieron fijar el monto desde 1 SBU **hasta** 7 SBU por cada año de servicio, sin trasgredir lo dispuesto en el mencionado Mandato.

Cabe indicar, que fue la institución demandada, la que entrego un rubro como incentivo al ex trabajador para que se acoja a la renuncia voluntaria, sin que esta situación se encuentre establecida para los trabajadores sujetos al Código del Trabajo, ni se encuentra contemplada en la Contratación Colectiva que amparaba al ex trabajador, por lo tanto, es una decisión que corre bajo la responsabilidad de dicha entidad; por lo que los juzgadores de instancia, al emitir su fallo y ordenar el pago de cantidades adicionales, no han actuado acorde a lo que establece el inciso segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2; pues debe considerarse que el presente Mandato no genera derechos, sino que establece límites, por lo que no modifica los contratos colectivos o convenios existentes, en tanto estos no superen dichos topes establecidos.

Al respecto, corresponde analizar que la relación laboral entre el ex trabajador y el GAD Municipal del cantón Quinindé, no termino por la decisión unilateral del empleador, es decir, no existió un despido intempestivo, lo que se encuentra expresamente aceptado por el propio actor, quien en su demanda mencionó: "*me separe de mi trabajo para acogerme a la jubilación que concede el Instituto Ecuatoriano de seguridad(sic) Social (…)*", y en tal virtud, vemos que la culminación de la relación laboral se debió al acuerdo efectuado en forma libre y voluntaria entre el accionante y la parte demandada, convenio en el cual se estableció como incentivo el pago 5 SBU por cada año de servicio, valor que no supera los límites máximos del Mandato Constituyente N° 2.

Ahora bien, el sentido literal del artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2 es claro no existe oscuridad en su contenido, ya que establece: "*las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales del personal de las instituciones contempladas en el artículo 2 de este Mandato, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y cualquier otro acuerdo bajo cualquier denominación, que estipule pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo,* ***será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado" (lo resaltado nos pertenece),*** por lo que, no se puede interpretar que la misma impone la cancelación obligatoria de 7 salarios básicos unificados del trabajador general para el pago de indemnizaciones por la terminación de la relación laboral.

Por lo expuesto, se evidencia que los Jueces de la Corte Provincial de Justicia del Guayas incurren en el vicio acusado ya que no consideraron que la mencionada norma fue reformada el 20 de abril de 2015, por lo que a la fecha en que se terminó la relación laboral 31 de diciembre de 2015, debieron tener en cuenta que la disposición del segundo inciso del artículo 8 de la Mandato Constituyente N° 2, establece que puede ser "hasta siete (7)", además que no genera derechos, solo establece límites

máximos, siendo improcedente que se sancione el accionar de la parte demandada, cuando el pago realizado nació del acuerdo entre las partes.

c.- Respecto a la afirmación efectuada por el actor en su demanda, de que existió por parte de la demandada un acto de discriminación en su contra, debido a su bajo nivel económico y al no compartir la misma ideología, ni partido político, la parte demandada, al efectuar el cálculo tomo la base de 5 SBU por los años de servicio y mientras que a otros compañeros se les realizó el cálculo con 7 SBU por cada año de, lo que señala es un acto discriminatorio:

> *"(...) la cláusula 52 del Primer Contrato Colectivo firmado con los trabajadores del GADMDQ., indica que se debe cancelar después de veinte días a la fecha de la notificación de la Inspectoría del Trabajo, lo cual no se cumplió ya que se me pagó en 5 dividendos mensuales lo que provocó que se configurará un despido intempestivo, dentro de todo este trámite no se tomó en consideración o referencia que a una gran parte de obreros Jubilados de mayor jerarquía como Choferes, Operadores, y otros, que por este mismo motivo se los liquido con el máximo, esto es con 7 siete salarios mínimos unificados del trabajador, y a mí con 5 (cinco), salarios mínimos básicos unificados del trabajador, de este modo a través del derecho a la igualdad, debió hacerse el reconocimiento de mi condición de individuo y por tanto, la titularidad de derechos relacionados con la dignidad humana, ya que el Mandato Constituyente 2 en su art. 8, no diferencia nadie solo indica la aplicación de este mandato de manera general a todos los trabajadores que soliciten su jubilación. Así, se advierte que el Estado debe dar un trato similar o idéntico a personas que se encuentren en una misma situación, así como evitar tratos diferenciados que generen privilegios a ciertos individuos por sobre otros, la dimensión material, establece en el tercer inciso del numeral 2 del artículo 11 de la Constitución (...)* ***demostrando que existió discriminación y desigualdad de derechos hacia mi persona, por el mero hecho de tener aparentemente una ideología y filiación política diferente a esta administración y por mi baja condición socioeconómica y grado de preparación*** *(...) mi solicitud se basa en virtud que he sido discriminado y no se aplicó el Derecho de Igualdad, tal como lo hice notar en mi pedido, que a una gran parte de obreros Jubilados por este mismo motivo se los liquido con el máximo, esto es con 7 salarios mínimos unificados del trabajador, y a mí con 5 (cinco), salarios mínimos básicos unificados del trabajador, Incurriendo en los arts. 11 numeral 2, 66 numeral 4 de la Constitución de la República, y la Declaración Universal de los derechos Humanos (...)"*

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 11 numeral 2 señala:

> "*Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad."*

Por lo que al tratarse de un derecho constitucional cabe establecer si hubo o no actos de discriminación. Nótese que un acto de discriminación constituye cualquier trato con sesgo de inferioridad que excluya a personas o a grupos, a causa de su origen étnico o nacional, religión, edad, género, opiniones, preferencias políticas y sexuales, condiciones de salud, discapacidades, estado civil u otra causa, que atente el ejercicio de sus plenos derechos; y, en el ámbito laboral, específicamente, estas acciones deben afectar la actividad relacionada al trabajo.

Ahora bien, los jueces del tribunal de apelación, como se desprende de la cita efectuada en el literal a) de este fallo, afirmaron que: "(...) *Mediante las pruebas incorporadas en el proceso, el demandante ha justificado que sus compañeros de trabajo fueron liquidados con siete remuneraciones del trabajador en general, evidenciándose que fue discriminado al momento de recibir su liquidación, en virtud de lo cual este Tribunal de la Corte Provincial de Justicia de*

Esmeraldas(...)", sin embargo no se ha establecido de qué tipo de discriminación se trata, o que el accionar haya sido en razón del bajo nivel económico del trabajador, o por su afiliación política o ideología, por lo que no se puede catalogar como un acto de discriminación independientemente de que la norma mandatoria les permite a las partes procesales establecer el monto de la indemnización que consideren pertinente.

d.- Por otro lado, sobre la falta de aplicación de la **Sentencia N° 004-10-SAN-CC de fecha 09 de diciembre de 2010, Caso N° 0069-09-AN, emitida por la Corte Constitucional el Ecuador, que en su parte pertinente señala***: "En relación al denunciado incumplimiento del inciso segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2, es preciso señalar que el artículo 25 del Contrato Único de Trabajo del IESS prevé un incentivo para jubilación, figura distinta a las previstas en la referida disposición del Mandato Constituyente N.° 2, es decir, al pago de indemnizaciones o bonificaciones por terminación de la relación laboral que también se hallen previstas en contrataciones colectivas u otros convenios entre empleadores y trabajadores sujetos al Código del Trabajo, razón por la que la accionante no se encontraba incursa en los supuestos del referido inciso del artículo 8 del Mandato, por tanto no podía ser beneficiaria de los valores establecidos por este concepto en el Mandato N.° 2. (...)".* Su análisis resulta inoficioso una vez que se ha establecido la correcta interpretación del artículo 8 del Mandato Constituyente N° 2 acusado por el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

SÉPTIMO.- DECISIÓN: Por los razonamientos antes expuestos, al tenor de lo que dispone el artículos 268 del Código Orgánico General de Procesos, al haber sido aceptados los casos propuestos, este Juzgador 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,** casa la sentencia emitida por el tribunal de la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Esmeraldas, revoca la sentencia dictada el jueves 4 de marzo de 2021, las 15h06, y declara sin lugar la demanda.- **NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-**

f) Dr. Alejandro Arteaga García, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL; Dra. Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2022

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. 17113-2014-2492
Resolución Nro. 15-2022
Fecha: 10 de febrero del 2022, las 11h30

TEMA: Naturaleza del daño moral.

ASUNTO

El accionante presenta demanda por daño moral en contra de un ex diputado, pues afirma que lo acusó de ser coautor de un delito de peculado, en medios de televisión nacional, vinculándolo cuando ejercía el cargo de Superintendente de Bancos. A su vez, el demandado presenta reconvención en contra del actor, pues en el escrito de la demanda alude que ha sido señalado como patrocinador profesional de narcotraficantes, de falsificar su tesis doctoral y que varias personas honorables afirman que trató de chantajearlos.

En el presente caso, se analiza la naturaleza del daño moral, así como las diferencias entre fuero e inmunidad parlamentaria correspondientes a la calidad de un diputado del Congreso Nacional, ahora Asamblea Nacional.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez décimo de lo Civil de Quito determina que la inmunidad legislativa alegada por la parte demandada no constituye impunidad civil, pues en el presente caso la parte demandada realizó una afirmación concreta sobre la comisión de un delito no comprobado, afectando un bien jurídico protegido como es el honor y el buen nombre del accionante, lo que genera el derecho para demandar una indemnización pecuniaria.

Adicionalmente, el juzgador rechaza la reconvención, pues señala que, comprendiendo el espíritu de la norma de carácter penal, no hay lugar para la acción de injuria en los discursos pronunciados en un juzgado, al entenderse que son imputaciones efectuadas en fuerza de la defensa de la causa.

De esta manera, el juez resuelve aceptar la demanda y ordena que el demandado indemnice al actor por el daño moral irrigado en su contra, en razón de un millón de dólares, a título de reparación pecuniaria.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha analiza los recursos de apelación planteados por las partes procesales y determina que el demandado no goza de fuero especial para estos juicios y que la norma únicamente exime de responsabilidad penal y civil a los diputados, pero en las opiniones vertidas únicamente en el ejercicio de sus funciones, lo que no ocurrió en el presente caso. Por lo tanto, los jueces infieren que el demandado es responsable del daño producido al accionante y está obligado a la reparación correspondiente, al vulnerar su derecho al honor y a su buena reputación e inobservar el principio constitucional de inocencia del que todo ciudadano ecuatoriano goza.

Adicionalmente, el tribunal indica que el juez de primera instancia, sin motivación alguna, determina el monto de la indemnización en un millón de dólares, sin embargo, que el deber

del juzgador es analizar de forma prudente y no arbitraria, tomando en consideración la gravedad particular del daño, por lo que estima que, de acuerdo a la jurisprudencia y doctrina, la indemnización que el actor debe recibir es de doscientos mil dólares.

Por lo expuesto, el tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha rechaza el recurso de apelación propuesto por la parte actora y acepta parcialmente el recurso interpuesto por la parte demandada, únicamente en relación a la reparación pecuniaria que debe realizar el demandado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17113-2014-2492

Juez Ponente: Dr. Roberto Guzmán Castañeda

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.

Quito, jueves 10 de febrero del 2022, las 11h30.

VISTOS:

I.

ANTECEDENTES

a) Relación de la decisión impugnada.

1. En el juicio ordinario que sigue Juan Eduardo Falconí Puig en contra de Fernando Rosero González, el juez décimo de lo Civil de Quito emitió sentencia aceptando la demanda por daño moral y determinando en un millón de dólares de los Estados Unidos de América (USD 1´000 000,00) la indemnización, a título de reparación pecuniaria.
2. De esta sentencia, tanto actor como demandado interpusieron recurso de apelación, mismos que fueron conocidos por el tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la cual dictó sentencia el 15 de noviembre de 2018, las 15h39, rechazando el recurso de apelación presentado por el actor y aceptando parcialmente el presentado por el demandado, por lo que, reformó la sentencia de primer nivel en relación con el monto de la indemnización, el cual se determinó en doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América (USD 200 000,00).

b) Actos de sustanciación del recurso de casación.

3. Inconforme con la sentencia dictada, Fernando Rosero González, interpone recurso de casación por los casos uno y cinco del artículo 3 de la Ley de Casación, mismo que fue admitido a trámite, mediante auto de 18 de octubre de 2019, las 08h52, emitido por el abogado Luis Antonio Cando Arévalo, conjuez nacional.

c) Normas jurídicas infringidas y cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada

4. El casacionista impugna la sentencia de apelación por las siguientes causales:

i) Causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva, y respecto de dicha causal, cita la infracción de las disposiciones normativas contenidas en los artículos: 137 de la Constitución Política de 1998; 60 y 61 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa vigente a la época de los hechos; 2232 del Código Civil.

ii) Causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, que tiene lugar cuando la sentencia o auto recurrido no contiene los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles, para lo cual, cita como infringida la disposición normativa contenida en el artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República.

II.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1. Jurisdicción y competencia.

5. Este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que lo conforman los jueces: Roberto Guzmán Castañeda (ponente); Wilman Terán Carrillo; y, David Jacho Chicaiza, es competente para

conocer y resolver este proceso, de conformidad con la Resolución 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

6. Sobre la base de esta Resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza, y Wilman Terán Carrillo han sido encargados de ejercer funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 111-P-CNJ-2021, 112-P-CNJ-2021, y 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021, respectivamente; y, en virtud del sorteo de ley.
7. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184 numeral 1 de la Constitución de la República[1]; 184[2] y 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial[3]; y, 1 de la Ley de Casación.

2.2. Validez procesal.

8. En la tramitación de este proceso, no se advierte la omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad el mismo, ni inobservancia por un lado, a los derechos y garantías determinados en los artículos 75 (tutela judicial efectiva), 76 (debido proceso) y 82 (seguridad jurídica) de la Constitución; y, por otro, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución y demás disposiciones normativas vigentes, por lo que se declara su validez.

2.3. Fundamentos del recurso de casación.

9. Como se mencionó en líneas anteriores, el recurso de casación fue admitido a trámite por las causales uno y cinco del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que, a continuación, se enunciará los argumentos presentados por el casacionista en el escrito del recurso.

i) Respecto de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

10. La parte casacionista acusa la falta de aplicación de los artículos 60 y 61 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa vigente a la época de los hechos, ya que no se toma en cuenta que al momento en que realizó las declaraciones, gozaba de inmunidad parlamentaria, de la cual que no podía despojarse en los sets televisivos, pues, la inmunidad parlamentaria era propia de todos los diputados y no se circunscribían únicamente al recinto legislativo, sino a cualquier lugar del país.
11. Manifiesta que por salir del recinto legislativo no dejaba de ser diputado, así como tampoco dejaba de serlo al dar declaraciones a la prensa, pues, la función de diputado y la inmunidad van juntas mientras la primera se ejerce, con la finalidad de poder fiscalizar y denunciar las actuaciones de los funcionarios públicos y de la Administración; razón por la cual, al dar las opiniones en las referidas entrevistas, estaba en el desempeño de sus funciones y protegido con la inmunidad parlamentaria, establecida tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, vigentes.
12. Afirma que, por estas consideraciones, el tribunal de apelación aplicó indebidamente el artículo 2232 del Código Civil, lo cual es determinante en la sentencia recurrida, ya que, si se hubiesen aplicado los artículos 60 y 61 de la Ley Orgánica referida, se habría rechazado la demanda planteada en su contra.
13. Sostiene que existe errónea interpretación del artículo 137 de la Constitución Política vigente a esa época, puesto que los jueces de apelación consideran que las opiniones vertidas por los diputados en el ejercicio de sus funciones, se circunscriben únicamente cuando aquel se encuentra en el recinto legislativo, lo cual no se corresponde con el texto del artículo, debido a que el diputado mientras está en funciones no pierde la calidad de tal, en cualquier lugar que se encuentre.

ii) Respecto de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

[1] **Art. 184.-** Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.

[2] **Art. 184.-** Competencia.- Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

[3] **Art. 190.-** Competencia de la sala de lo civil y mercantil.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

14. El demandado sostiene que para determinar el daño moral se debe tomar en cuenta que aquel existe cuando el bien lesionado es de naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, es decir, no apreciable en dinero.
15. Menciona que no atentó contra el honor, reputación, ni integridad psicológica o física, libertad, afectos, estabilidad y unidad familiar del actor; por lo que, no puede existir daño moral si no se ha causado dolor o sufrimiento moral, sobre lo cual no ha reflexionado el tribunal *ad quem* para emitir su sentencia.
16. Manifiesta que la carrera política del actor se ha visto permanente beneficiada, de tal manera que, escribe una página editorial para el Diario El Universo, El Comercio y Diario Hoy; que inclusive fue embajador de Ecuador ante el Reino Unido desde el 10 de junio de 2013; y, representante del país ante la Organización Mundial del Comercio con sede en Ginebra.
17. Adiciona que el actor ha recibido reconocimientos y también ha realizado publicaciones de literatura jurídica, con lo cual, se demuestra que no ha existido el daño moral derivado de las declaraciones que realizó en entrevistas dadas en ECUAVISA y TC TELEVISION.
18. Puntualiza que, de haber existido daño moral en contra del actor, aquel hubiese sufrido depresión o angustia, trastorno físico o psicológico, lo cual se vería reflejado en su trabajo y en sus responsabilidades, así como en un detrimento patrimonial, lo que no ha existido.
19. Sostiene que la sentencia recurrida no guarda relación alguna con el daño moral, pues, no existen reflexiones sobre la naturaleza de dicha figura jurídica, por lo que no se encontraría motivada.
20. Indica que con la indemnización que se ha ordenado pagar en favor del actor, se estaría originando un enriquecimiento injusto.
21. Señala que en la sentencia no se hace una clara fundamentación o motivación de lo que constituye daño moral, así como tampoco explica ningún parámetro de prudencia para este absurdo desagravio, que cae en el campo de la arbitrariedad, debido a que, no se analiza cuáles son los criterios de prudencia, cautela, moderación, sensatez, buen juicio, entre otros, que supuestamente ha utilizado el tribunal de apelación para dictar una sentencia fuera de toda lógica.
22. Agrega que en el supuesto no consentido de que haya lugar al pago de una indemnización, la Sala debió motivar y argumentar cuáles son los criterios de prudencia y cautela utilizados para llegar al absurdo monto ordenado a pagar.
23. Solicita que se case la sentencia y se la anule por falta de motivación.

III.
CUESTIONES PREVIAS

a) Sobre la técnica del recurso presentado.

24. De la lectura y examen del recurso de casación presentado por la parte actora se observa, que la fundamentación de las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, no se apega en forma estricta a las exigencias de la técnica casacional, pues a pesar que se individualiza los cargos presentados en virtud de cada causal, quien recurre pretende que a través de la alegación de falta de motivación –como requisito de la decisión- de la sentencia de segunda instancia, se cambien los hechos dados por probados en la referida sentencia, por considerar que en la misma no existe análisis ni argumentación jurídica alguna; sin embargo, la parte demandada recurre también por la causal primera, la cual únicamente puede ser invocada cuando quien activa este recurso se encuentra de acuerdo con los hechos probados en instancia y, por consiguiente, fijados en la sentencia de apelación –situación que no sucede en el presente caso-, lo cual en sentido formal no procedería.
25. Al respecto, es necesario recordar que cada causal de casación es autónoma excluyente e independiente entre sí, en cuanto a los motivos que impulsan el recurso, por lo que no se las puede confundir o alegar de manera simultánea, considerando que cada una de ellas tiene una consecuencia diferente, así persigan la misma finalidad: casar la sentencia de segunda instancia.
26. Es así que, quien recurre por la causal primera se encuentra de acuerdo con los hechos fijados en sentencia de segunda instancia, por lo que busca únicamente la aplicación, la interpretación o aplicación correcta de una norma de derecho o de un precedente jurisprudencial obligatorio; quien recurre en virtud de la causal segunda, pretende que se declare una nulidad procesal para retrotraer el proceso hasta antes de la existencia del vicio; quien recurre por la causal tercera, si bien no pretende que se valore nuevamente los elementos de prueba evacuados

en instancia, busca que se aplique, se interprete o se aplique correctamente una disposición normativa que contenga un precepto jurídico sobre valoración de la prueba; quien recurre en virtud de la causal cuarta, pretende que se corrija la violación del principio de congruencia respecto de la traba de la *Litis*, cuando se ha concedido a una de las partes más de lo pedido, menos de lo pedido, o algo no pedido en la demanda o en la contestación a aquella; y, quien recurre por la causal quinta, busca que la sentencia incongruente respecto de las decisiones adoptadas en la parte dispositiva o que no contiene los requisitos de ley, sea modificada, emitiendo en su lugar una que se ajuste al principio de congruencia de la parte dispositiva, o que cumpla con los requisitos que manda la ley, entre ellos, el de motivar la decisión judicial, con suficiencia de las justificaciones que fundamentan la resolución sobre la relación jurídica sustancial.

27. De esta manera, al contravenir la técnica casacional, se impediría al tribunal de casación realizar su labor de control de legalidad de la sentencia. Sin embargo, toda vez que el recurso ha sido admitido a trámite con estas deficiencias formales, es decir, que ha superado ya la fase de admisibilidad, considerando lo resuelto por la Corte Constitucional en reiterados fallos[4], la cual en su momento argumentó lo que sigue:
"[...] *Esta obligación, sin embargo, debe ser tasada en su justo peso, tomando en cuenta la naturaleza excepcional de un recurso extraordinario, como es la casación [...] ahora bien, la forma de presentación del recurso debió ser analizada en un momento procesal anterior, que es la fase de admisibilidad del recurso. [...] Es así que, una vez admitido a trámite el recurso, existe una declaración expresa de la judicatura de casación de que el recurso cumplió con los requisitos formales requeridos para su presentación. Lo que corresponde al dictar sentencia es, entonces, resolver si la sentencia o auto impugnado por medio del recurso de casación incurre en alguna de las causales determinadas por la ley para el efecto. Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo:*
'...esta Corte considera importante hacer notar que los argumentos señalados por la Sala Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, y sobre los cuales se resolvió negar el recurso de casación, responden a circunstancias relacionadas con la forma de presentación del recurso, los cuales debieron ser analizados dentro del proceso de calificación y admisión con el que cuenta el recurso de casación (...). Ante lo señalado, dentro del presente caso, en donde la negativa al recurso de casación está fundamentada en falencias de forma sobre las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, cabe notar que dicha improcedencia debió ser señalada por la propia Corte Nacional de Justicia dentro del proceso de calificación y admisión antes descrito, circunstancia que al no haber acontecido, obliga a la Corte a conocer y resolver sobre los argumentos y pretensiones del recurrente, pues de lo contrario, estaríamos ante la vulneración de la tutela judicial efectiva…' [...]"

28. Se procede a analizar las alegaciones presentadas en virtud de las causales primera y quinta, con la finalidad de cumplir tanto con los razonamientos de la Corte Constitucional, como con el deber de motivar la decisión y dar respuesta a las pretensiones del recurrente.

b) Orden de análisis de las causales alegadas.

29. Sobre el orden de estudio y resolución de las causales que se invocan, la doctrina casacional sostiene:
"[...] Estudiar el orden lógico implica que la Corte analiza los cargos, no en el orden de presentación como aparezcan en la demanda, sino que, por lógica, empieza por los cargos formulados por vicios in procedendo, y dentro de estos, por las causales constitutivas de la denuncia de nulidades procesales, la quinta en materia civil [...] Si se proponen varias causales, el examen debe realizarse primero a las causales constitutivas de vicios in procedendo, partiendo de las causales consagratorias de nulidades procesales, y luego de hace a las causales in iudicando [...]"[5].

[4] Ver Sentencia No. 092-13-SEP-CC, caso No. 538-13-EP, de 12 de noviembre de 2013, Sentencia No. 008-14-SEP-CC, Caso No. 0729-13-EP, de 09 de enero de 2014 y Sentencia No. 057-14-SEP-CC, Caso No. 421-13-EP, de 02 de abril de 2014.
[5] Luis Tolosa Villabona, *Teoría y técnica de la casación*, 2ª. ed., (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2008), 312.

30. En este sentido, el orden de examen de las causales es el siguiente: en primer lugar, la causal segunda, a continuación, la quinta y la cuarta, para proseguir con la tercera y concluir con la primera, por considerar que este es el orden lógico que deben aplicar los juzgadores al momento de resolver el recurso.

IV.
PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

31. De acuerdo con lo expuesto en el recurso de casación, este tribunal de justicia para resolver las impugnaciones del presente caso, plantea los siguientes problemas jurídicos:
    i) ¿Existe falta de motivación en la sentencia de segunda instancia emitida por el tribunal *ad quem*?
    ii) ¿El tribunal *ad quem* ha incurrido en falta de aplicación de los artículos 60 y 61 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa vigente a la época?
    iii) ¿El tribunal *ad quem* ha incurrido en indebida aplicación del inciso tercero del artículo 2232 del Código Civil?
    iv) ¿El tribunal *ad quem* ha incurrido en errónea interpretación del artículo 137 de la Constitución Política vigente a la época?

V.
ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN MOTIVADA

32. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas[6]. En la actualidad, la motivación casacional sigue en una constante evolución que exige un análisis de razonabilidad práctica más allá de la racionalidad formal.
33. La motivación es la justificación de la decisión judicial[7] y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión[8], en un sentido u otro[9]; es decir, el juez no debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión, ya que la ley no lo exige así, ni tampoco reporta utilidad alguna para las partes, pues, lo que realmente importa, es la motivación en el contexto de la justificación, o, el razonamiento que justifica que dicha decisión es admisible en el marco de los conocimientos y reglas del derecho[10].
34. En el sentido anterior, el Tribunal Constitucional español, respecto de la concepción racionalista de la motivación –misma que ha sido acogida por aquel- ha sostenido que:
    "[...] *lo que [...] garantiza el art. 24.1 de la CE es el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en derecho* [...]"[11]
35. Así, la exigencia de motivación de la decisión judicial responde a dos funciones principales. En la función endoprocesal, la motivación está encaminada, por un lado, a posibilitar a los sujetos procesales el control de la fundamentación de la decisión judicial y el ejercicio de su derecho a impugnar[12]; y por otro, a facilitar la revisión de la decisión por parte de un juez o

---

[6] Cfr. Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 227-12-SEP, Caso 1212-11-EP, 21 de junio de 2012, la que establece, ciertos parámetros o guías para la determinación de una decisión motivada. Dicha sentencia se cita con frecuencia en el repertorio de jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional, así: (1) Sentencia 020-13-SEP-CC, Caso 0563-12-EP, 30 de mayo de 2013. (2) Sentencia 097-13-SEP-CC, Caso 1614-11-EP, 26 de noviembre de 2013. (3) Sentencia 123-13-SEP-CC, Caso 1542-11-EP, 19 de diciembre de 2013. (4) Sentencia 023-14-SEP-CC, Caso 2044-11-EP, 29 de enero de 2014 (5) Sentencia 048-15-SEP-CC, Caso 1657-12-EP, 25 de febrero de 2015. (6) Sentencia 332-15-SEP-CC, Caso 0418-14-EP, 30 de septiembre de 2015, entre otras. En la actualidad, sobre la motivación cfr. (1) Caso No. 18989-12-EP, 04 de diciembre de 2019. (2) Caso No. 1728-12-EP/19, 02 de octubre de 2019.

[7] Entendida en el marco de una concepción racionalista de la motivación.

[8] En referencia a los postuladas de la concepción psicologista de la motivación.

[9] Jordi Ferrer, Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso, (Madrid: Marcial Pons, 2021), 187-188.

[10] Alejandro Nieto, *Arbitrio judicial*, (Barcelona: Ariel, 2000), 157.

[11] Sentencia del Tribunal Constitucional español 46/2020 de 15 de junio.

[12] Artículo 8. Garantías Judiciales. (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. En concordancia con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 que determina que: Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

tribunal superior; operando como una garantía de la correcta administración de justicia y del debido proceso[13] [14].

36. En la función extraprocesal, a través de la motivación se busca controlar el ejercicio del poder del estado por fuera del contexto procesal, es decir, en virtud del principio de publicidad, la sociedad puede examinar las decisiones judiciales y sus fundamentos y, en el caso de la comunidad de juristas no vinculados al proceso en cuestión, les permite realizar un análisis crítico de los fallos y el conocimiento de sus fundamentos con la finalidad de que realicen un juicio de predictibilidad[15] de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica[16].

37. Estas dos funciones de la motivación se encuentran reconocidas en los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH sobre las disposiciones convencionales en casos contenciosos sometidos a su conocimiento, es así que, en varias sentencias ha sostenido que:

"[...] *La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión [...]"*[17] *[...] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas. Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa". Sin embargo, la Corte también ha referido que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha* [...]"[18]

38. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente.

39. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente, con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.[19]

---

[13] Ferrer, Jordi, Ob. cit., 189-191.

[14] A este respecto, es importante mencionar que, inclusive en derecho comparado, específicamente en sistemas de common law, se ha establecido en sus precedentes, que el deber de motivar o de justificar las decisiones judiciales es a la vez, una función del debido proceso, y por tanto, de justicia; y, que su fundamento tiene dos funcionalidades. La primera se refiere a que la justicia, exige que los sujetos procesales –especialmente la parte a quien se le ha rechazado su pretensión- sepan por qué han ganado o perdido –coloquialmente hablando- el proceso, pues, si no se justifica la decisión, quien no ha obtenido el resultado esperado en el proceso judicial, no sabrá si el tribunal se ha desviado en la aplicación del derecho, y por lo tanto, pueda considerar que tiene fundamento para impugnar sobre el fondo del asunto. La segunda funcionalidad es que el deber de motivación 'concentra la mente', por lo que, si se cumple, es mucho más probable que la decisión se base sólidamente en la evidencia presentada. (Sentencia de al *Court of Appeal inglesa, caso Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd.*)

[15] El juicio de predictibilidad es una suerte razonamiento argumentativo que parte de las acciones que realiza un sujeto en un determinado momento; que establece cuál es el derecho que corresponde aplicar a esas conductas; y, que infiere con claridad meridiana cuál será el contenido de las decisiones de los servidores públicos si aplican ese derecho a las acciones en cuestión.

[16] Ferrer, Jordi, Ob. cit., 191.

[17] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 170.

[18] CASO V.R.P., V.P.C.* Y OTROS VS. NICARAGUA, sentencia de 8 de marzo de 2018 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pár. 254-255.

[19] Ferrer, Jordi, *Ob. cit.*, 189.

40. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.[20]
41. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.
42. Por ello, en cumplimiento de dicha obligación convencional, constitucional y legal, dentro del modelo de Estado garantista de derechos, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

5.1. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional.

43. Es necesario puntualizar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.
44. Nuestro ordenamiento constitucional establece las disposiciones normativas y principios mínimos, que deben respetarse dentro de un proceso en el que se determine el reconocimiento de derechos y obligaciones; entre ellos: acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso.
45. A la vez, el artículo 169 de la Constitución de la República prescribe que:
"*El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades*".
46. Tanto el derecho a acceder a las instancias jurisdiccionales, como los pasos que posibilitan el desarrollo del proceso judicial, se efectivizan a través de garantías, es así que, todo lo anterior se encuentra englobado por el derecho a la tutela judicial efectiva.
47. Con respecto a la tutela judicial efectiva, la doctrina señala que se despliega en tres momentos: "[...] *el primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener una solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos*".[21]
48. Es decir, implica acceso a la justicia, proceso debido y eficacia de la sentencia, lo que la erige como un mecanismo a través del cual resulta posible llevar a cabo la materialización de los demás derechos constitucionales.
49. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana –en adelante CC- señala que el derecho a la tutela judicial efectiva,[22] que prescribe el artículo 75 de la Constitución de la República, es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías

[20] Michele Taruffo, *"Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba"* Discusiones: prueba, conocimiento y verdad, Año III, No. 3, pág. 89-90. http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44675.pdf (Acceso 29/12/2021).
[21] Jesús González Pérez, El derecho a la tutela jurisdiccional, 2ª. ed. (Madrid: Civitas, 1995), 27.
[22] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 218-14-SEP-CC, Caso 2132-11EP, de 26 de noviembre de 2014.

mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. También prevé reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.

50. A su vez, la CC[23] desarrolla su contenido y señala que la tutela judicial se garantiza en tres momentos: (1) al acceder a la justicia por todas las personas de forma gratuita; (2) respetando los derechos e intereses de las partes, y asegurando el ejercicio del derecho a la defensa e igualdad, como producto de lo cual se obtenga una decisión fundada en derecho; y, (3) cuando se asegura el cumplimiento de las decisiones judiciales y se establece que su inobservancia será sancionada de conformidad con la ley.[24] Por ello, concluye que la tutela judicial efectiva es un derecho que permite la viabilidad de todos los demás derechos constitucionales, así como de aquellos derivados de fuentes inferiores, siempre que se requiera la intervención del Estado para su protección.[25]

51. Por su parte, la CC vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución, el que se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades judiciales o administrativas se sujeten a mínimas reglas, con el fin de proteger derechos constitucionales.[26]

52. Es decir, el debido proceso se constituye como el pilar esencial de la defensa de los derechos dentro de todo procedimiento en cualquier orden, a través de la articulación de principios y garantías que se encaminan a tutelar los derechos de las personas en igualdad de condiciones.

53. A la vez, el artículo 8.1 del texto convencional de la CADH que se refiere al derecho al debido proceso, reconoce que:

"*1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*"

54. Este artículo tiene relación con el artículo 25 que se refiere a la protección judicial, misma que se refiere a su vez, a la tutela judicial efectiva. El debido proceso, desde la CADH es una garantía transversal tanto explícita en la normativa como implícita, de la tutela; la cual consta en la jurisprudencia de la Corte y en los pronunciamientos de la Comisión.

55. Dichos razonamientos buscan establecer la efectividad mínima de la disposición convencional que la Corte se encuentra interpretando cuando diversos casos son sometidos a su conocimiento, sea en virtud de su competencia consultiva o contenciosa, lo cual asegura a la vez que los criterios emitidos por el intérprete auténtico de la Convención, desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el *corpus iuris* interamericano. Es así que, dichos criterios delimitan el alcance que tiene el derecho

[23] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 134-15-SEP-CC, Caso 0342-12-EP, 29 de abril de 2015; (2) Sentencia 278-15-SEP-CC, Caso 0398-15-EP, de 28 de agosto de 2015.

[24] Cfr. En un sentido similar: Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 224-14-SEP-CC, Caso 1836-11-EP, 10 de diciembre de 2014, al establecerse como presupuestos de la tutela: (1) acceso a la justicia; (2) debida diligencia sustanciación causa (inmediación, celeridad, simplificación, uniformidad, eficacia y economía procesal; (3) defensa; y, (4) motivación y ejecución sentencia.

[25] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014. 2) Sentencia N° 1943-12-EP/19, Caso N° 1943-12-EP. 3) Sentencia N° 1048-13-EP/20, Caso N° 1048-13-EP, de 08 de enero de 2020. De forma similar, se pronuncia en: 1) Sentencia No. 052-13-SEP- CC, caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 006-13-SEP-CC, Caso No. 0614-12-EP; Sentencia No. 012-13-SEP-CC, caso No. 0253-11-EP; Sentencia No. 018-13-SEP-CC, Caso No. 0201-10-EP; Sentencia No. 021-13-SEP-CC, Caso No. 0960-10-EP; Sentencia No. 029-13-SEP-CC, caso No. 2067-11-EP; Sentencia No. 040-13-SEP-CC, Caso No. 0010-12-EP; Sentencia No. 041-13-SEP-CC, Caso No. 0470-12-EP; Sentencia No. 047-13-SEP-CC, Caso No. 1608-11-EP; Sentencia No. 049-13-SEP-CC, Caso No. 1450-12-EP; Sentencia No. 051-13-SEP-CC, Caso No. 0858-11-EP; Sentencia No. 052-13-SEP-CC, Caso No. 1078-11-EP; Sentencia No. 084-13-SEP-CC, Caso No. 1607-11-EP; Sentencia No. 091-13-SEP-CC, Caso No. 1210-12-EP; Sentencia No. 100-13-SEP-CC, Caso No. 0642-12-EP.

[26] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 206-15-SEP-CC, Caso 0280-12-EP, 24 de junio de 2015.

al debido proceso y, establecen la obligación de los Estados parte de observarlos, en virtud de la aplicación del control de convencionalidad.

56. Es decir, este derecho complejo –debido proceso- que implica, a su vez, conjunto de otros derechos, se lo define como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales como medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y, a la vez, constituye un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática.[27]

57. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica[28].

58. La seguridad jurídica, desde el punto de vista objetivo, es entendida como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo ordenamiento jurídico debe observar y cumplir, por lo que, el mismo debe ofrecer lineamientos claros, precisos y estables con la finalidad de que los ciudadanos adecuen sus conductas al marco legal existente; a lo que se suma que, el contenido del ordenamiento jurídico nacional debe procurar la dignidad de la persona y el goce de los derechos humanos como condiciones necesarias para posibilitar y consolidad la seguridad jurídica en su dimensión objetiva[29].

59. Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica tiene que ver con la idea de certeza, predictibilidad o previsibilidad del derecho, es decir, presupone que el contenido y fundamento de las decisiones de los poderes públicos estatales puedan ser conocidos con antelación, lo cual se logra únicamente a través de la aplicación uniforme del derecho en las resoluciones, sin arbitrariedad alguna[30].

60. En definitiva, la seguridad jurídica constituye un pilar fundamental del estado constitucional de derechos y justicia, pues, corresponde a órganos jurisdiccionales garantizar, en todo momento de la actividad procesal, la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas sin arbitrariedad.

61. En el escenario actual de constitucionalización del derecho procesal, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, deben —por lo regular— analizarse de forma transversal, con el fin de que estas herramientas adjetivas adquieran sustantividad propia al servicio de los derechos.

62. En este contexto, es necesario analizar los planteamientos del recurso de casación en el marco del respeto a los principios y valores constitucionales y convencionales que rigen la actividad judicial y que informan la sustanciación de los procesos, con el fin de efectivizar los derechos de los justiciables.

5.2. Consideraciones doctrinarias respecto del recurso de casación en materia civil.

63. La casación es concebida como un medio de impugnación que tiende a la anulación o 'ruptura' de la resolución judicial de la que se recurre, y no como un medio de gravamen que, haciendo referencia al doble grado de jurisdicción, tenga como función obtener una nueva resolución sobre lo que ya se ha decidido. [31]

64. Es un recurso extraordinario, puesto que, para su interposición no basta que la resolución de la que se recurre, cause gravamen a uno o a todos los sujetos procesales, sino que la ley de la materia determina de manera clara y expresa, el motivo en virtud del cual este puede interponerse. Además, es limitado, debido a que se circunscribe únicamente a las cuestiones de derecho, dejando de lado las de hecho.[32]

65. Con la interposición del recurso de casación no se abre una nueva instancia, como sucede con el recurso de apelación –en el que los poderes del tribunal *ad quem* no están limitados, por lo que el anuncio de la interposición del recurso, pretende la revocatoria de la sentencia apelada en función de la demanda o de la posición del

[27] Gozaíni, Osvaldo, *Ob. cit.*, 24.
[28] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 189-14-SEP-CC, Caso N° 0325-13-EP, de 22 de octubre de 2014.
[29] MALEM, Jorge, *"Inseguridad jurídica, pobreza y corrupción"* en Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica, ed. Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2018, pág. 22.
[30] *Ibíd.*, 23.
[31] Jorge Rodríguez-Zapata, *Fundamentos de lo contencioso-administrativo,* (Madrid: Tecnos, 2019). ISBN: 978-84-309-7843-4. (Acceso 29/12/2021)
[32] *Ibíd.*

demandado en el proceso-, sino que la Corte de Casación enjuicia la sentencia recurrida en el marco estricto en que se desarrollan los argumentos de quien recurre, pues, el recurso se alza como control de la aplicación de las disposiciones normativas, realizada por el tribunal de instancia. De esta manera, el recurrente queda obligado a razonar jurídicamente dentro del marco que ha elegido (el motivo o causal casacional) y a expresarlo en la fundamentación de su recurso.

66. La actividad de la Corte de Casación se encuentra orientada por dos criterios: i) la interpretación uniforme de la ley; y, ii) la unidad del derecho. La unidad del derecho se refiere al derecho objetivo, pues, supone que la corte realiza una interpretación casi auténtica, de tal modo que, dictaría los criterios seguros y válidos para que los tribunales inferiores decidan. Este criterio está vinculado con la idea de que la Corte de Casación es un órgano de interpretación casi auténtica de la ley, puesto que irradia sobre la administración de justicia una interpretación unitaria. La interpretación uniforme de la ley tiene relación estrecha con la observancia de la misma, de donde deriva que lo que debe ser uniforme es la interpretación exacta de la ley. Así, debido a que la disposición normativa, en general, tiene un significado verdadero y objetivamente dado, que precisamente le corresponde a la Corte descubrir, es ese significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en que dicha disposición normativa sea aplicable.[33]

67. El recurso de casación en nuestra legislación está previsto para ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, recurso de naturaleza extraordinaria de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores *in iudicando* ya por errores *in procedendo*.

68. Mario Nájera, lo define como un "recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".[34]

69. La Corte Constitucional ha sostenido que el recurso de casación es un recurso procesal con carácter extraordinario, cuyos requisitos de admisibilidad, procedencia, causales, condiciones y demás formalidades determinadas en la Ley de la materia deben, obligatoriamente, ser observadas por los recurrentes; caso contrario, los operadores de justicia no podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o de la petición –casacional-, lo que no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva[35]. La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.[36]

70. En este contexto, es indispensable establecer que este recurso busca vigilar que se cumplan con los derechos de los contendientes cuando se han desconocido y se han quebrantado a través de una resolución contraria a la ley; control de legalidad que está a cargo del máximo organismo judicial del país, quien conoce y decide el recurso extraordinario de casación previa la confrontación entre la sentencia impugnada y las disposiciones normativas constitucionales y legales que se consideran infringidas con el propósito de corregir los yerros cometidos por el juzgador de instancia, y lograr así la vigencia del sistema jurídico.

71. De esta manera, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir, de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de

[33] Michele Taruffo, *La corte di cassazione e la legge, Il vertice ambiguo-Saggi sulla cassazione civile*, (Boloña: Il Mulino, 1991), 72-73.
[34] Mario Nájera, *Derecho Procesal Civil,* 2da. Ed., (Guatemala: IUS Ediciones, 2006), pág. 649.
[35] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19. Sentencia No. 1455-13-EP/19. Sentencia No. 1749-15-EP/20.
[36] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 262-13-EP/19.

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.[37]

72. En el recurso de casación cabe observar lo prevenido en su cuerpo normativo, a saber:
    i) Son recurribles en casación aquellas resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales dentro de un juicio de conocimiento, y que resulten en finales y definitivas dentro de la causa que se conoce; y, aquellas expedidas en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado;
    ii) Para el análisis del recurso existen causales taxativamente señaladas, que sirven para poder revocar o reformar la sentencia recurrida, es decir, no existen más que las establecidas en las disposiciones normativas que regulan este recurso; y,
    iii) La Corte no puede examinar errores ni causales no alegadas por la parte recurrente, así como tampoco corregir los errores en que pueda incurrir el casacionista en virtud del principio dispositivo que orienta al sistema procesal ecuatoriano, que impide al juez casacional, suplir las deficiencias o enmendar los errores cometidos por la parte casacionista, siendo que la procedencia del recurso de casación solo puede analizarse por motivos preestablecidos en la ley, por lo que se debe limitar al estudio de los términos que se han fijado en el recurso, de conformidad a dicho principio.

5.3. Cuestiones previas sobre el caso quinto del artículo 3 de la Ley de Casación.

73. La causal quinta se configura cuando la sentencia o auto no contiene los requisitos exigidos por la ley, o cuando en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles, o cuando no cumple con el requisito de motivación; de tal manera que, quien recurre fundamentado en esta causal, necesariamente debe señalar los requisitos que no se han observado, los vicios de incongruencia que considera existen en la sentencia censurada o el incumplimiento del requisito de motivación.
74. Los vicios de incongruencia tienen lugar cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutiva del fallo, los cuales son considerados como defectos de estructura de la resolución judicial, al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva, los cuales derivan del análisis del auto o sentencia, sin que deba hacerse una confrontación entre estos y la demanda y/o su contestación, pues, de hacerlo, nos encontraríamos frente al caso cuarto del artículo 3 de la Ley de Casación.[38]
75. La resolución judicial es incongruente cuando se contradice a sí misma, mientras que es inconsistente cuando la norma individual –conclusión- no está suficientemente respaldada –en términos de justificación- por las proposiciones que se han argumentado respecto de los hechos y por las disposiciones normativas aplicadas.
76. De esta manera, la obligación de quien recurre es realizar un 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.
77. En adición, dentro de esta causal, además de acusar a la sentencia recurrida por vicios de incongruencia, se puede alegar la falta de motivación de la resolución judicial por inobservancia de la disposición constitucional contenida en el artículo 76, numeral 7 literal l de la Constitución, que establece como garantía del debido proceso, la obligación de que todas las decisiones de los poderes públicos sean motivadas, y cuyo incumplimiento es sancionado con la nulidad de aquellas.
78. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó en líneas anteriores, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos.
79. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un

[37] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.
[38] Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador,* (Quito: Andrade y Asociados, 2005), 135-138.

segundo momento, respectivamente[39], con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.

80. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.

81. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos.

82. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

83. A esto se agrega que, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21, se ha alejado de forma explícita y argumentada del test de motivación establecido por la misma Corte en años anteriores, el cual estaba compuesto por los requisitos de lógica, razonabilidad y comprensibilidad; y, además, ha explicado cuál es el criterio rector de la garantía de motivación que se extrae del contenido de la disposición normativa recogida en el artículo 76, numeral 7 literal l de la Constitución de la República, el cual tiene que ver con la exigencia de una argumentación jurídica suficiente que abarca la estructura de una resolución mínimamente completa –y no con la corrección de la misma-, exigencia que impone al órgano jurisdiccional, la obligación de "*i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron los juzgadores y ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho*"[40].

84. El criterio rector en tratándose de la motivación, y respecto de la disposición constitucional, tiene que ver con la exigencia mínima de motivación suficiente que se le exige al juzgador –mas no correcta-, lo cual obliga a este último a no solo enunciar las normas o principios jurídicos en que se apoyaron los jueces, sino también a enunciar los hechos del caso, con la finalidad de que se explique a su vez, la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho.

85. En este sentido, para que una resolución se considere motivada, en los términos de la referida disposición constitucional, debe contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso.[41]

86. Así, la deficiencia en la motivación puede verificarse a través de tres tipos básicos: a) la inexistencia de motivación; b) la insuficiencia de motivación; y, c) la apariencia de motivación.

87. La inexistencia de motivación tiene lugar cuando la resolución judicial no tiene fundamentación normativa ni fáctica; la insuficiencia de motivación por su parte, se verifica cuando la

[39] Es decir, primero, cada elemento de prueba aportado debe ser valorado por el decisor de manera individual, para luego, realizar un ejercicio de valoración de los elementos de prueba en conjunto.
[40] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 58.
[41] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 61, 61.1, 61.2.

decisión tiene "*alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica*", pero alguna de aquellas o ambas no cumplen con el estándar de suficiencia[42].

88. La apariencia ocurre cuando a primera vista, una resolución tiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatinencia, incongruencia o de incompresibilidad[43].
89. Existe el vicio de incoherencia cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se evidencia una contradicción entre los enunciados que componen aquellas –incoherencia lógica-, o una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión –incoherencia decisional-.[44]
90. La inatinencia se configura cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se dan razones que no tienen relación con la controversia, ni con la conclusión final de la argumentación.[45]
91. La incongruencia tiene lugar cuando en cualquiera de las argumentaciones de la decisión, no se ha dado contestación a un argumento relevante proporcionado por las partes, o cuando no se ha contestado una cuestión que el ordenamiento jurídico obliga abordar al resolver determinado problema jurídico.[46]
92. Finalmente, la incomprensibilidad se da cuando un fragmento del texto, ya sea oral o escrito, que contiene la argumentación fáctica o normativa no es inteligible en términos de razonabilidad para un profesional del Derecho o para un ciudadano.[47]

5.4. Análisis de los cargos presentados por la parte recurrente en relación a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

93. El actor sostiene que para determinar el daño moral se debe tomar en cuenta que aquel existe cuando el bien lesionado es de naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, es decir, no apreciable en dinero.
94. Menciona que no atentó contra el honor, reputación, ni integridad psicológica o física, libertad, afectos, estabilidad y unidad familiar del actor; por lo que, no puede existir daño moral si no se ha causado dolor o sufrimiento moral, sobre lo cual no ha reflexionado el tribunal *ad quem* para emitir su sentencia.
95. Manifiesta que la carrera política del actor se ha visto permanente beneficiada, de tal manera que, escribe una página editorial para el Diario El Universo, El Comercio y Diario Hoy; que inclusive fue embajador de Ecuador ante el Reino Unido desde el 10 de junio de 2013; y, representante del país ante la Organización Mundial del Comercio con sede en Ginebra.
96. Adiciona que el actor ha recibido reconocimientos y también ha realizado publicaciones de literatura jurídica, con lo cual, se demuestra que no ha existido el daño moral derivado de las declaraciones que realizó en entrevistas dadas en ECUAVISA y TC TELEVISION.
97. Puntualiza que, de haber existido daño moral en contra del actor, aquel hubiese sufrido depresión o angustia, trastorno físico o psicológico, lo cual se vería reflejado en su trabajo y en sus responsabilidades, así como en un detrimento patrimonial, lo que no ha existido.
98. Sostiene que la sentencia recurrida no guarda relación alguna con el daño moral, pues, no existen reflexiones sobre la naturaleza de dicha figura jurídica, por lo que no se encontraría motivada.
99. Indica que con la indemnización que se ha ordenado pagar en favor del actor, se estaría originando un enriquecimiento injusto.
100. Señala que en la sentencia no se hace una clara fundamentación o motivación de lo que constituye daño moral, así como tampoco explica ningún parámetro de prudencia para este absurdo desagravio, que cae en el campo de la arbitrariedad, debido a que, no se analiza cuáles son los criterios de prudencia, cautela, moderación, sensatez, buen juicio, entre otros, que

[42] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 67-70.
[43] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 71.
[44] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.73-75.
[45] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár.80.
[46] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 86.
[47] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, pár. 95.

supuestamente ha utilizado el tribunal de apelación para dictar una sentencia fuera de toda lógica.

101. Agrega que en el supuesto no consentido de que haya lugar al pago de una indemnización, la Sala debió motivar y argumentar cuáles son los criterios de prudencia y cautela utilizados para llegar al absurdo monto ordenado a pagar.

102. Es decir, el argumento central en que se fundamenta la causal quinta alegada por el recurrente, se refiere a la falta de motivación de la sentencia de apelación.

103. En este sentido, si bien, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21 dejó insubsistente el test de motivación –comprendido por la lógica, razonabilidad y comprensibilidad- establecido por dicho órgano en años anteriores, para reemplazarlo por la exigencia de una estructura mínima de la resolución de suficiencia argumentativa tanto en lo fáctico como en lo normativo, el recurrente al referirse a que no existe daño moral alguno, así como tampoco la explicación de lo que constituye daño moral, ni los criterios de prudencia utilizados por el tribunal para cuantificar el monto de la indemnización, se encontraría enlazando su argumento tanto a la argumentación normativa como a la fáctica desarrollada por el tribunal de apelación, misma que será objeto de revisión por parte de este tribunal.

104. El fundamento de la acción civil es el pretendido daño moral que el demandado ha infligido al actor, al haber emitido opiniones en dos entrevistas concedidas a dos medios de comunicación: ECUAVISA y TC TELEVISION, en las cuales el demandado sostuvo lo siguiente: "[...] ***Narváez:*** *La revista Vistazo que ya está en circulación trae reveladores datos respecto al llamado acuerdo de fusión entre los bancos Cofiec y Progreso. El diputado Fernando Rosero, quien denunció este caso durante la interpelación al entonces Superintendente de Bancos Juan Falconi, es nuestro invitado a partir este momento, aquí en vivo, en Contacto Directo. Vistazo ha logrado establecer que los españoles Santiago Toleu y Juan Carlos Contreras, aceptaron convertirse en dueños del 72% de las acciones de Cofiec, acciones que meses atrás ya fueron trasladadas al banquero Fernando Azpiazu por el grupo Avellán Arteta, principal accionista de Cofiec. Doctor, qué mismo ocurre con todo este lio y cual el papel por ejemplo de estos señores españoles.* ***Ab. Rosero:*** *Muchas gracias a usted por esta invitación. Bien, esa..... esos..... ese grupo español aparece en un documento privado que lo suscribe por una parte el señor Juan José Avellan Arteta y Felipe Avellan Arteta por los sus propios derechos y por los que representa de la compañía Trading eh ... Hausner Trading sociedad anónima en su calidad de vendedores, y por otra el doctor Fernando Aspiazu Seminario y el señor Ernesto Balda Hern*ández, en su calidad de compradores. - ***Narvaez:*** *este es un documento privado?* ***Ab Rosero:*** *Esto es un documento privado, obviamente se trató de mantener la mayor reserva de este documento y tiene con fecha como fecha el día 15 de marzo de 1999, luego ya que Fernando Aspiazu de fondos del Banco del Progreso y quiero reiterar este hecho, paga al grupo Falavé, Falconi Avellan, suma de TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SIETE MIL CIENTO NUEL DOLARES e Inclusive en este documento privado, los vendedores señalan haber recibido* íntegramente *dicho valor; al parecer la cosa quedaban como usted bien lo señala en una tentativa de este grupo español, que hay que indagar también, como así aparecen de la noche a la mañana este contrato privado, pero lo único cierto es que se pagó la suma de TREINTA Y SIETE MILLONES DE DOLARES que lo recibieron por parte del grupo Falavé, Avellán Arteta y posteriormente ello y este es un hecho que recién lo conozco, en virtud de que he continuado e indagación del tema.* ***Narváez****: una nueva revelación? -* ***Ab. Rosero****: Es una nueva revelación y dice relación respecto de un documento que me llega de la propia Superintendencia de Bancos cuando no está Juan Falconi Puig y se me da la información que con fecha 19 de abril de 1999 y este hecho no consta en Vistazo porque no, no conocía de este documento, de tal suerte que es un, es un...-* ***Narvaez:*** *qué dice este documento? -* ***Ab. Rosero:*** *es un nuevo ingrediente a este ... a este ... a estos actos, el 19 de abril de 1999 se deja sin efecto la fusión del Banco Cofiec con el Banco del Progreso. Los la Junta Extraordinaria de Accionistas del Banco Cofiec reunida el 19 de abril de 1999 comunicada esta junta al entonces Superintendente de Bancos, Jorge Egas Peña, por parte del Presidente Ejecutivo del*

Directorio deja sin efecto la fusión, si, se deja sin efecto la fusión.- ***Narvaez:*** *qué significa esto? -* ***Ab. Rosero****: que obviamente tenían que devolver la plata recibida el grupo Falavé, -* ***Narvaez:*** *tenían que devolver o tienen que devolver? -* ***Ab. Rosero:*** *tienen que devolver, lo que yo realmente no me explico es como ha pasado tanto tiempo 19 de abril de 1999 y posteriormente cuando este he,cho se denunció en el juicio político el 7 de noviembre del año pasado, han transcurrido más de tres meses desde ese entonces y más de un año, obviamente, de la fecha en que se declaró sin efecto la fusión y aún más que el propio señor Presidente Constitucional de la República en una cadena de radio y televisión dijo que él iba a indagar y que iba a disponer que se investigue este escandaloso hecho y sin embargo hasta el momento no pasa nada, la justicia no actúa, el grupo Falavé continúa con los TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS MIL DOLARES en sus bolsillos. -* ***Narvaez:*** *cuál es su teoría? -* ***Ab. Rosero****: y con las acciones-* ***Narvaez:*** *por que se tiene pendiente todo esto? -* ***Ab. Rosero****: mire mi querido amigo yo quiero recoger un refrán popular por un millón de dólares baila el perro y por TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS MIL DOLARES perro y perra. Yo veo muy difícil que en este país donde aún o se aplica la justicia donde no existe un funcionario, especialmente el grupo de la AGP también que estuvieron y formaron parte del grupo de Juan Falconi Puig no se lograr no se va a lograr la de devolución de los TREINTA Y SIETE MILLONES-* ***Narváez:*** *por qué doctor?* ***Ab Rosero****: porque la justicia es para los de poncho para los de cuello blanco no hay justicia eh eh… digamos no se aplica la justicia usted puede creer que un hecho tan claro donde ya se dejó sin efecto el convenio de fusión entre el Banco Cofiec y el Banco del Progreso, lo lógico, lo decente, lo ético, lo legítimo era que el grupo Falavé que tenía en su poder las acciones y los TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS MIL DÓLARES procediera a devolver el dinero y el Superintendente de Bancos de ese entonces, Jorge Egas Peña, con conocimiento de todos estos antecedentes, así lo dispusiera. -****Narvaez:*** *y es un dinero que sale de la cuenta personal del señor Aspiazu, o pertenece al Banco del Progreso?* ***Ab. Rosero****: yo he justificado con cheques, con instrumentos que los fondos con los que se pagó estas acciones, hoy se frustró en definitiva la fusión Cofiec Progreso, salieron de los fondos de los depositantes del Banco del Progreso, fondos del Banco eso que fueron malversados y que hoy son sujetos estos fondos de una presunta, indebida apropiación por parte de quien? por parte del grupo que los retiene que los tiene en su bolsillo, que las mismas autoridades de control conocen que es obligación de ellos disponer su inmediato reintegro. Fíjese usted de dónde salió el dinero para pagar a los depositantes de aquellos fondos congelados, que el señor Presidente había ofrecido. -* ***Narvaez:*** *de dónde salió? –* ***Ab. Rosero:*** *del presupuesto general del estado, de lo que usted aporte de lo que yo aporto, de lo que aportamos los ecuatorianos, por qué no salió este dinero mediante el reintegro de fondos de un grupo que tiene en su poder que ha utilizado TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS MIL* DÓLARES *y que, adicionalmente, al dinero que lo tiene en sus bolsillos tiene también las acciones de Cofiec, este es un hecho que tiene ya que motivar una reacción del poder judicial, de la Ministra Fiscal, del propio Superintendente de Bancos y del propio Presidente de la República, quien está públicamente señalando que debe de perseguirse judicialmente a los banqueros corruptos, que debe ordenarse extradiciones yo pregunto y por qué no dispone el reintegro de fondos que lo tiene en sus bolsillos un ex-funcionario del gobierno del Dr. Gustavo Noboa, el Dr. Falconi Puig. -****Narvaez:*** *y es que todo esto debe asumirlo finalmente AGD? -* ***Ab. Rosero****: No, esto tiene no solamente la que la AGD que asumir la potestad o la facultad de iniciar los procesos legales para lograr el reintegro de estos fondos, aquí está de por medio el Presidente de la Corte Suprema de Justicia quien tiene que actuar, está de por medio Mariana Yépez, la Ministra Fiscal General que tiene que actuar, está de por medio el propio Presidente de la República que … que* él *en una cadena nacional señaló la obligación de devolver esos fondos y sin embargo, hasta el momento no hace absolutamente nada para ello. -* ***Narvaez:*** *y otro dato final para configurar todo esta este esta problemática y que lo cita Vistazo doctor, entre septiembre y octubre de 1998, es decir antes de la llamada*

fusión, el Banco del Pacifico vende sus inmuebles a Cofiec y luego Cofiec le arrienda esos mismos bienes al Pacífico por veinte años y en quinientos mil dólares mensuales, qué le dice este tipo de operaciones? - ***Ab. Rosero****: que tiene que investigarse, yo estoy haciendo la investigación respecto a este tema. Dentro de pocos días el país conocerá los pormenores de este nuevo escandaloso hecho, de este nuevo atraco que aconteció. -****Narvaez:*** *también hay un atraco? -****Ab. Rosero****: Evidentemente y lo vamos a señalar con documentos, por eso yo no he permitido... hasta el momento no hago una rueda de prensa respecto de este tema, estoy haciendo la indagación, estoy haciendo la investigación y dentro de poco lo conocerá el país. -* ***Narvaez:*** *Doctor, muchas gracias. La presencia del diputado Fernando Rosero, aquí, en vivo, en Contacto Directo, refiriéndose a este polémico caso: la llamada fusión entre Cofiec y el Banco del Progreso. Ya volvemos después de la pausa comercial, lo haremos con los movimientos sociales aqui en Contacto Directo. [...] en fecha reciente, en entrevista que hiciera el locutor Jimmy Jairala al demandado, el día lunes 15 de julio de 2002 en TC TELEVISION [...] Jairala: Siete y treinta y siete, ustedes deben recordar que en febrero del año 2001 el diputado Fernando Rosero González cuestionó el proceso de fusión que se siguió en este tema, la fusión a la que me refiero es Filanbanco y la Previsora. Hace pocos días el 20 de junio, el Procurador ha dado la razon al diputado Rosero cuando ya emitió pues, una providencia, un escrito en el que señala presuntas responsabilidades. Doctor Rosero que nos puede decir a este respecto. Ab. Rosero: Muchas gracias, mire. Yo durante el año 1999, el 2000 y el 2001 venía señalando las graves incorrecciones que detecté al interior de la administración Banco La Previsora. Señalaba que era un banco que palatinamente iba perdiendo liquidez y solvencia en el mercado, no obstante sus principales personeros con Alvaro Guerrero Ferber a la cabeza hacían pues, sus ruedas de prensa, señalaban que La Previsora era un banco solvente, un banco, un banco que tenía suficiente liquidez, no obstante, reitero, que los índices señalados en los balances que tenían ellos internet donde yo accedía. Jairala: Eran negativos. Ab. Rosero: Eran totalmente negativos, con un patrimonio técnico que paulatinamente se iba depreciando y que ya estaba por debajo del 9% mínimo requerido para poder operar. Entonces señalé esas incorrecciones y le denuncié tanto al Procurador General del Estado cuanto a la Ministra Fiscal estas incorrecciones para que inmediatamente vengan los correctivos. Sin embargo de aquello, en un afán de cubrirles las espaldas a Alvaro Guerrero Ferber y a los directivos del Banco La Previsora, tanto Jorge Guzman, en ese tiempo Superintendente de Bancos, cuanto posteriormente Juan Falconi Pug, que también fue oportunamente abogado personal del propio Alvaro Guerrero Ferber, hicieron una serie de o resolvieron ellos, eh, mediante eh, las debidas anotaciones, que se dan en la Superintendencia de Bancos, darle una especie de... eh... de un exagerado paternalismo al Banco La Previsora. Jairala: Protección. Ab. Rosero: Le dieron protección, habían resoluciones dedicadas al Banco La Previsora, y entre estas fue justamente un convenio, de ... de... asociación con miras a una fusión ordinaria posterior entre La Previsora y Filanbanco. Jairala:* Dónde estuvo esa presunta irregularidad? *Ab. Rosero: Le voy a señalar. Filanbanco en 1999 el 20 de febrero de 1999 una consultora internacional contratada para el efecto, la ING Baring señala que está apta para la venta. Sin embargo se comienza a utilizar a Filanbanco para que a su vez Filanbanco entregue, entreque dinero, entreque una serie de aportaciones a La Previsora que eh ... habia generado un hueco en sus actividades de alrededor de 180 millones de dólares. Jairala: O sea que ... sea la caja, que Filanbanco sea la caja chica más o menos. Ab. Rosero: Filanbanco aparentemente estaba ya saneada y lista para la venta, entonces que es lo que procede a entregarle, recursos, recursos públicos porque Filanbanco ya estaba en poder de la AGD. Entonces les entregan recursos públicos de 37 millones de 27 millones, totalizando alrededor de 77 millones de dólares. Jairala: Se produce la iliquidez de Filanbanco. Ab. Rosero: Se produce la iliquidez de Filanbanco, yo realmente ... va arrastrando La Previsora en ese convenio de fusión que luego lo vuelven extraordinario. Fijese usted, con todas las dedicatorias en favor de La Previsora, convierten una fusión ordinaria en extraordinaria, por qué razón, porque la deficiencia*

patrimonial que tenía La Previsora. Jairala: La Previsora. Ab. Rosero: …impedía la fusión ordinaria. Entonces generan una figura única en la legislación ecuatoriana. Jairala: Nueva Ab. Rosero: Nueva para que una institución cuyo patrimonio técnico sea negativo o que se está depreciando pueda acceder a la fusión con Filanbanco. Jairala: Con una que tenía patrimonio positivo. Ab. Rosero: Con una que tenía patrimonio positivo. Jairala: Muy bien. Ab. Rosero: Mire usted, en estas circunstancias había una disyuntiva que perfitamente, perfectamente las autoridades, eh …, del control bancario podían hacerla. Había la disyuntiva de proceder a la liquidación de La Previsora, que era lo procedente... Jairala: cual era la otra. Ab. Rosero: A un costo, a un costo de 405 millones de dólares para el estado ecuatoriano, pero optaron por la segunda que era la peor y con ella no solamente que se llevaron a La Previsora sino también a Filanbanco, que a la final el estado gastó 1470 millones de dólares, entonces con recursos. Jairala: Le costó tres veces y medio más. Ab. Rosero: Tres veces y medio más con recursos públicos para que?, para alimentar y para tapar las espaldas del señor Guerrero Ferber, que había dejado con su administración, desastrosa por cierto, un hueco de alrededor de 187. Jairala: Ahora el Procurador qué ha dicho a este respecto, ya en la medida más reciente. Ab. Rosero: Bueno yo, yo redigo una cosa, yo no tengo fe en lo que está haciendo el Procurador del Estado y posteriormente se lo señalo por qué no tengo fe, pero en todo caso ha acogido el señor Procurador General del Estado, ha acogido esta denuncia, estos antecedentes, estos fundamentos que ya han sido evacuados a través de una instrucción fiscal por parte del Ministerio Público y presenta el pasado 20 de junio su acusación. Contra quien, a quienes acusa al Gerente General de Filanbanco de ese entonces, Carlos Gonzalo Hidalgo Terán, por haber apoyado este convenio de fusión. Al señor Luis Villacis Guillen que era como Presidente, como Gerente General de la AGD. Jairala: De la AGD. Ab. Rosero: ... que era el accionista mayoritario del Banco, Filanbanco, a Jorge Guzman Ortega a Juan Alfredo Trujillo Bustamante a Juan Falconi Pug, a Alvaro Guerrero Ferber, a Nicolás Ulloa Figueroa, a Jaime Eduardo Cisneros León. Jairala: A los ex Directores no. Ab. Rosero: A los directores de las dos instituciones a Filanbanco y el Banco La Previsora, y yo le decía a usted por que no confío tanto en este informe porque en este… en esta acusación formulada por él, por la, por el señor Procurador, el que pretenden señalar o graduar la responsabilidad de Juan Falconi Puig, señalándolo como cómplice del delito de peculado, cuando el debió ser Juan Falconi Pug ... Jairala: Autor. Ab. Rosero: Y el propio Alvaro Guerrero debieron ser los coautores del delito de peculado. De tal suerte que, adicionalmente, en este mismo documento no observo que se haya pedido la detención de los implicados, cuanto de acuerdo al Art. 378 del Código de Procedimiento Penal cuando se dicte el auto de llamamiento a juicio debe inmediatamente procederse a la detención de todos los implicados en este proceso, de tal suerte que aspiramos que este juicio tenga la cabida pertinente, la acogida pertinente por parte del Presidente de la Corte Suprema de Justicia y alguna vez aquí, en el Ecuador, hay justicia, se haga justicia y los implicados en esta quiebra anunciada de Filanbanco y La Previsora, vayan todos a parar por sus huesos en la cárcel. Jairala: Gracias Dr. Fernando Rosero Gonzalez. 7 y 44 siguen entonces las investigaciones y ya algunas consecuencias por la fusión que cuestionó entre Filanbanco y La Previsora [...]" [sic].

105. La acción civil por daño moral se encuentra regulada en los artículos 2231 a 2234 del Código Civil, y específicamente el artículo 2232 prescribe que:

"[...] *podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.*

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo."

106. El daño moral nace de un hecho punible, ilícito o delito por lo que es de naturaleza extrapatrimonial, y surge cuando se afecta la esfera personal de la víctima, es decir, se origina cuando el causante vulnera un bien jurídico que recae sobre un derecho de la personalidad diferente a los bienes o intereses materiales, que implica la existencia de una obligación indemnizatoria de carácter patrimonial, así el hecho generador vulnera un bien jurídico de naturaleza extrapatrimonial o recae sobre un derecho de la personalidad.

107. Además del daño, el nexo de causalidad entre el acto u omisión –en este caso ilícito- y el perjuicio causado por el daño, es otro elemento básico de la responsabilidad civil y tiene que ver con la causa previsible o evitable que es la base general para la correspondiente responsabilidad civil por el perjuicio provocado.

108. El nexo de causalidad tiene relación con la imputabilidad, atribución objetiva o vínculo material, que no es otra cosa que el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado –en este caso daño-.

109. La relación de causalidad permite abarcar los supuestos de responsabilidad civil, ya que vincula la conducta antijurídica del autor o agente dañador, el riesgo o vicio de la cosa o de la actividad, con el daño sufrido, pues, para que se genere la obligación de indemnizar a la víctima no basta que se verifique la existencia de un daño o de un acto ilícito imputable a su autor, sino que, además de la presencia de dichos supuestos, debe establecerse que dicho acto es la causa del daño, teniendo en consideración que cualquier condición del hecho no es causa, sino "aquella que generalmente es apta para determinarlo"[48]; de ahí que, es imprescindible el estudio pormenorizado de los elementos de prueba que han sido aportados al proceso.

110. En lo que tiene que ver con la prueba, todo daño, incluso el no patrimonial debe ser probado, teniendo en cuenta que el mismo conlleva la obligación de indemnizar económicamente a la víctima que lo ha sufrido.

111. Sin embargo, en tratándose de daño moral, los medios de prueba directa son difíciles de actuar, si se tiene en cuenta que no es fácil probar el nivel de afectación de la esfera espiritual, moral, sentimental, emocional y familiar de la persona, toda vez que el daño sufrido es inmaterial y subjetivo en cada caso, por lo que el nivel de suficiencia probatoria que se debe conseguir con los elementos de prueba presentados queda a discreción del decisor.

112. Es así que, si bien el decisor de instancia falla en virtud de ese poder discrecional que se la ha otorgado, la cuantificación de lo que debe ser resarcido ha de atender varios criterios, como, por ejemplo, la gravedad del hecho que ha provocado el perjuicio, la entidad del 'dolor' o de aflicción de ánimo que se ha causado a la víctima.

113. A lo que se agrega que, para probar los perjuicios derivados de un daño moral, el reconocimiento que de aquellos hace el juzgador, se encuentra condicionado a la prueba de la causación de estos, puesto que está claro que el poder discrecional otorgado al decisor no puede tornarse en irrazonable ni en arbitrario.

114. De esta manera, actuar medios de prueba directa representa una imposibilidad en términos de probanza del daño moral, por lo que se otorga eficacia probatoria a los indicios que emergen de determinadas circunstancias, de acuerdo con la sana crítica racional, que abarca las reglas de la epistemología, de la lógica y la experiencia común.

115. En este sentido, el razonamiento probatorio que realiza el juzgador de los elementos de prueba aportados para acreditar tanto la existencia de la conducta –antijurídica- dañosa o que eleva un riesgo socialmente aceptado, como los perjuicios morales derivados de aquella, y el nexo de causalidad o de imputabilidad de estos con el agente generador de la conducta ilícita, implica un desarrollo argumentativo mayor y

[48] Jorge Pantoja, *Derecho de daños*, Tomo I, 2da. Ed., (Bogotá: Leyer Editores, 2018), 421.

de suficiencia normativa y fáctica respecto de qué elemento de prueba constante en el proceso, acredita qué tipo de perjuicio o afección en el fuero interno de la víctima, así como qué elemento de prueba demuestra la causación del pretendido daño.

116. Si se considera que la generación de un daño que deriva en perjuicios morales que deben ser cuantificados económicamente por el juzgador, implica necesariamente la imposición de una sanción que no es otra que la obligación que tiene el agente activo de resarcir dicho daño a la víctima que lo ha sufrido, teniendo en cuenta que además se genera una declaración de responsabilidad civil en contra de un sujeto que es el obligado a satisfacer el perjuicio moral causado, el análisis y argumentación del decisor debe cumplir con la observancia de las disposiciones normativas aplicables a las proposiciones sobre hechos que han sido suficientemente acreditadas, en términos de la sana crítica racional como sistema de valoración de la prueba.

117. Por regla general, este tribunal señala que, en casación no se puede revisar los hechos que se encuentran fijados en la sentencia, pues esta labor pertenece en forma exclusiva a los juzgadores de instancia, salvo que, como resultado de esa valoración, el juicio de hecho contravenga parámetros de racionalidad, objetividad y suficiencia, esto es, que la conclusión a la que llegue el juez, sea absurda, arbitraria o existan errores graves en el razonamiento probatorio que ameriten corrección.

118. Con estos antecedentes, se tiene que los hechos fijados por el tribunal de apelación en la sentencia son los siguientes:

i) Que el demandado concurrió a dos canales de televisión a dar entrevistas en las que emitió opiniones que causaron daño moral al actor, pues, se refirió a aquel como sujeto activo del delito de peculado en el grado de coautor.

ii) Que los casetes que contienen las entrevistas en cuestión no son los únicos elementos de prueba que acreditan el daño moral irrogado al actor, sino también las copias certificadas del periódico el Líder, elementos con los cuales el tribunal de segundo nivel arriba al convencimiento de que existe daño a la honra del actor, un perjuicio a su reputación por haber sido funcionario público reconocido a nivel nacional.

iii) Que mientras más alto es el grado de preparación cultural y académica de la persona y más exigente el medio en el que desarrolla sus actividades y las distinciones del cargo que ostenta, se vuelve más sensible y vulnerable a cualquier ataque u ofensa dirigido contra su honor y su honra.

iv) Que una vez establecida la existencia del daño, concluyen que el demandando, de manera libre y voluntaria, atentó al honor del actor al imputarle el delito de peculado en grado de coautor sin que exista una sentencia en firme, inobservando el principio constitucional de inocencia.

v) Que respecto de la imputabilidad, que tiene que ver con la capacidad del demandado de responder por un cuasidelito que ha causado daño al honor del actor, si bien el demandado ha alegado inmunidad parlamentaria por ser diputado al momento de los hechos, dicha situación no tiene asidero debido a que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, indicó en su momento que el demandado no goza de fuero especial para estos juicios; a lo que agregaron que dicha inmunidad únicamente aplica para opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones y, que de acuerdo al artículo 130 de la Constitución Política –vigente a la época de los hechos- dar declaraciones públicas en los medios de comunicación no es un deber y/o atribución de los diputados.

119. Sin embargo, de los hechos fijados por el tribunal de apelación en la sentencia de mayoría, se observan dos situaciones:

i) que los juzgadores, al momento de realizar el juicio de imputación en contra del demandado, asimilan dos instituciones jurídicas que tienen efectos diferentes, la inmunidad parlamentaria y el fuero.

ii) que los juzgadores no han argumentado suficientemente cuáles han sido los perjuicios que ha sufrido el actor como consecuencia del presunto daño moral, ni han indicado qué elementos de prueba aportados al proceso han acreditado, en términos de suficiencia probatoria, la conducta generadora del daño moral, los perjuicios provocados por aquella y el nexo de causalidad, ni mucho menos han explicado cuál ha sido la base fáctica sobre la cual se han apoyado para cuantificar el monto de la indemnización en

doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América;

120. De esta manera, se deja en claro que, del análisis de las instituciones jurídicas de inmunidad parlamentaria y fuero, dependerá que la acción civil prospere, puesto que, si el demandado tiene fuero, esta situación acarrearía la nulidad de las actuaciones, mientras que, si tiene inmunidad parlamentaria, no podrá realizarse el juicio de imputación de la pretendida conducta ilícita al supuesto agente del daño, al no haber mérito legal para atribuirle responsabilidad.

121. Solo si el demandado no goza de fuero y no tiene inmunidad parlamentaria, este tribunal de casación podrá pronunciarse respecto de la insuficiencia en la argumentación respecto de los supuestos perjuicios causados, el nexo de causalidad, y la base fáctica disponible para el cálculo del monto de indemnización.

122. Adicionalmente, se menciona que debido a que el argumento central del casacionista respecto de la presente causal se circunscribe a que la Sala de la Corte Provincial ha inobservado la garantía de la motivación determinada en el artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República, la cual –por su naturaleza, entendiéndose que tiene que ver con la exigencia de una argumentación suficiente tanto fáctica como normativa-, tiene mérito, obliga al tribunal de casación a emitir una nueva sentencia en lugar de aquella, en virtud de lo que dispone el artículo 16 de la Ley de Casación, enmendando así la deficiencia en la motivación, por lo que los argumentos presentados en virtud de la causal primera, no serán analizados.

V.
SENTENCIA DE MÉRITO
5.1. Sobre el daño moral.

123. Cuando se está frente al concepto de daño, indudablemente se está a la vez ante el concepto de responsabilidad, en este caso civil, mismo que por el paso del tiempo y la evolución del Derecho, se denomina ahora Derecho de Daños y ya no responsabilidad civil *per se*.

124. En este sentido, dentro del Derecho de Daños, la responsabilidad civil tiene como objetivo la reparación a través del restablecimiento del equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio, sin que tras ese daño existente estén el azar o la desgracia impersonal, sino la conducta de una persona o la creación de un riesgo, lo que implica que sea el daño y no la culpa, el presupuesto de la responsabilidad jurídica civil.[49]

125. Así, quien se reputa autor de un daño que ha provocado un perjuicio se encuentra en la obligación de indemnizar a quien lo padece, pero dicha indemnización no puede ser inferior ni superior al perjuicio proferido a la víctima; de ahí la regla de que la víctima siempre debe ser indemnizada, pues, todo aquel que causa un daño está obligado a repararlo.

126. Regla que tiene estrecha relación con el principio *alterum non laedere* –no dañar a otro- que se aplica a las relaciones de los sujetos de derecho con independencia de que se hayan establecido pautas de comportamiento recíprocas, sino que se constituye en fundamento del orden jurídico y su violación genera responsabilidad como sanción, es decir, este principio viabiliza la vida en sociedad y cuando es transgredido, la sanción a ser impuesta se traduce en la obligación jurídica de indemnizar los perjuicios derivados del daño causado. Así, esta sanción se constituye en resarcitoria y no en represiva.

127. El daño es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, sea este un derecho patrimonial o extrapatrimonial, es decir, el daño al ser el elemento nuclear de la responsabilidad civil, es todo detrimento, menoscabo o deterioro que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, que se encuentren vinculados a su patrimonio, a su personalidad o a su esfera espiritual o afectiva; o, que afecta un valor tutelado por el ordenamiento jurídico.[50]

128. El daño y el perjuicio son conceptos diferentes que no pueden ser tratados como equivalentes, si se tiene en cuenta que el primero es el hecho o situación fáctica, mientras que el segundo es la consecuencia o resultado que afecta al interés patrimonial o extrapatrimonial.

[49] Jorge Pantoja, *Ob. Cit.*, 19.
[50] Jorge Pantoja, *Ob. Cit.*, 389.

129. En materia de daños, se puede estar frente a dos tipos: el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. El daño patrimonial o material recae sobre un objeto de forma directa o indirecta como consecuencia de o reflejo de un daño causado a quien es titular del mismo.
130. Así, el daño patrimonial genera una disminución de la utilidad de un bien o un interés material que se repara con dinero o con bienes intercambiables por dinero.
131. El daño moral no afecta al patrimonio económico de una persona sino a su personalidad física o moral, o a ambas a la vez. Los daños morales no tienen una naturaleza económica, no son cuantificables en dinero, sino que recaen sobre la persona, sus sentimientos o su cuerpo como, por ejemplo, la honra, la vida, la libertad, la buena imagen, el buen nombre, la familia, la intimidad.
132. Sin embargo, este concepto no debe entenderse restrictivamente, pues, este no se reduce únicamente a los 'dolores' o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en aquel también se incluye todo perjuicio no pecuniario que produzca la lesión de un bien de la persona –como la salud, la libertad, la honestidad, el honor, entre otros-, o de sus sentimientos y afectos más elevados e importantes.[51]
133. Así, el daño moral es aquel que afecta a un bien de la personalidad o de la vida –libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.-, es decir, un detrimento que implica quebranto, privación o vulneración de los bienes incorporales que se encuentran tutelados bajo la categoría de los derechos de la personalidad.[52]
134. El daño moral nace de un hecho punible, ilícito o delito por lo que es de naturaleza extrapatrimonial, y surge cuando se afecta la esfera personal de la víctima, es decir, se origina cuando el causante vulnera un bien jurídico que recae sobre un derecho de la personalidad diferente a los bienes o intereses materiales, que implica la existencia de una obligación indemnizatoria de carácter patrimonial, así el hecho generador vulnera un bien jurídico de naturaleza extrapatrimonial o recae sobre un derecho de la personalidad.
135. Además del daño, el nexo de causalidad entre el acto u omisión –en este caso ilícito- y el perjuicio causado por el daño, es otro elemento básico de la responsabilidad civil y tiene que ver con la causa previsible o evitable que es la base general para la correspondiente responsabilidad civil por el perjuicio provocado.
136. El nexo de causalidad tiene que ver con la imputabilidad, atribución objetiva o vínculo material, que no es otra cosa que el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado –en este caso, el daño-.
137. La relación de causalidad permite abarcar los supuestos de responsabilidad civil, ya que vincula la conducta antijurídica del autor o agente dañador, el riesgo o vicio de la cosa o de la actividad, con el daño sufrido, pues, para que se genere la obligación de indemnizar a la víctima no basta que se verifique la existencia de un daño o de un acto ilícito imputable a su autor, sino que además de la presencia de dichos supuestos, debe establecerse que dicho acto es la causa del daño, teniendo en consideración que cualquier condición del hecho no es causa, sino "aquella que generalmente es apta para determinarlo"[53]; de ahí que, es imprescindible el estudio pormenorizado de los elementos de prueba que han sido aportados al proceso.

5.2. Fuero.

138. El fuero es una prerrogativa establecida constitucional y/o legalmente a favor de determinados funcionarios públicos para exigir que un proceso en el que se encuentran vinculados, sea investigado y juzgado por altas autoridades –o autoridades de mayor jerarquía dentro de la estructura estatal- de la Fiscalía y de la rama judicial.[54]

---

[51] Rafael Álvarez, "La responsabilidad por daño moral" en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIX, fascículo 1, 1966, pág. 85.
[52] Ángel Cristóbal, "El daño moral contractual" en *Revista de Derecho Privado*, tomo LXXIV, 1990, pág. 3.
[53] Jorge Pantoja, *Ob. Cit.*, 421.
[54] Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Francisco Javier Farfán Molina, "El fuero de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del Estado. Problemas procesales", (online) *Derecho Penal y Criminología,* ISSN 0121-0483, ISSN-e 2346-2108, Vol. 36, Nº. 101, (2015), 87-132. (Acceso 06/01/2022).

139. Es un "privilegio" que busca preservar la inviolabilidad del servidor público desde la visión de la función que ejerce, mas no desde el ámbito personal, lo cual explica que, por ejemplo, la máxima autoridad de la Fiscalía de un estado o los magistrados de la Corte Suprema, puedan retener la competencia respecto del aforado, únicamente en aquellos casos en los que se demuestre que aquel llevó a cabo una conducta que tiene una relación de imputación concreta con la función realizada, así dicha calidad ya no la tenga en otro momento.
140. En suma, esta prerrogativa es también una característica de los estados democráticos, misma que busca garantizar la dignidad del cargo y de sus instituciones, así como su independencia y autonomía.
141. Así, el fuero no tiene por objeto la protección personal del funcionario encausado sino la preservación de su investidura y el aseguramiento del máximo nivel de independencia en el proceso.[55]
142. De esta manera, el fuero se considera como una garantía del debido proceso –entendido como derecho complejo-, pues, los funcionarios aforados tienen el derecho de ser investigados y/o juzgados por el juez natural que la Constitución y la ley predetermina, cuya inobservancia constituye un vicio *in procedendo* que afecta la validez de todo el proceso o de ciertas actuaciones.

5.3. Inmunidad parlamentaria.

143. Por su parte, la inmunidad parlamentaria presenta dos dimensiones, una amplia y otra restringida. La primera hace referencia al derecho inherente a la condición parlamentaria en virtud de la cual, se otorga a los legisladores una suerte de indemnidad respecto de las acciones judiciales de diferente índole que promuevan en su contra los particulares o el gobierno de turno; este derecho se concreta de distinta manera en función de si se está frente a la inviolabilidad o a la inmunidad en *stricto sensu*.[56]
144. Mientras que la segunda tiene que ver con la autorización que debe emitir el Congreso de manera previa, sea para su detención o su procesamiento, la cual no tiene que ver con una pretendida impunidad o sustracción de toda acción penal, sino más bien con la exigencia de un requisito adicional que consiste en el levantamiento de esa inmunidad para que el legislador en cuestión pueda ser procesado en el fuero común.[57]
145. La inmunidad en sentido amplio es conocida también como inmunidad de fondo o inviolabilidad y tiene como objeto proteger al parlamentario desde el punto de vista de la función que ejerce, volviéndolo penal y civilmente irresponsable por las decisiones, actos y opiniones que emita en el ejercicio de su cargo, inclusive cuando ha concluido el periodo para el cual fue electo o cuando ha perdido la calidad de legislador por un hecho superviniente, con la finalidad de que no se lo enjuicie cuando no es legislador por asuntos referentes al ejercicio de dicha función.[58]
146. Es decir, en atención a este tipo de inmunidad, el legislador ejerce sus funciones –entre ellas las de fiscalizar y legislar- con libertad absoluta, sin que pueda ser encausado civilmente por daños y perjuicios, en el caso que una ley que expida irrogue algún perjuicio a determinado sector o grupo de personas; ni penalmente, en el caso que emita comentarios que puedan ser catalogados de injuriosos, a propósito de una acción fiscalizadora.[59]
147. La inmunidad en sentido estricto hace referencia a la inmunidad de forma o antejuicio, y tiene por finalidad

"[...] condicionar el procesamiento penal a la autorización legislativa y restringir la

[55] Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-025 de 1993, m.p. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-222 de 1996, m.p. Fabio Morón Díaz. En igual sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso Nº 26585, 17 de septiembre de 2008, Magistrado Augusto Ibáñez, y Corte Constitucional, sentencia C-545 de 2008, m.p. Nilson Pinilla Pinilla.
[56] Eloy García, *La Inmunidad Parlamentaria y Estado de Partidos,* (Tecnos: Madrid, 1989), 64.
[57] Derik Latorre Boza, Inmunidad Parlamentaria. *Derecho & Sociedad,* n.º 31 (2008), 163-76. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17402. (Acceso 06/01/2022)
[58] Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional ecuatoriano y comparado,* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 500-501.
[59] *Ibíd.*

posibilidad que los parlamentarios sean sujetos de privación de libertad [...]"[60]

148. Misma que es una inmunidad ante procesos y que busca proteger al legislador de enjuiciamientos penales por cuestiones imputables al ejercicio de su cargo y respecto de órdenes de privación de libertad; en otras palabras, para que pueda procesarse penalmente a un legislador, se necesita que el Congreso lo autorice.

149. Dicha autorización no constituye un pronunciamiento de la legislatura respecto del fondo del proceso –de la culpabilidad o no del parlamentario-, sino una garantía formal de carácter procesal, pues, aquella se constituye en un requisito de procedibilidad de la causa penal, que por principio de excepcionalidad aplica únicamente en los procesos penales que puedan provocar la privación de libertad del legislador.

150. Así, cuando se verifique que el fin último del encausamiento penal o de la privación de libertad es político o de persecución, estará suficientemente justificada la aplicación de la inmunidad de forma.

151. La inmunidad parlamentaria en general, tiene por objeto la protección de la integridad del Congreso, así como la independencia de aquel para el desempeño de sus funciones, puesto que esta no constituye un privilegio personal ni un derecho subjetivo del legislador; de ahí que, esta protección sea otorgada a los legisladores en la medida en que representan al órgano legislativo y exclusivamente en su calidad de tales.[61]

5.4. Análisis del caso en examen.

152. El tribunal de apelación, en la sentencia recurrida, sostuvo lo siguiente:

"[...] *En las referidas entrevistas que dio el demandado y que ha sido analizado en extenso, se identifica claramente al Dr. Fernando Rosero, como el entrevistado y es quien públicamente en los medios de televisión nacional voluntariamente, refiere los hechos alegados por el actor que es materia de esta acción, que no han sido negados por el demandado, quien sostiene en su defensa que por ser Diputado, goza de inmunidad parlamentaria conforme lo previsto en el Art. 137 de la Constitución de la República del Ecuador del año 1998, pero sobre este tema ya se pronunció el Presidente de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional) al indicar que el demandado no goza de fuero especial para estos juicios, de lo que se desprende que podía ser juzgado en el ámbito civil que nos ocupa, más aun tomando en cuenta que dicha norma legal exime de responsabilidad penal y civil a los Diputados, pero en las opiniones vertidas únicamente en el ejercicio de sus funciones* [...]"

153. Es decir, confunde la institución jurídica del fuero con la de la inmunidad parlamentaria, considerando que significan lo mismo, lo cual no corresponde, pues, el fuero y la inmunidad parlamentaria son instituciones jurídicas disimiles, pero que son aplicables a funcionarios públicos que ejercen altas funciones dentro de la estructura estatal.

154. El fuero tiene que ver con la competencia del juzgador que va a conocer de una causa penal en la que se encuentra inmerso un alto funcionario público, en este caso, un diputado; mientras que la inmunidad tiene que ver, si es de fondo, con la irresponsabilidad del legislador tanto en lo penal como en lo civil; y si es de forma, con el requisito de procedibilidad que constituye el levantamiento de la inmunidad para que sea procesado en el fuero común, es decir, ante cualquier juez de primer nivel.

155. Así las cosas, corresponde analizar las disposiciones normativas vigentes a la época de los hechos y que regulaban tanto el fuero como la inmunidad de los legisladores, con la finalidad de resolver respecto de la competencia del juzgador, o de la irresponsabilidad del legislador demandado, o del requisito de procedibilidad, como exigencia previa a analizar la argumentación del tribunal de apelación respecto de los elementos del daño moral alegado, pues, de verificarse la existencia de alguno de los tres, no se podría emitir criterio respecto del mérito de la controversia civil.

156. La Ley Orgánica de la Función Judicial –vigente a la época-, establecía en su artículo 13 numeral 2 que, la Corte Suprema de Justicia de ese entonces era competente para:

[60] Ibíd.
[61] Derik Latorre Boza, *Ob. Cit.*

Art. 13.- Son atribuciones y deberes de la Corte Suprema: [...] 2.- **Conocer, en primera y segunda instancia, de toda causa penal que se promueva contra** el Presidente de la República o quien haga sus veces; los Ministros de la Corte Suprema, los Ministros de Estado; **los Legisladores principales y suplentes cuando estuvieren subrogando a aquello**s, los vocales de la Comisión de Legislación, del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Tribunal Supremo Electoral, los Ministros del Tribunal Fiscal y de lo Contencioso Administrativo, el Procurador General de la Nación, el Superintendente de Bancos, el Superintendente de Compañías, y los Ministros de las Cortes Superiores, en los casos y con los requisitos señalados por la Constitución y las leyes". [Énfasis fuera de texto]

157. Es decir, el juez natural determinado previamente para conocer de causas penales en las que se encontraban inmersos legisladores –en esa época-, eran los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, con lo que se cumplía con el principio en torno al cual, la competencia del juzgador proviene de la ley.

158. Lo anterior se reforzaba con la Ley Orgánica de la Función Legislativa, la cual establecía en su artículo 62 que los legisladores únicamente pueden ser detenidos en virtud de un delito flagrante, debiendo cumplir la detención bajo la modalidad de arresto domiciliario y estando bajo las órdenes del Presidente de la Corte Suprema, quien debía solicitar al Congreso dentro de las veinticuatro horas siguientes, que resuelva sobre la flagrancia del delito, y de ser el caso, autorice el enjuiciamiento.

159. A esto se agregaba que, de existir mérito para la prisión preventiva, la misma también debía ser cumplida mediante arresto domiciliario, de lo contrario, el Presidente de la Corte Suprema dispondría la inmediata libertad del diputado.

160. Asimismo, el artículo 63 *ibídem* prescribía que el Presidente de la Corte Suprema debía enviar de manera conjunta el pedido de declaración de flagrancia al Congreso, con todos los antecedentes del caso al Presidente de la Legislatura, para que este último designara una comisión especial que elaboraría el informe de calificación de flagrancia que sería conocido por el Pleno del Congreso Nacional.

161. Con estos antecedentes normativos, y teniendo en cuenta que el fuero es una suerte de privilegio que se otorga normativamente –vía constitución y/o la ley- a favor de determinados funcionarios públicos para exigir que un proceso penal en el que se encuentran vinculados, sea investigado y juzgado por altas autoridades –o autoridades de mayor jerarquía dentro de la estructura estatal- de la Fiscalía y de los órganos jurisdiccionales, se puede concluir que para las **causas penales**, los **diputados** estaban sujetos a fuero de Corte Suprema, es decir, **para procesarlos por infracciones penales, su juez natural era dicho organismo**.

162. Sin embargo, la causa que se encuentra bajo examen de este Tribunal de Casación, es de orden civil, en consecuencia, conforme lo sostuvo en su momento el doctor Armando Bermeo Castillo, Presidente de la Corte Suprema de Justicia (foja 22 del cuaderno de primer nivel), el conocimiento de procesos civiles instaurados en contra de diputados no es de competencia de la referida Corte, teniendo en cuenta que, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente en ese entonces –y referido en líneas anteriores- no existe fuero en materia civil, sino únicamente en materia penal; razón por la cual, la demanda derivada de la acción de daño moral debía tramitarse en el fuero común, es decir, ante cualquier juez civil de primera instancia, como en efecto se hizo, en razón que la causa fue tramitada y sentenciada en primer nivel por el juez décimo de lo Civil de Pichincha; es decir, el juzgador que conoció la misma era el juez natural competente para el demandado, por lo que no existe causa de nulidad en lo que a la competencia se refiere.

163. Ahora bien, respecto de la inmunidad parlamentaria, la Constitución Política vigente en 1998, en su artículo 137, establecía que:
"*Art. 137.- Los diputados no serán civil ni penalmente responsables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones.*
No podrán iniciarse causas penales en su contra sin previa autorización del Congreso Nacional, ni serán privados de su libertad, salvo en el caso de delitos flagrantes. Si la solicitud en que el juez competente hubiera pedido autorización para el enjuiciamiento no fuere contestada en el plazo de treinta días, se la entenderá concedida. Durante los recesos se suspenderá el decurso del plazo mencionado.
Las causas penales que se hayan iniciado con anterioridad a la posesión del cargo, continuarán tramitándose ante el juez competente.

164. Asimismo, la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en sus artículos 60 y 61 prescribía que:
Art. 60.- Los diputados gozarán de inmunidad parlamentaria durante el período para el cual fueron elegidos, salvo el caso de delito flagrante, que deberá ser calificado por el Congreso Nacional.
Art. 61.- Los diputados no serán penal ni civilmente responsables por las opiniones, y votos emitidos en el desempeño de sus funciones.
165. Es decir, con estas disposiciones normativas, se establecía inviolabilidad a favor de los diputados, pues, aquellos eran irresponsables tanto en el ámbito civil como en el penal por los votos y opiniones que emitían a propósito del cargo que ejercían en el parlamento.
166. Mientras que la inmunidad de forma o antejuicio, quedaba únicamente reservada para los procesos penales y para las detenciones, siendo un requisito de procedibilidad, la autorización del Congreso Nacional para que puedan ser procesados ante el juez competente del fuero común.
167. De lo anterior, se concluye claramente que el tribunal de apelación de manera equivocada, estableció que el fuero y la inmunidad parlamentaria son lo mismo, sin tener en cuenta que cada una de estas instituciones jurídicas es de naturaleza diferente, y por lo tanto, sus consecuencias también lo son, pues, como se dijo en líneas anteriores, la una ataca a la competencia del juzgador que conoce de una causa penal en la que un legislador se encuentra inmerso; y, la otra se refiere a la irresponsabilidad del legislador en los ámbitos civil y penal –inmunidad de fondo-, por un lado; y, por otro, al requisito de procedibilidad (autorización del Parlamento) para poder procesar a un legislador –inmunidad de forma- ante cualquier juzgador que sea competente, de acuerdo a las reglas previamente establecidas en las disposiciones normativas respectivas que regulan la competencia.
168. Ahora bien, tanto el artículo 137 de la Constitución Política como el artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, vigentes a la época, establecen en su texto la irresponsabilidad del legislador en lo civil y en lo penal, por los votos y opiniones que emitan en ejercicio/desempeño de sus funciones.
169. En efecto, de acuerdo al análisis que realiza la sala de apelación sobre la expresión normativa "en ejercicio de sus funciones", el artículo 130 de la Constitución que determina los deberes y atribuciones del Congreso Nacional, no establece el emitir opiniones en medios de comunicación como uno de aquellos; así:
"*Art. 130.- El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones:*
1. Posesionar al Presidente y Vicepresidente de la República proclamados electos por el Tribunal Supremo Electoral. Conocer sus renuncias; destituirlos, previo enjuiciamiento político; establecer su incapacidad física o mental o abandono del cargo, y declararlos cesantes.
2. Elegir Presidente de la República en el caso del Art. 168, inciso segundo, y Vicepresidente, de la terna propuesta por el Presidente de la República, en caso de falta definitiva.
3. Conocer el informe anual que debe presentar el Presidente de la República y pronunciarse al respecto.
4. Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria.
5. Expedir, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.
6. Establecer, modificar o suprimir, mediante ley, impuestos, tasas u otros ingresos públicos, excepto las tasas y contribuciones especiales que corresponda crear a los organismos del régimen seccional autónomo.
7. Aprobar o improbar los tratados internacionales, en los casos que corresponda.
8. Fiscalizar los actos de la Función Ejecutiva y los del Tribunal Supremo Electoral y solicitar a los funcionarios públicos las informaciones que considere necesarias.
9. Proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de los integrantes del Congreso Nacional, del Presidente y Vicepresidente de la República, de los ministros de Estado, del Contralor General y Procurador del Estado, del Defensor del Pueblo, del Ministro Fiscal General; de los superintendentes, de los vocales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral, durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminadas.
El Presidente y Vicepresidente de la República sólo podrán ser enjuiciados políticamente por la comisión de delitos contra la seguridad del Estado o por delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, y su censura y destitución sólo podrá resolverse con el voto conforme de las dos terceras partes de los inte-

grantes del Congreso. No será necesario enjuiciamiento penal para iniciar este proceso.
Los demás funcionarios referidos en este número podrán ser enjuiciados políticamente por infracciones constitucionales o legales, cometidas en el desempeño del cargo. El Congreso podrá censurarlos en el caso de declaratoria de culpabilidad, por mayoría de sus integrantes.
La censura producirá la inmediata destitución del funcionario, salvo en el caso de los ministros de estado, cuya permanencia en el cargo corresponderá decidir al Presidente de la República.
Si de la censura se derivaren indicios de responsabilidad penal del funcionario, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento del juez competente.
10. Autorizar, con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal del Presidente y Vicepresidente de la República cuando el juez competente lo solicite fundadamente.
11. Nombrar al Procurador General del Estado, al Ministro Fiscal General, al Defensor del Pueblo, a los superintendentes; a los vocales del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Electoral y a los miembros del directorio del Banco Central; conocer sus excusas o renuncias, y designar a sus reemplazos.
En los casos en que los nombramientos procedan de ternas, éstas deberán ser presentadas dentro de los veinte días subsiguientes a la vacancia del cargo. De no recibirse tales ternas en este plazo, el Congreso procederá a los nombramientos, sin ellas.
El Congreso Nacional efectuará las designaciones dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha de recepción de cada terna. De no hacerlo, se entenderá designada la persona que conste en el primer lugar de dicha terna.
12. Elegir por mayoría de las dos terceras partes de sus integrantes la terna para la designación del Contralor General del Estado. Se procederá de la misma manera para reemplazarlo, en caso de falta definitiva.
13. Aprobar el presupuesto general del Estado y vigilar su ejecución.
14. Fijar el límite del endeudamiento público, de acuerdo con la ley.
15. Conceder amnistías generales por delitos políticos, e indultos por delitos comunes, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes. En ambos casos, la decisión se justificará cuando medien motivos humanitarios. No se concederá el indulto por delitos cometidos contra la administración pública y por los delitos mencionados en el inciso tercero del número 2 del Art. 23.
16. Conformar las comisiones especializadas permanentes.
17. Las demás que consten en la Constitución y en las leyes.

170. Sin embargo, no podemos abstraernos del hecho constante en la sentencia de segundo nivel según el cual, el demandado concurrió en calidad de diputado a las entrevistas en las que emitió las opiniones que, según el actor, configurarían daño moral en su contra, de acuerdo a la trascripción de las entrevistas que el tribunal *ad quem* reproduce de los fundamentos del contenido de la demanda presentada:
"[...] ***Narváez:*** *La revista Vistazo que ya está en circulación trae reveladores datos respecto al llamado acuerdo de fusión entre los bancos Cofiec y Progreso.* ***El diputado Fernando Rosero, quien denunció este caso durante la interpelación al entonces Superintendente de Bancos Juan Falconi****, es nuestro invitado a partir este momento, aquí en vivo, en Contacto Directo [...] Jairala: Siete y treinta y siete, ustedes deben recordar que en febrero del año 2001* ***el diputado Fernando Rosero González cuestionó el proceso de fusión que se siguió en este tema, la fusión a la que me refiero es Filanbanco y la Previsora****. Hace pocos días el 20 de junio,* ***el Procurador ha dado la razon al diputado Rosero*** *cuando ya emitió pues, una providencia, un escrito en el que señala presuntas responsabilidades* [...] [sic] [énfasis fuera de texto]."

171. De tal manera que, si bien el conceder entrevistas a medios de comunicación y emitir opiniones en las mismas no consta taxativamente como una atribución de las establecidas en el artículo 130 de la Constitución, no se puede soslayar el hecho de que la calidad de diputado es inescindible de la persona que ejerce dicha función, más aun cuando el demandado fue invitado como diputado por los medios de comunicación, para dar sus opiniones respecto de la facultad fiscalizadora que ejerció en su momento en contra del hoy actor.

172. Es decir, no se puede esperar que cuando un legislador emita opiniones en un medio de comunicación respecto a la función que ejerce,

abandone momentáneamente dicha calidad para dar la entrevista, y vuelva a tenerla cuando esta finalice, sino que por el contrario, en el presente caso, las opiniones vertidas en los medios de comunicación –ECUAVISA y TC TELEVISION- fueron realizadas con ocasión de la atribución fiscalizadora que ostentaba el demandado, determinada en los numerales 8[62] y 9[63] del artículo 130 de la Constitución Política, que la ejerció al ser diputado y miembro de la Comisión de Fiscalización y Control Político del Congreso desde agosto de 1998 hasta el 4 de enero de 2003, conforme consta a fojas 68 con la copia certificada del oficio 3286-SCN de 21 de septiembre de 2001, suscrito por el doctor Andrés Aguilar Moscoso, Secretario General del Congreso Nacional.

173. Mediante dicha atribución fiscalizadora, no solo del hoy demandado, sino del Congreso Nacional en su conjunto, se llamó a juicio político al hoy actor como Superintendente de Bancos, en el cual el demandado actuó como interpelante, juicio en el que se lo censuró y destituyó de su cargo.

174. En este orden de cosas, queda en evidencia que las opiniones emitidas por el demandado en los medios de comunicación referidos, fueron realizadas en su calidad de legislador, miembro de la Comisión de Fiscalización y Control Político del Congreso Nacional, y de legislador interpelante en el juicio político iniciado en contra del actor, por lo que, dichas opiniones emitidas se encontraban protegidas por la inviolabilidad que tanto el artículo 137 de la Constitución Política como el 60 y 61 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, confería a los legisladores.

175. De tal manera que, la inviolabilidad o inmunidad de fondo concedida constitucional y legalmente a los legisladores –como se explicó en líneas anteriores- no permite realizar el juicio de atribución de responsabilidad civil en contra del hoy demandado, razón por la cual, la acción de daño moral no puede prosperar en este contexto de irresponsabilidad establecida por el ordenamiento jurídico aplicable a los hechos debatidos.

VI.
DECISIÓN DE LA SENTENCIA

176. Por la motivación expuesta a lo largo de este fallo, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**", resuelve:

1) Aceptar parcialmente el recurso de casación presentado por el demando Fernando Rosero González, únicamente en lo que tiene ver con el caso quinto del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es, incumplimiento del requisito de motivación en la sentencia de segunda instancia.
2) Casar la sentencia de segunda instancia emitida por el tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 15 de noviembre de 2018, las 15h39.
3) Negar la demanda presentada por el actor Juan Falconí Puig, por los argumentos justificativos desarrollados en esta sentencia.
4) Devuélvase el monto consignado como caución a la parte recurrente.
5) Sin costas que declarar.
6) Con el ejecutorial, se dispone la inmediata devolución del expediente al tribunal de origen. **Notifíquese y devuélvase.**

f) Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL (PONENTE) (E); Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (E); Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (E).

[62] 8. Fiscalizar los actos de la Función Ejecutiva y los del Tribunal Supremo Electoral y solicitar a los funcionarios públicos las informaciones que considere necesarias.

[63] 9. Proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de los integrantes del Congreso Nacional, del Presidente y Vicepresidente de la República, de los ministros de Estado, del Contralor General y Procurador del Estado, del Defensor del Pueblo, del Ministro Fiscal General; de los superintendentes, de los vocales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral, durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminadas.

II

Juicio Nro. *17230-2018-10199*
Resolución Nro. *146-2022*
Fecha: *12 de octubre del 2022, las 11h53*

TEMA: Conclusión contractual cuando existen obligaciones recíprocas entre las partes y cláusula resolutoria expresa.

ASUNTO

La compañía KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP, que representa derechos del artista Sebastián Yatra, demanda el incumplimiento contractual de la compañía DEL CASTILLO, GARRIDO PRODUCCIONES PROCASGAR CÍA. LTDA., que habría terminado el contrato de servicios profesionales de presentación del artista de forma unilateral y sin justa causa, incumpliendo con los pagos previstos en el contrato.

En el presente caso se analiza la forma idónea de demandar ante la eventual conclusión de un contrato con obligaciones recíprocas entre las partes, cuando existe cláusula resolutoria expresa.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito determina que la parte accionante justificó los fundamentos de hecho y de derecho planteados en la demanda, respecto al incumplimiento del contrato y la consecuente responsabilidad de la parte demandada prevista en la cláusula décima tercera, esto es, que debe cancelar la suma de nueve mil seiscientos dólares.

Por lo expuesto, el juez acepta parcialmente la demanda, ordenando que por incumplimiento del contrato la parte demandada cumpla con lo estipulado en la cláusula décima tercera y pague a la actora nueve mil seiscientos dólares, sin costas, ni intereses, así como tampoco procede el pago de indemnización por daños y perjuicios por no estar debidamente justificados.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha analiza los recursos de apelación planteados por las partes procesales y determina que, de acuerdo a lo que establece el Art. 1505 del Código Civil, la parte actora puede pedir la resolución o el cumplimiento del contrato y que, en cualquiera de estos casos, con indemnización de los perjuicios, de manera que cuando los daños y perjuicios tiene origen contractual no cabe demandar la reparación en forma independiente, sin ejercer la acción principal. El tribunal expone que, sin embargo, la pretensión del actor consiste en el incumplimiento del contrato, con el pago de indemnización de daños y otros rubros, sin que se solicite el cumplimiento o la resolución del contrato, conforme lo señala la ley y la jurisprudencia.

Por lo expuesto, los jueces resuelven negar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y aceptar el interpuesto por la parte demandada, declarando sin lugar la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17230-2018-10199

Juez Ponente: Dr. Wilman Terán Carrillo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, miércoles 12 de octubre del 2022, las 11h53,

El Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia; integrado por los señores Jueces Nacionales: doctor Roberto Himmler Guzmán Castañeda, doctor David Isaías Jacho Chicaiza y doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que fueron electos conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por los principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, que habiendo sido designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura; y, al ser encargados en los respectivos despachos acorde a las facultades de la Corte Nacional de Justicia, más el sorteo de ley realizado, por el cual ha correspondido conocer esta causa; acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, en respeto al circuito jurídico estatuido en el orden de los estándares de Derechos Humanos, de aplicación constitucional y de rigurosidad jurídica de manera armónica y sincrónica para bien decidir, notifican por escrito la siguiente decisión:

ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Es la resolución dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, de 11 de julio de 2019, en la causa ordinaria seguida por la compañía KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP, en contra de la compañía DEL CASTILLO GARRIDO PRODUCCIONES PROCASGAR CIA. LTDA.

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció en virtud del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, contra la sentencia dictada por el Juzgador de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, de 13 de febrero de 2019, que decidió aceptar parcialmente la demanda, ordenando que la parte demandada pague a la actora $9.600,00, sin costas.

1.2.- Satisfecho el trámite de dichas apelaciones, la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, decidió negar el recurso de apelación de la parte actora y aceptar el interpuesto por la parte demandada, declarando sin lugar la demanda.

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, la actora, deduce recurso de casación, convirtiéndose de esta manera en sujeto activo e impulsor del medio impugnatorio casacional.

3.- Causales admitidas en el recurso de casación: Al recibirse el planteamiento casacional, por sorteo, es conocido por la respectiva Conjueza Nacional, Rita Bravo Quijano, quién luego del estudio formal del escrito fundamentado de casación, ha admitido el mismo por los casos dos, tres y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (*en adelante COGEP*).

FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

4.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, la recurrente, Compañía KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP, por parte de su defensa técnica, fundamentó su recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, el cual fue debatido por la contraparte, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes.

5.- Intervención de la defensa técnica de la parte recurrente en casación: En lo medular, señala primero por el caso dos casacional, que el fallo decaería en falta de motivación, pues acorde a los artículos 95 y 90 del COGEP, toda sentencia debe contener el pronunciamiento sobre las objeciones presentadas, la relación de los hechos probados relevantes para la resolución, la motivación y la decisión pronunciada sobre el fondo del asunto; lo cual asegura que no cumpliría la sentencia recurrida, al dejar de lado el análisis de las excepciones planteadas por la demandada y el estudio del objeto de la causa, por ello considera que la sentencia no cumpliría con este requisito mínimo. Al amparo del caso tres de casación, alega que no se habría resuelto lo que era materia de litigio, constituyendo infracción al artículo 92 del COGEP, atinente a que las sentencias deben ser claras, precisas y

congruentes con los puntos materias del proceso y resolver las peticiones de las partes y decidir los puntos litigiosos del proceso; alude que el objeto controvertido, consistiría en determinar si existía o no incumplimiento contractual, que origine el cobro de cláusula penal y daños y perjuicios, por lo que no habría sido necesario analizar la terminación o no del contrato, ello, provocaría que se omita pronunciarse sobre el pago de la cláusula penal, el derecho a cobrar daños y perjuicios e incluso lo que alegó la parte demandada, esto es el incumplimiento por fuerza mayor; conforme el artículo 91 del COGEP, el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho incurridos por las partes, pero no puede otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados. Respecto al caso quinto del artículo 268 del COGEP, acusa la indebida del artículo 1505 del Código Civil y la falta de aplicación de los artículos 1551, 1558 y 1559 *ibidem*; expresa que la Compañía KAMADAYA ENTERTAINMENT Corp, que representa derechos del artista Sebastián Yatra, demandó incumplimiento contractual de la Compañía PROCASGAR, ya que ésta, habría terminado el contrato de servicios profesionales de presentación de artista de forma unilateral y sin justa causa, incumpliendo con los pagos previstos en el contrato; todo esto al amparo de una causal que no era aplicable a las circunstancias dadas en torno al contrato; la demanda habría sido para determinar el incumplimiento que da lugar al pago de cláusula penal establecida en el propio contrato y los daños y perjuicios, pues de otra manera no hay posibilidad de su exigencia; sin embargo, el Tribunal de apelación, aplicando indebidamente el artículo 1505 del Código Civil, niega la demanda, señalando que para demandar daños y perjuicios se tenía que establecer o demandar: la resolución del contrato o su cumplimiento efectivo, sin considerar que el contrato ya haya concluido; por ello, no habría sido necesario detenerse en ese análisis, ya que existiría una comunicación enviada por la compañía PROCASGAR a la Compañía KAMADAYA ENTERTAINMENT Corp, que da por terminado el contrato sobre la base de causal de terminación de fuerza mayor o caso fortuito, por lo que considera que el artículo 1505 del Código Civil, que plantea el concepto de la condición resolutoria tácita, no era aplicable, sino la condición expresa u ordinaria, en razón del acuerdo de las partes, quedando como objeto de la decisión, determinar si se produjo la causal que motivó la terminación del contrato por parte de PROCASGAR, originando el cobro de la cláusula penal y los daños y perjuicios; por lo que se habría dejado de aplicar el artículo 1572 del Código Civil, atinente a la posibilidad de demandar daños y perjuicios entendiéndose por estos al daño emergente y lucro cesante, así como los artículos 1551, 1558 y 1559 del Código Civil, referentes a la cláusula penal, que es un mecanismo de sanción que las partes establecen en el evento de un incumplimiento contractual. Bajo estos cargos, solicita se case la sentencia y dicte la que un su lugar corresponda.

6.- Intervención de la defensa técnica de la contraparte: Por principio de contradicción, se escuchó a la contraparte, que en lo puntual, indica que sobre las alegaciones traídas a casación, la Corte Provincial, decidió rechazar la demanda, en razón de que, a su juicio, la demanda de daños y perjuicios sería accesoria a la de resolución o cumplimento. Ante la existencia de un contrato bilateral con obligaciones mutuas, era aplicable el artículo 1505 del Código Civil, debiendo demandarse la terminación del contrato y la posterior indemnización de daños y perjuicios. Además, la sentencia estaría debidamente motivada, por estar afianzada en principios legales en base a la proposición de la demanda y por ende, no incurriría en ninguno de los vicios denunciados en el recurso de casación.

CONSIDERANDOS

7.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 183 numeral 4, 184, 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato del artículo 269, inciso primero, del Código Orgánico General de Procesos y por efectos de la Resolución 03-2021 de la Corte Nacional de Justicia; los suscritos Magistrados de esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, poseen jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

8.- Validez procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser

privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso. Del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, así pues, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violación a solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación del Recurso de Casación)

9.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar, la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación.

10.- Contenido de los casos invocados, admitidos en fase previa de admisibilidad: Como quedó establecido, en el párrafo 3 de esta sentencia, en concreto los casos admitidos por vía casacional, son el dos, tres y cinco del artículo 268 del COGEP, cuyo contenido es:

> *"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.*
>
> *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.* (...)
>
> *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."*

10.1.- El caso dos, es atinente a vicios *in procedendo*, se refiere a la falta de requisitos de forma y de fondo en la sentencia, previstos principalmente en los artículos 90 y 95 del *Código Orgánico General de Procesos* y principalmente la motivación; así como a la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles en su parte dispositiva que hagan inejecutable la resolución recurrida.

10.2.- El caso tres del artículo 268 invocado, se produce por vicios de inconsonancia o incongruencia en la sentencia, ya sea por conceder más de lo pedido (ultra petita), por conceder menos de lo pedido (citra petita) o por conceder algo distinto a lo pedido (extra petita), constituye una vulneración al principio dispositivo consagrado en los artículos 168.6 de la Constitución de la República y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, que ordena que las juezas y jueces deben resolver 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.

10.3.- En cuanto al caso cinco**,** este es relativo a los errores *in iudicando*, se produce por violación directa normas de derecho sustantivo o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, doctrinariamente se ha llamado a esta causal como vicio de juzgamiento. La falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación, son vicios comunes de los casos uno, cuatro y cinco del artículo 268 del COGEP, los mismos responden a conceptos propios de infracción disimiles entre sí, de allí la necesidad de diferenciarlos al formular el cargo, radicando la aplicación indebida en un yerro de selección de norma, en la cual el juzgador elige una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la acertada para solucionar la cuestión; la falta de aplicación, en lo esencial es un vicio donde el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar el problema jurídico; por último, la errónea interpretación es un yerro, en el cual, si bien el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución del problema jurídico, se aleja del espíritu de su

esencia dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra destinada la norma para dar la solución al conflicto jurídico.

11.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: El examen de este Tribunal se dirige a verificar la infracción de las normas previstas en los artículos 90, 91, 92 y 95 del COGEP; bajo la presunción de falta de motivación y de que se habría resuelto lo que no es objeto de la controversia; así como la indebida aplicación del artículo 1505 del Código Civil y la falta de aplicación de los artículos 1551, 1558, 1559 y 1572 del mismo cuerpo de ley. Este es el límite sobre el cual actuará este Tribunal, en atención a los casos dos, tres y cinco del artículo 268 del COGEP.

JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

12.- El juicio de legalidad de sentencia, acorde a la metodología científica utilizada en estas ponencias, parte desde dos disciplinares componentes: **a)** el primero, es una abstracción fiel del argumento denunciante de casación, que excluye los contenidos normativos, para caracterizar el elemento fáctico genérico (no es una mera trascripción del argumento casacional); pues, hay que tener presente que la casación, no se destina al problema de hechos históricos del caso en particular – los fallos casacionales, tienen un destino general encaminado a la unificación global de criterios sobre la aplicación de la ley; de allí que, de la abstracción del cuadro fáctico genérico, se deduce y establece la intensión del recurrente frente a la institución jurídica o forma de dar tratamiento a supuestos fácticos similares; **b)** el segundo componente, consiste en sí, en una interrogante que condensa todo el supuesto fáctico que fue previamente extraído; esta interrogante es la que se desarrollará a continuación en el trayecto de posterior estudio del Tribunal, donde se irá atendiendo a la par a los yerros acusados, para al final, condensar en un solo apartado la conclusión que constituye la respuesta puntual a la interrogante planteada. Por lo indicado, jamás la pregunta atenderá al supuesto como si fuese instancia, nunca la interrogante así en la especie será, por ejemplo: "*¿Habrá falta de motivación en el fallo acusado?, menos ¿Se habría dejado de decidir lo que era materia del litigio?, como tampoco ¿Habrá indebida aplicación del artículo 1505 del Código Civil y la consecuente indebida aplicación de los artículos 1551, 1558, 1559 y 1572 del Código Civil?*", ni nada que se parezca; sino más bien, abstrayendo la o las instituciones jurídicas deducidas del argumento integral fundamentador del recurso, se distinguirá la interrogante inducida de esos contenidos, por lo que el fallo viaja desde lo deductivo con los contenidos generales, para llegar a la interrogante conclusiva específica y desde esta inductivamente con la o las premisas particulares, llegará a una conclusión general solucionadora del problema jurídico, que a su vez, mantiene un fin integrador de unificación de criterios jurídicos. Así se tiene:

12.1.- Primer componente: la alegación casacional, se concretiza en que el fallo estaría inmotivado, por falta de pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sin analizar las excepciones y el objeto de la causa – con ello – se habría resuelto algo fuera del litigio, pues lo controvertido, sería el determinar si hay incumplimiento contractual, para cobrar la cláusula penal más daños y perjuicios, sin requerirse abordar la terminación contractual, decayendo en omisión de pronunciamiento de esos puntos y lo alegado por la demandada, sobre el incumplimiento por fuerza mayor. Se habría demandado el incumplimiento contractual, por terminarse el contrato de servicios profesionales de presentación de artista de forma unilateral, sin justa causa, incumpliendo con los pagos aduciendo una causal inaplicable – con lo cual – se origina el pago de la cláusula penal pactada contractualmente más daños y perjuicios, sin haber otra posibilidad de exigencia; pero, se negaría la demanda, sosteniendo que para requerir aquello, debía proponerse ya sea la resolución o el cumplimiento del contrato, sin percatarse de que éste ya habría concluido, por una comunicación de la demandada a la actora, finalizando el vínculo contractual citando fuerza mayor; por ende, sería inaplicable la condición resolutoria tácita, por ser expresa u ordinaria, pues del acuerdo de las partes, el objeto a decidir, era determinar si se produjo la causal sostenida por la demandada, originando el cobro de la cláusula penal más daños y perjuicios, incluidos el daño emergente y lucro cesante; sin desatender que la cláusula penal, es una sanción establecida por las partes ante un incumplimiento contractual

12.2.- Segundo componente: De la abstracción realizada, en el párrafo precedente, se tiene que en la causal asignada para el Recurso de Casación, lo denunciado, evidencia de manera irrefutable, una sola variante irrevocable y constante en toda la temática, que es: "*contrato bilareal*", cual variable independiente, que en la especie, emerge acompañada de los siguientes factores dependientes a saber:

a) resolución expresa y **b)** condición resolutoria tácita; estos últimos, constituyen las variables dependientes. En este caso, ambas clases de variables atienden a una institución jurídica y su régimen. Este encaminamiento, induce a distinguir al problema jurídico a resolver (unas veces son varios); que en la especie inductivamente, se concreta en una sola pregunta (la interrogante siempre debe ser abierta y nunca cerrada), que aterriza en la siguiente cuestión: ¿Cuál es la distinción entre contrato con condición resolutoria expresa y condición resolutoria tácita?; la interrogante planteada, se resuelve en los siguientes párrafos:

¿Cuál **es la distinción entre contrato con condición resolutoria expresa y condición resolutoria tácita?**

14.- Primero sobre las obligaciones: De manera general constituyen un vínculo o relación jurídica entre las personas; su vocablo, proviene de la etimología latina: (*obligare*); compuesta por: **a)** el prefijo (*ob*): "*enfrentamiento*"; **b)** el verbo (*ligare*): "*atar*"; y, **c)** el sufijo (*ción*): "*acción y efecto*". Entonces, no solo son una relación, se componen por una situación y una necesidad, que ligan a la libertad de una persona a favor de otra, bajo ciertas circunstancias; en consecuencia, se definen como la relación jurídica por la que dos o más personas, se comprometen a cumplir y adquirir el derecho de exigir ciertas prestaciones,[1] facultando a compeler a alguien para que procure un bien o un beneficio, ya entregando una cosa, ya haciendo, ya dejando de hacer.[2] Así, estas constriñen al deudor a satisfacer a su acreedor; y contienen los siguientes elementos constitutivos: **1)** el acreedor, cual sujeto activo o titular del derecho personal de reclamar o exigir la prestación; **2)** el deudor, que es el sujeto pasivo o exigido a la prestación; y, **3)** la prestación u objeto de la obligación, que es el fin del acreedor y el límite del deudor en su deber de dar, hacer o no hacer algo. Su existencia depende de su licitud, posibilidad de realización y de determinación.[3] Desde una óptica clasificatoria, acorde al artículo 1453 del Código Civil, las obligaciones nacen: **i)** ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones; **ii)** 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; **iii)** ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en delitos y cuasidelitos; y, **iv)** ya por disposición de la ley, como entre los padres e hijos de familia. En esta virtud, son fuente de las obligaciones: **a)** el contrato, **b)** el cuasicontrato, **c)** el delito, **d)** el cuasidelito y **e)** la ley. El artículo 1454 del Código invocado, distingue al contrato como el "*...acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...*", de esta manera lo asimila a la esencia de la obligación – sin que por ello – signifique que obligación y contrato sean lo mismo; el contrato es una especie de obligación (la obligación puede provenir de diversas fuentes y en todas ellas pueden subsistir obligaciones de dar, hacer o no hacer). La característica esencial del contrato es que, en este, prima el acuerdo de voluntades, donde el consentimiento juega un papel fundamental, sin el cual, no se puede hablar de verdadero contrato, al ser la intención de las partes la que delimita el objeto y catálogo de obligaciones contraídas; que a diferencia del cuasicontrato, el cual vierte de un hecho voluntario lícito, que no requiere de convención a diferencia del contrato donde media el consenso o acuerdo de voluntades; así el artículo 2184 del Código Civil, establece que "*Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito*"; en el contrato siempre se requiere del consentimiento derivado del acuerdo de voluntades, sin depender de un imperativo legal. Conforme el contexto global de la sentencia impugnada, en la presente causa se está ante el reclamo de obligaciones que tienen por fuente un contrato entre las partes (actor y demandado), que como data la sentencia en

[1] Larenz, Karl. *Derecho de las obligaciones, Olejnik,* Santiago de Chile. 2020
[2] Colmo, Alfredo. *De la obligaciones en General,* Menéndez, Buenos Aires. Tercera Edición.
[3] Alessandri, Arturo. Somarriva Manuel. *Curso de Derecho Civil Tomo III de las obligaciones,* Editorial Nascimiento. Santiago de Chile. Pág. 6

estudio es un: "*CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MUSICALES No. 1245 DE 2017, CELEBRADO ENTRE KAMADAYA ENTERTAIMENT CORP., Y PROCASGAR LTDA*".

15.- Las obligaciones por la manifestación de voluntad contractual: El artículo 1476 del Código Civil, consagra que "*Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración*"; siendo la fórmula con la cual se determinan los alcances y efectos del cumplimiento o incumplimiento de la obligación constreñida a una declaración de voluntad reflejada en un contrato o convención y las consecuencias que derivarían en el responsable. Sea cual fuese el objeto, a la luz del artículo 1489 a 1514 del Código invocado, en principio las obligaciones se deben cumplir de forma inmediata y sin restricciones, es decir qué en su mayoría, son puras y simples, pero en ciertas ocasiones pueden estar sujetas a ciertas circunstancias, convirtiéndolas en condicionales, que dependen de un acontecimiento o hecho incierto y futuro del que depende la existencia o extinción de la obligación – suspensiva y resolutoria[4] –. Así también los contratos, pueden contener obligaciones modales, al estar sujetas a ciertas cargas u obras, de cuyo acatamiento y existencia de clausula resolutoria depende sus efectos; los contratos, también pueden contener obligaciones a plazo, según el cual se fija el tiempo en que puede exigirse su cumplimiento. Es decir que la resolución en este conjunto de obligaciones ante el incumplimiento es expresa, en la especie, se tiene que al revisar en íntegro el fallo, dentro del Considerando Cuarto en las migraciones del acto de proposición, consta que se transcribe la cláusula Décima Octava, del contrato objeto de esta causa, donde consta el siguiente texto: "*Causales de Terminación.- El presente contrato podrá darse por terminado anticipadamente por cualquiera de las partes cuando se presente cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Mutuo acuerdo entre las partes. b) imposible ejecución del objeto contractual por fuerza mayor o caso fortuito para una o ambas partes. c) Por incumplimiento continuo e injustificado de las obligaciones contenidas en el presente contrato, por una de las partes sin que medie fuerza mayor o caso fortuito, caso en el cual la parte incumplida responderá por los daños y perjuicios a que haya lugar. d) El retraso injustificado en la ejecución de las obligaciones contraídas en el presente contrato*". Del contenido de esta cláusula, se determina que las partes de manera expresa, han establecido causas de terminación del contrato, así se tiene: **a)** la primera que tiene una forma mutual, no condicional, ni suspensiva, ni modal ni resolutoria; **b)** la segunda, atinente a factores fuera de la voluntad de los contratantes como lo es el caso fortuito o fuerza mayor – que en la especie, alude que ha de ser para una o ambas partes, pero tampoco se aprecia una pureza de obligación mutual, no condicional, ni suspensiva, ni resolutoria, sino por un evento o eventos inciertos, impensables e inesperados, que le dan el modo de terminar anticipadamente de manera unilateral o conjunta, lo cual queda incluso sujeto a examen en caso de discrepancia, pero aún así es un por un motivo en que no media la voluntad o el accionar de alguna de las partes; **c)** la tercera habla de incumplimiento continuo e injustificado de las obligaciones contenidas en dicho contrato, por una de las partes sin que medie fuerza mayor o caso fortuito, caso en el cual la parte incumplida responderá por los daños y perjuicios a que haya lugar; en este caso, siempre estará pendiente la constitución en mora previa y la secuencialidad del incumplimiento para reflejar trascendencia y poder demandar la terminación unilateral del contrato, por ende no refleja obligación expresa mutual, condicional, suspensiva, modal o resolutoria; **d)** la última, refleja otra forma de mora al ejecutarse las obligaciones del contrato, lo cual tampoco guarda relación con obligaciones obligación mutuales, condicionales, suspensivas, modales o resolutorias, lo cual no hay que confundir con la condición resolutoria tácita, dispuesta en el artículo 1505 del Código Civil.

16.- El incumplimiento de obligaciones en un contrato bilateral: Una obligación engloba el derecho de exigir que se cumpla y por tanto es responsabilidad del deudor garantizarle al acreedor tal ejecución. El Libro IV del Código Civil, Título XII, al abordar los efectos de las obligaciones, los

[4] **Art. 1495 del Código Civil.-** La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.

regula al devenir del vínculo previo entre las partes; es decir, las que tienen como fuente el contrato, por cuanto en aquellas, la relación obligacional está dada por la voluntad, de manera que el legislador se limita a regular su exigibilidad bajo ciertos parámetros mas no sus alcances, por ello la ley determina que los contratos son ley para los contratantes y no puede ser invalidados sino por el consentimiento o por causas legales. En la especie, la controversia deviene de un contrato bilateral, por lo que es irrefutable que las partes estaban previamente vinculadas entre sí, por ese contrato, correspondiendo analizar los efectos que le conciernen a dicha relación y que le son exigibles al ser una obligación de tipo civil. Al respecto, cuando los contratos no se cumplen o en definitiva, se cumplen pero imperfectamente o retarda su cumplimiento por mora, el acreedor está autorizado para demandar su cumplimiento forzoso o su resolución y reclamar la indemnización de daños y perjuicios con el concomitante cálculo del daño emergente y lucro cesante de probarse su procedencia. Estas prerrogativas están dadas en los artículos 1505 del Código Civil: *"en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios"* y 1572 *ibidem*: *"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".* La procedencia de cada una de estas posibilidades según convengan al deudor, dependerá de la naturaleza del objeto de la obligación, si se trata de una obligación de dar, hacer o no hacer. El presente caso, versa por una obligación cuya fuente es el contrato de prestación de servicios musicales celebrado entre KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP y PROCASGAR, que por su tipo es bilateral, obligando, por tanto, recíprocamente a ambas partes. Así ha sido catalogado incluso por el Tribunal de instancia, a la hora de examinar la acción desde los efectos que genera el incumplimiento de estos contratos. No está en discusión entonces, la naturaleza de las obligaciones generadas a partir del contrato en mención, lo que interesa al examen de casación, en base de los cargos esgrimidos por la casacionista, es la negativa del Tribunal de apelación en conceder la demandada, bajo la consideración de que no se puede exigir la indemnización de daños perjuicios por incumplimiento de contrato sin demanda previa de resolución o de cumplimiento de contrato, conforme al artículo 1505 del Código Civil. En ese sentido, corresponde determinar el campo de regulación de la citada norma y su aplicabilidad a los presupuestos fácticos de la presente causa.

18.- Sobre la condición resolutoria: Como se señal**ó**, el contrato es ley para las partes, conlleva a que debe ejecutarse de buena fe, los pactantes por efecto de la voluntad al momento de celebrar un contrato, esperan que este se cumpla, ya que el deber ser de los contratos, es que las contraprestaciones se concreten, reluciendo el principio general "*pacta sunt servanda*" (lo pactado ha de cumplirse de buena fe); siendo un deber y responsabilidad de las partes, vinculadas por el acuerdo, que una vez nacido válidamente debe surtir efectos, pues al contrato no le basta con ser válido, requiere ser eficaz; y, si alguna de las partes no atiende al compromiso adquirido, el ordenamiento jurídico prevé como remedio, la facultad resolutoria o lo que es lo mismo, la condición resolutoria tácita (Artículo 1505 Código Civil), mal llamada "*condición resolutoria*", pues no requiere pactarse como generalmente sucede con el resto de obligaciones (condicionales, suspensivas, modales y resolutorias ya aludidas donde la condición resolutoria es expresa) sino que es consecuencia propia del incumpliendo, que deja al arbitrio del contratante cumplido, el ejercer la acción de resolución o de cumplimento en contra del incumplido, lo que se traduce en una facultad; pues si se tratase de una verdadera condición, cualquiera de las partes la podría ejercer, si así quisiere. Con esa disquisición, se tiene que la resolución, es "*...una facultad del acreedor, y no de una auténtica condición, ya que no se produce automáticamente sino por voluntad del acreedor, y no puede ser apreciada de oficio por el juez. Es una facultad que en los contratos sinalagmáticos no hace falta pactar, pues se encuentra implícita*".[5] Ante lo

[5] Marín, Teresa, Reyes José y otros, "*Derecho Civil II Obligaciones y Contratos*", 5ª Edición, pág. 140, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 2021.

escueto de su configuración legal, su naturaleza, características, requisitos y efectos se han perfilado en la *opinio iuris* generalmente aceptada. El artículo 1505 *ibid.,* dispone que: "*En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios*". De esto se tiene que el perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños en ambos casos y que también podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible; de forma que este derecho de opción facultativa, cesa al darse la elección entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, siendo ambos remedios (cumplimiento y resolución) incompatibles, al no poderse solicitar al mismo tiempo el cumplimiento y su resolución, pero nada se opone a tal petición si se hace en forma alternativa. En la especie, se tiene que el fallo sometido a estudio, dentro del Considerando Quinto, se expresa: "...*El derecho de la... accionante que sostiene que se incumplió el contrato, conllevando al pago de varios rubros entre ellos, la indemnización por daños y perjuicios, era optar por reclamar el cumplimiento o la resolución del contrato pero no pedir, únicamente, el incumplimiento con la indemnización de daños y perjuicios, porque esta es una pretensión accesoria. El argumento que lleva a concluir que la petición no está adecuada al derecho que la compañía actora dice tener, consiste en que pretende el pago de una indemnización de daños y perjuicios (incumplimiento contractual), sin proponer la acción principal (la resolución o cumplimiento del contrato)*..."; pero el *Ad-quem*, no considera que para emprenderse la acción que distingue el artículo 1505, debe de reunir ciertos presupuestos, que se los aborda en el párrafo siguiente.

19.- Presupuestos para la resolución de contrato: La facultad resolutoria del contrato corresponde únicamente al acreedor, único que puede solicitar al juez la declaración de cumplimiento o la resolución del contrato, del ejercicio de esa facultad dependerá la decisión del juzgador, quien revisará si la conducta del presunto incumplido ha sido arbitraria y por tanto lesiva a los intereses del acreedor, correspondiendo su sanción e indemnización de daños y perjuicios. El éxito de la acción resolutoria tácita depende de la observancia de los siguientes presupuestos: **1)** la existencia y vigencia de un vínculo contractual; pues, solo cabe resolver un contrato existente y válido, capaz de producir efecto jurídico 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; en el caso examinado, dentro del Considerando Quinto aparece: "...*Comunicación de PROCASGAR a KAMADAYA sobre la resolución unilateral del contrato, emitida el 3 de agosto de 2017*...", siendo una de las excepciones planteadas por la parte demandada la fuerza mayor, que como en varias partes la sentencia determina que dicha comunicación es de 3 de agosto de 2017 donde la demandada, indica a la hoy accionante que da por terminado el contrato, por cuanto la demandante "...*al haber cerrado otras dos fechas de conciertos dentro del mismo mes en las ciudades de Quito y Guayaquil, y, por tanto... "es imposible realizarse dos fechas del mismo artista en un periodo tan cercano". En tal sentido... procede a resolver el contrato de manera unilateral*...", por lo que en el presente caso, se tiene que el contrato ya no ha estado vigente por una decisión unilateral dada a virtud como reza la sentencia que constaría en la cláusula Décima Octava del contrato objeto de la demanda que determina "...*El presente contrato podrá darse por terminado anticipadamente por cualquiera de las partes cuando se presente cualquiera de las siguientes circunstancias: (...) b) imposible ejecución del objeto contractual por fuerza mayor o caso fortuito para una o ambas partes* (...)"; por lo tanto este primer presupuesto no se encontraría satisfecho; **2)** la reciprocidad de las prestaciones; esta interdependencia obligacional, es ineludible, para exigir su resolución, si bien existe reciprocidad prestacional en el contrato, acorde al primer presupuesto descrito, al haberse terminado el contrato unilateralmente, ya no cabría este examen; **3)** la exigibilidad de las prestaciones, por cuanto la resolución sólo cabe cuando las prestaciones recíprocas de las partes, sean exigibles, por tanto no cabe resolver mientras la prestación no sea exigible, ya que no puede haber todavía incumplimiento; si el vínculo contractual se ha extinguido por cualquiera de las formas previstas en el contrato como sucede en la especie, ya no cabría tal exigibilidad; **4)** el incumplimiento grave por parte del demandado; grave, por cuanto no cualquier incumplimiento faculta para resolver; pues en principio, sólo cabe resolver por incumplimiento de obligaciones esenciales y no de las accesorias; el incumplimiento, ha de ser verdadero y propio, fatal, esencial, de

importancia y trascendencia para la economía de los interesados, o que tenga la entidad suficiente como para impedirla; en caso de retraso en el cumplimiento por causa imputable al deudor, habrá de considerar que el mero retraso, cuando la prestación prosigue siendo útil al acreedor, no es causa de resolución; en cambio, cuando tal retraso, determina una frustración del fin práctico perseguido, procede la resolución cuando la tardanza evidencie una voluntad deliberada de incumplir; más, el mínimo retraso, como por ejemplo el de un día en un plazo de dos años, no faculta para resolver; tampoco se puede resolver un contrato ante supuestos de imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación o por fuerza mayor; pero para ello, debe tener rigor el contrato, sin su vigencia no puede existir incumplimiento; **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, por lo que no tiene derecho a pedir la resolución el contratante que, a su vez, incumple sus obligaciones; no puede hablarse de cumplimiento cuando para un contrato ha dejado de correr su existencia.

20.- Sobre la terminación del contrato: El Tribunal de apelación, en su sentencia indica que el actor ha demandado: *"...que se "declare el incumplimiento por parte del demandado del contrato de prestación de servicios musicales... celebrado el 14 de Julio de 2017... requiere se condene al pago de la cláusula penal, a la indemnización de daños y perjuicios, los intereses legales y moratorios y las costas procesales, sin demandar como lo dispone el Art. 1505 del Código Civil lo siguiente: "la resolución o el cumplimiento del contrato" con indemnización de perjuicios...*". Más, en el Considerando Cuarto del fallo, denominado "*LA ENUNCIAICON BREVE DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA DEMANDA Y DEFENSA DE LA O DEL DEMANDADO*", se hace constar, que: "*... el demandado, a través de su comunicación de 03 de Agosto de 2017 en la que da por terminado unilateralmente el contrato, indicaría que la decisión se da por cuanto EL ARTISTA habría resuelto dar otros conciertos en Guayaquil y Quito en fechas cercanas a los shows acordados con PROCARGAR... La terminación se amparó en un hecho que no estaba contemplado en el contrato, por tanto, no existía impedimento alguno para que EL ARTISTA contrate con terceros, puesto que no se acordó cláusula de exclusividad alguna...".* Este último contenido resulta importante a la hora de determinar la procedencia de la demanda como ha sido planteada, pues si se alega que el contrato habría sido terminado unilateralmente por la empresa demandada, ya no se estaría ante un contrato vigente y si bien la declaración unilateral de resolución no sujeta en forma dirigida a la otra parte, no es menos cierto que por el acuerdo de voluntades las partes pueden establecer cláusulas de resolución del contrato y que, en atención a aquellas el contrato pueda resolverse de forma automática, a esto se le conoce como *"cláusula resolutoria expresa o resolución de pleno derecho"* y se reduce a la estipulación contractual, en virtud de la cual las partes acuerdan que el contrato será resuelto en caso de incumplimiento del deudor de alguna de las obligaciones contractuales;[6] o como en el presente caso, como evidencia la sentencia en estudio, la cláusula Décima Octava del contrato objeto de la demanda en su letra b, determina como causa de terminación del contrato la "*... imposible ejecución del objeto contractual por fuerza mayor o caso fortuito para una o ambas partes...*". Sin embargo, esto no obsta de que el perjudicado con la terminación del contrato, acuda a los órganos jurisdiccionales para que examinen y sancionen su procedencia, determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada en los términos del contrato, pues por mandado legal, ninguna de las partes está en mora, dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo, lo cual es distinto al requerimiento de cumplimiento o resolución de contrato dispuesto en el artículo 1505 del Código Civil.

21.- La libertad de conclusión del contrato: Así como los seres vivos, nacen se desarrollan y mueren, también los contratos, siguen esas etapas en el plano jurídico; así el artículo 1583 del Código Civil, establece que las obligaciones se extinguen por "*1. Por convención de las partes interesadas, que sean*

[6] Pizarro Wilson, *Las cláusulas resolutorias en el derecho civil chileno*. Obtenido en: https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/clausulas_resolutorias_DerechoCivilchileno_CarlosPizarro.pdf

capaces de disponer libremente de lo suyo; 2. Por la solución o pago efectivo; 3. Por la novación; 4. Por la transacción; 5. Por la remisión; 6. Por la compensación; 7. Por la confusión; 8. Por la pérdida de la cosa que se debe; 9. Por la declaración de nulidad o por la rescisión; 10. Por el evento de la condición resolutoria; y, 11. Por la prescripción"; conforme se aprecia la segunda forma de extinguir las obligaciones acota dos contenidos "...*solución o pago efectivo*", la solución es su cumplimiento, que más pertenece a las formas modales de obligación; por otro lado la primera forma de extinguir las obligaciones determina por ese efecto de la convención de las partes, como en este caso, el contrato dentro de su cláusula Décimo Octava lo establece, la cual contiene un distracto, al ser una cláusula del "...*contrato [que] consiste en la extinción de las consecuencias jurídicas en él convenidas por el acaecimiento del llamado "hecho condicional resolutorio" ...o del denominado "cargo resolutorio" ...o del término del plazo resolutorio... Como se ve, en estas tres hipótesis hay una fijación de consecuencias por obra de los mismos agentes – salvo los casos de las denominadas "modalidades legales" –, pero éstos no han gravitado sobre la realización o no de los acontecimientos; en el distracto… las partes fijan los efectos y señalan, de ese modo, el acontecimiento que les pone fin, acontecimiento que no es otro que el mismo distracto*...", como aparece en el fallo acusado que ante la "...*comunicación de 03 de Agosto de 2017 en la que da por terminado unilateralmente el contrato... la decisión se da por cuanto EL ARTISTA habría resuelto dar otros conciertos en Guayaquil y Quito en fechas cercanas a los shows acordados con PROCARGAR...*". Con esto se priva las consecuencias del contrato, por efecto del numeral 1 del artículo 1583 del Código Civil, esto es la "...*convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo*..." y de esta forma que las partes contratantes en la cláusula Décima Octava letra b, del contrato, convienen disponiendo de manera libre su voluntad de terminar el contrato ante la "...*imposible ejecución del objeto contractual por fuerza mayor o caso fortuito para una o ambas partes*..."; lo cual refleja el derecho de libertad contractual, "*libertad*" que se subdivide en dos órbitas: **a)** de conclusión; y, **b)** de configuración. Por lo que al tomar como parámetro esa "*libertad de conclusión*", las partes son libres de celebrar o no un contrato y de escoger al contratante; así mismo, las partes tienen la libertad de extinguir el vínculo contractual, ya de forma unilateral o de común acuerdo (en ambos casos) asumiendo las consecuencias, por tal terminación, sea bajo amparo legal o convencional; lo cual constituye en si la esencia del artículo 1561 del Código Civil, que dispone: "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*" y si dentro de las cláusulas contractuales, como sucede en la especie, éstas acuerdan formas de terminar unilateralmente el contrato, ya por la existencia de un hecho o cargo o plazo resolutorio, eso constituye ley para las partes; empero de ello, esto no trae como consecuencia la activación del remedio de la demanda de cumplimiento o de la resolución del contrato; sino más bien otra demanda encaminada a determinar si efectivamente se ha configurado o no el hecho o el cargo o el plazo resolutorio (según el caso), que en el supuesto de no existir, esa terminación unilateral, podría llegar a ser arbitraria, evento por el cual originaría derecho de exigibilidad de daños y perjuicios ya – como sucede en esta causa – por conclusión anómala, por carecer el acto de terminación unilateral, del suficiente o necesario presupuesto para su configuración convencional, originándose así el incumplimiento del contrato, conforme aparece del cuadro fáctico relucido en el Considerando Quinto de la sentencia acusada, que se ha demandado "...*en juicio ordinario al señor Diego Garrido... por los derechos que representa en su calidad de Representante Legal de la compañía DEL CASTILLO, GARRIDO PRODUCCIONES PROCASGAR CIA.LTDA., para que en sentencia declare el incumplimiento por parte del demandado del contrato de prestación de servicios musicales... celebrado el 14 de Julio de 2017, suscrito entre KAMADAYA y PROCASAR (EL CONTRATO) y... se le condene al pago de los siguientes rubros: 1. E1 valor de la cláusula penal previsto en la cláusula Décimo Tercera de EL CONTRATO... y que constan en el Informe Pericial de 12 de Julio de 2018 adjuntado a la demanda. 2. El valor correspondiente a las indemnizaciones por daños y perjuicios por lucro cesante, causados a mi representada y que constan en el Informe Pericial de 12 de Julio de 2018 adjuntado a la demanda... 3. Los intereses legales y moratorios al máximo legal, según la tasa máxima de interés previsto por el Banco Central del Ecuador, calculados hasta la fecha efectiva de pago del valor demandado. 4. Las costas procesales en los que se servirá incluir los honorarios de mi abogado patrocinador*...", por lo que el incumplimiento de contrato, es lo que precisamente se ha demandado.

22.- El derecho a demandar el incumplimiento del contrato ya concluido: Como ya se ha precisado desde distintas órbitas, en la especie, el vínculo contractual terminó y ante tal terminación, compete verificar si al fenecer la relación jurídica si ya el objeto del contrato ha sido satisfecho, si ya por las circunstancias del caso (como en la especie) la terminación unilateral es adecuada y subsumible a sus propias cláusulas convencionales y a la ley, en fin. Por lo que resulta extraño que el Tribunal de apelación exija que la pretensión del accionante se encuadre en la acción resolutoria tácita del contrato conforme al artículo 1505 del Código Civil, cuando señala dentro del Considerando Quinto de su sentencia "...*que requiere se condene al pago de la cláusula penal, a la indemnización de dalos y perjuicios, los intereses legales y moratorios y las costas procesales, sin demandar como lo dispone el Art. 1505 del Código Civil*..."; lo cual denota la falta de atención a la estipulación resolutoria expresa, constante en la cláusula Décima Octava letra b del contrato – clausula resolutoria – que en general puede ser y de manera particular (dentro de la especie) se encuentra incorporada al contrato por parte de los celebrantes, que lo han hecho en ejercicio de su libertad contractual, por la cual, están facultados también a establecer el objeto del contrato para determinar las formas en que este pueda ser resuelto. Por ello, es un sin sentido, exigir que el acreedor opte por una de las acciones de la norma en mención (resolución o cumplimento), ya que el contrato ha terminado por el previo acuerdo de voluntades, al pactar los contratantes formas por las que cualquiera de los dos partes o en conjunto, puedan tener la potestad de deslindarse de sus obligaciones, quedándole a la administración de justicia, en vista de la impugnación de incumpliendo del contrato ya concluido, la tarea de determinar si la relación contractual ha fenecido en los términos estipulados dentro del contrato objeto del juicio; o si por el contrario, la terminación unilateral ha sido arbitraria, al margen de lo convenido en el contrato, originando por tanto el derecho a exigir daños y perjuicios. Como la misma sentencia lo reseña, que el acto de proposición al sostener sus fundamentos de derecho indica que: "...*De la existencia de obligaciones entre las partes La presente demanda se ampara en los artículos 1454 y 1561 del Código Civil, a través de los cuales se determina la obligatoriedad del cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes en un contrato*…"; artículo 1454 alusivo a que "*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas*"; ya que el catálogo de obligaciones como su mecanismo de operación y manera de comprometer a las partes, se describe en cada cláusula del contrato, que de no haberse cumplido, su antítesis es el incumplimiento; y así el artículo 1561 del Código invocado, reza: "t*odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*", la ley privada, lograda por el consenso de voluntades (como toda ley) debe y tiene que acatarse, de lo contrario, al vulnerarse la ley para las partes, refleja un incumplimiento. Incumplimiento, que en el presente caso es distinto a aquel que surge durante la ejecución del objeto contractual (ello originaría una expresión de la mora); pues otro es el incumplimiento luego de fenecida la vigencia del contrato, siendo el pretendido como aparece en el cuadro fáctico de la sentencia en estudio.

23.- La disquisición entre incumplimiento durante la existencia del contrato y el incumplimiento ya fenecido el contrato: El Juez de apelación, para afirmar en el Considerando Quinto de su sentencia que "...*El derecho de la empresa accionante que sostiene que se incumplió el contrato, conllevando al pago de varios rubros entre ellos, la indemnización por daños y perjuicios, era optar por reclamar el cumplimiento o la resolución del contrato pero no pedir, únicamente, el incumplimiento con la indemnización de daños y perjuicios, porque esta es una pretensión accesoria. El argumento que lleva a concluir que la petición no está adecuada al derecho que la compañía actora dice tener, consiste en que pretende el pago de una indemnización de daños y perjuicios (incumplimiento contractual), sin proponer la acción principal (la resolución o cumplimiento del contrato). Interpretando el alcance de la disposición del Art. 1505 del Código Civil, la jurisprudencia ecuatoriana, en forma unánime, ha sostenido que el demandante puede pedir o la resolución o el cumplimiento del contrato y en cualquiera de estos casos con indemnización de perjuicios, de manera que cuando los daños y perjuicios tiene origen contractual no cabe demandar la reparación en forma independiente sin ejercer la acción principal*...", de forma inapropiada, dice la sentencia en alusión que razona teniendo como antecedente el criterio de la ex Corte Suprema de Justicia, referente a lo que dicha Corte ha dicho así: "...*para deducir la acción de daños y perjuicios el demandante debió hacerlo*

conjuntamente sea con la acción de resolución o con la de cumplimiento del contrato, más en ningún caso de manera independiente, pues estas son las acciones establecidas por la ley contra la parte que no cumple las obligaciones del contrato, esto es lo pactado, y la indemnización de daños y perjuicios deviene de la admisión de cualquiera de ellas... " (GJS XIII, No. 5, p. 1008)... "...el contrato suscrito entre actores y demandado es un contrato bilateral, pues contiene obligaciones mutuas que deben cumplir los contratantes, por lo que está inmerso en el artículo 1532 citado (hoy 1505), que obliga al contratante, que por su parte ha cumplido con su obligación contractual, a pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. Por tanto, la reparación de los daños causados por incumplimiento de contrato, esto es el pago de daños y perjuicios, no puede demandarse en forma independiente, como se lo hace en la especie, sino conjuntamente con las acciones propias del contrato, o sea para que éste quede sin efecto, o bien para exigir el cumplimento. Se requiere, por tanto, para ejercitar la acción de indemnización de daños y perjuicios, que previamente la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios sea declarada mediante sentencia, por tratarse de la condición resolutoria tácita y, en consecuencia, se declare al deudor en mora..." (R.O. 272, 8 de septiembre de 1999, p. 23)...", más el Tribunal de apelaciones, no toma en cuenta que dichos criterios tienen sentido cuando estando vigente el contrato, el acreedor en uso de su facultad resolutoria, activa a la administración de justicia, una vez que ha requerido y constituido en mora al deudor, cosa que no sucede en el presente caso, donde la peculiaridad es que la vida del pacto contractual ha fenecido, evento por el cual si opera la indemnización de daños y perjuicios, pues aquí al estar concluida la existencia del contrato, no existe mora que reclamar o determinar como tampoco un incumplimiento mientras está en marcha la ejecución contractual, marcha que se ha visto interrumpida por esa terminación unilateral del lazo convencional de las partes.

24.- Sobre la cláusula penal: En el contrato objeto de la demanda, dentro de sus cláusulas como catálogo de obligaciones, aparece dentro de la sentencia revisada que en su estipulación Décima Tercera, se estatuye una cláusula penal, cuyo texto es el siguiente: "*Las Partes acuerdan como sanción pecuniaria a cargo de quien incumpla cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente documento, el pago de una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del total del contrato a favor de la parte cumplida o que se allane a cumplir. Dicho pago podrá ser exigido sin necesidad de requerimiento tendiente a constituirlo en mora. La presente cláusula penal es de carácter sancionatorio, razón por la cual cualquiera de Las Partes podrá reclamar los perjuicios causados por el incumplimiento que pueda demostrar*". Al respecto esta ley para las partes, se encuentra sometida a las declaración de la voluntad soberana, manifestada en la forma prescrita por la Constitución que manda, prohíbe o permite y que es obligatoria y de interés común, individualizada en el Código Civil, en cuyo artículo 1551, dispone que "*Cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento*" (acusado de falta de aplicación), es alusiva a los eventos de "...*no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento*"; en el presente caso el distracto, convenido en la cláusula Décima Octava del contrato, solo en el caso de no ser arbitrario ocasiona que las partes por ese acuerdo se hayan desobligado a cumplir la obligación principal, al facultarse las partes ya de manera individual o conjunta a dar por terminada la relación contractual, por lo que, en el presente caso es apropiado el yerro de falta de aplicación señalado por el recurrente. Por otro lado, el artículo 1558, del Código invocado, estatuye que: "*Podrá exigirse la pena en cuantos casos se hubiere estipulado, sin que pueda alegar el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio*" (acusado de falta de aplicación); al haberse extinguido las consecuencias jurídicas por el mecanismo de la convención estipulada dentro del contrato que da la potestad para que cualquiera de las partes unilateralmente termine el vínculo contractual, pero de manera legítima y no arbitraria para cesar las consecuencias de la pena, por ende, se aprecia la falta de aplicación del citado artículo 1558. Así también, el artículo 1559, del Código Civil, contiene el siguiente texto: "*No podrá pedirse a un tiempo la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena*" (indilgado la falta de aplicación), refiere a otra regla sobre la cláusula penal, por lo que al haberse estipulado expresamente, se vislumbra falta de aplicación del artículo 1559 del Código Civil y puede demandarse en conjunto con la indemnización de daños y perjuicios.

25.- Sobre los yerros acusados de indebida aplicación del artículo 1505 y falta de aplicación del artículo 1572 del Código Civil: Por las razones expuestas en los párrafos precedentes, a partir del párrafo 14 al 24 incluido de esta sentencia, se establece que existe una indebida aplicación del artículo 1505 del Código Civil, cuyo texto legal distingue: "*En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios*"; pues dentro del Considerando Quinto del fallo impugnado, razona que se "*...demanda que se "declare el incumplimiento por parte del demandado del contrato de prestación de servicios musicales...", por lo que requiere se condene al pago de la cláusula penal, a la indemnización de daños y perjuicios... intereses legales y moratorios y... costas procesales, sin demandar como lo dispone el Art. 1505 del Código Civil... "la resolución o el cumplimiento del contrato" con indemnización de perjuicios, por lo que el Tribunal no tiene otra opción que examinar los presupuestos de la acción desde los efectos que nacen de los contratos bilaterales, puesto que puede cambiar la estructura misma de la pretensión y tratarla como acción de restitución. La disposición general del artículo 1505... señala que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios... No obstante en la demanda la pretensión del actor consiste en el incumplimiento de contrato, con el pago de indemnización de daños y otros rubros, en ninguno de los numerales que contiene el petitum... se demanda el cumplimiento o la resolución del contrato. El derecho de la... accionante que sostiene que se incumplió el contrato, conllevando al pago de varios rubros entre ellos, la indemnización por daños y perjuicios, era optar por reclamar el cumplimiento o la resolución del contrato pero no pedir, únicamente, el incumplimiento con la indemnización de daños y perjuicios, porque esta es una pretensión accesoria. El argumento que lleva a concluir que la petición no está adecuada al derecho que la compañía actora dice tener, consiste en que pretende el pago de una indemnización de daños y perjuicios (incumplimiento contractual), sin proponer la acción principal (la resolución o cumplimiento del contrato). Interpretando el alcance... del Art. 1505 del Código Civil, la jurisprudencia ecuatoriana, en forma unánime, ha sostenido que el demandante puede pedir o la resolución o el cumplimiento del contrato y en cualquiera de estos casos con indemnización de perjuicios, de manera que cuando los daños y perjuicios tiene origen contractual no cabe demandar la reparación en forma independiente sin ejercer la acción principal... En conclusión la demanda para obtener la indemnización de perjuicios sin ejercer la acción principal de resolución o cumplimiento de contrato, aplicando la ley y la jurisprudencia... es improcedente, por lo que, habiéndose omitido un presupuesto material, no es preciso analizar la prueba producida...*"; yerro patente por cuanto el artículo 1505 del Código Civil, no es el apropiado para solucionar el problema jurídico, pues al haberse demandado el incumplimiento de un contrato cuyos efectos jurídicos ya han cesado, de ninguna manera es accesorio a la demanda de incumplimiento si ya han concluido sus efectos jurídicos como tampoco es resoluble si ya ha sido resuelto a virtud de estipulación voluntaria de las partes dentro del pacto contractual que ha previsto formas de conclusión unilateral como sucede en la especie. El artículo 1505, soluciona un problema jurídico ante el evento de que el vínculo contractual no haya fenecido; por ello en la petitum, los fundamentos de derecho, se constriñen a los artículos 1454 y 1561 del Código Civil; denotándose la falta de aplicación del artículo 1572, del mismo cuerpo jurídico, que dice: "*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*"; norma que determina tres opcionalidades: **a)** el no haberse cumplido la obligación; **b)** el haberse cumplido imperfectamente; **c)** el haberse retardado el cumplimiento; esta última, solo es posible si el contrato se encuentra con vida jurídica; y los dos primeros supuestos son indistintos si tiene vida jurídica o no el contrato o convención. En esta irrefragable razón, la sentencia es casable por los yerros individualizados en el caso cinco del

[7] **Corte Constitucional del Ecuador,** Sentencia No. 1158-17-EP/21 (Caso Garantía de la motivación)

artículo 268 del COGEP, por los vicios de indebida aplicación del artículo 1505 y falta de aplicación del artículo 1551, 1558, 1559 y 1572 (todos) del Código Civil.

26.- Sobre la acusación de los casos dos y tres del artículo 268 del COGEP: Conforme a lo estudiado, este Tribunal subsume el yerro casacional al caso cinco del artículo 268 del COGEP, conforme se caracteriza en el párrafo anterior. Si bien, en el ámbito jurisdiccional, entregar un fallo en Derecho por lo discutido, es esencial y trascendente; pues, así se otorga lo que a cada parte le corresponde, por medio del servicio público, básico y fundamental prestado por la Función Judicial, que cimenta la confianza democrática y el respeto a las inmanencias; por ello, si la decisión judicial, ya explícita o implícitamente, dota de elementos sensatos precisos al conocimiento de los litigantes y dispuestos a la posible revisión de los órganos destinados a evaluar el contenido jurídico de la decisión, faculta comprobar si contiene una aplicación lícita y razonada del orden jurídico, verificar si atiende a la súplica procesal y confirmar las razones justificantes cercanas o lejanas. Si ello es imposible, habrá violación sancionable, por haberse dejado de realizar la justicia, sin que esto implique prerrogativa de acierto judicial a la pretensión, al seleccionar, interpretar y aplicar la Ley. Comprende entre otros tópicos, el entregar un fallo apropiado, expresivo de elementos, motivos y criterios jurídicos, solventes en derecho; e, instrumentado con legalidad, en evidente armonía de los sustentos jurídicos o entre estos y el fallo, sin aparentar mera legalidad. La Corte Constitucional, con sus sentencias, ha diseñado estándares o pautas de análisis de la motivación; pero a su vez dicha Corte, ha señalado que "*...cuando a un órgano jurisdiccional le compete establecer si, en un caso concreto, se ha vulnerado la... motivación, aquel no tiene el deber de usar ninguna "lista de control" con la que auditar la... motivación... lo que el órgano jurisdiccional habrá de examinar es si... se incumplió o no la... motivación por las razones... esgrimidas por el cargo formulado por la parte procesal...*"[7]; y así, la Corte Constitucional, entrega otra guía de pautas desde su jurisprudencia, abiertas a futuros desarrollos; siendo notoria su boga en lo jurisdiccional, como fue también, el anterior test motivacional. Por ello, esta Corte Nacional expresada a través de esta Sala especializada, como los demás órganos jurisdiccionales, sin alejarse de tales pautas, no necesariamente está sujeta a ese delineamiento, por ser referencial, conforme las razones expuestas; pues el examen motivacional, trasciende según el caso concreto, siendo ineludible, analizar en lo jurisdiccional, si el fallo es producto de la aplicación razonada de la ley, carece de arbitrariedad, atiende al planteamiento procesal y si su texto tiene razones próximas o remotas justificantes, discernientes, expresivas de elementos y motivos de juicio, con criterios jurídicos específicos, apropiados a lo discutido; con legalidad, efectiva razón, sin yerro patente en sus fundamentos jurídicos y lo decidido, sin apariencia de mera legalidad. Debiendo autosustentar, su irrefutable fuerza en las normas aplicables al caso. Es un deber que evita que el fallo sea insatisfactorio o contrario a derecho y a la tutela judicial efectiva. En el presente caso los yerros descritos en el párrafo anterior, resultan trascendentes, pues influyen en la decisión de la causa e impactan al razonamiento judicial de manera directa, por lo que más que revisar la motivación, es pertinente corregir los yerros legales que han trascendido en la decisión de la causa; así también por el caso tres del artículo 268 del COGEP, frente a los evidentes yerros, resulta inapropiado para la corrección de la sentencia, por lo que se rechaza la casación por los casos dos y tres del COGEP.

27.- en aplicación del artículo 273 del COGEP numeral 3, se pasa a dictar sentencia meritoria, dejando sentado que la acción planteada procede, conforme los razonamientos previamente esgrimidos.

PRONUNCIAMIENTO DE LO QUE CORRESPONDE

28.- Fundamentos de la demanda y su contestación: a) El actor, Abg. Pablo Daniel Solines Moreno, como Procurador Judicial de la compañía KAMADAYA ENTERTAIMENT CORP, demanda a la compañía DEL CASTILLO, GARRIDO PRODUCCIONES PROCASGAR CÍA. LTDA., representada por su Gerente General el señor Diego Mauricio Garrido Villagómez. Señalando que, KAMADAYA ENTERTAIMENT CORP, es una sociedad constituida bajo las leyes del Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamérica, cuyo objeto social principal es prestar servicios inherentes a la industria de la música, que tiene los derechos de representación y explotación de imagen y derechos patrimoniales conexos del músico colombiano Sebastián Obando Giraldo, con nombre artístico Sebastián Yatra. El 14 de Julio de 2017, la compañía demandada, por medio de la agencia intermediaria BLACK AGENCY, representada por Steven Sierra Gallego, contrató los servicios del

él artista, para que se presente en los espectáculos musicales, en formato full banda, con actuaciones de 60 minutos, conforme al contrato de prestación de servicios musicales No. 1245 de 2017. Para la ejecución de dicho contrato, la demandada se obligó a pagar a la demandante la cantidad de $ 32,000.00, libres de impuestos, transferencias, viáticos y demás gastos. De este valor, la demandada debía pagar el 50%, a la suscripción del contrato y el saldo restante hasta el 21 de octubre de 2017. Más sorpresivamente y de forma abrupta, el 3 de agosto de 2017, el señor Diego Garrido envió una comunicación por la cual, da por terminado el contrato, incumpliendo con los compromisos adquiridos en el mismo; por lo que fundamenta su demanda en los artículos 1454, 1561, 1505, 1510, 1551, 1559, 1561, 1572 del Código Civil y solicita, que en sentencia se declare el incumplimiento de la demandada del contrato de servicios musicales, se la condene al pago del valor de la cláusula penal, más la indemnización por daños y perjuicios por el lucro cesante, así como el de los intereses legales y de mora, las costas procesales, incluyendo los honorarios del abogado patrocinador. **b)** Admitida la causa a trámite mediante auto de sustanciación de 24 de julio de 2018, se ha dispuesto citar a la compañía demandada, que comparece contestando la demanda, representada por su Gerente General Diego Garrido Villagómez, quien formula las siguientes excepciones: 1) falta de legitimación en la causa y falta de derecho del actor; 2) error en la forma de proponer la demanda e improcedencia; 3) inexistencia del contrato; y, 4) fuerza mayor.

28.1.- En la Audiencia Preliminar, se inadmiten las excepciones previas y se fija el siguiente objeto de la controversia: la declaración del incumplimiento de la compañía PROCASGAR CIA, LTDA del contrato de servicios musicales, con la condena al pago de la cláusula penal e indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante, más intereses legales y de mora con costas procesales. La compañía demandada, pide que se rechace la demanda, alegando no tener responsabilidad civil por la terminación anticipada del contrato por haber operado la cláusula de fuerza mayor, determinada en la letra b, de la Cláusula Décimo Octava del contrato. Practicada la Audiencia de Juicio, el Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Iñaquito, resuelve declarar con lugar la demanda, ordenando la resolución del contrato, el pago de la cláusula penal por $ 9,600.00; niega la indemnización de daños y perjuicios, por considerar que no se encontraban justificados.

28.2.- Inconforme con parte de la decisión del Juez a quo, la compañía KAMADAYA ENTERTAIMENT CORP, formula recurso de apelación, exigiendo se condene a la demandada al pago de daños y perjuicios, así como los intereses de la cláusula penal, por estar debidamente probados. Concomitantemente, la demandada PROCASGAR CIA. LTD, propone apelación, con efecto diferido de las excepciones previas de falta de legitimación en la causa de la parte accionada y error en la forma de proponer la demanda y respecto a la decisión de fondo, pide que se niegue la demanda, ya que habría sido un hecho de fuerza mayor que ocasionó la terminación anticipada del contrato, por la contratación del artista Sebastián Yatra por otro promotor para presentarse en Guayaquil y Quito los días 5 y 6 de octubre de 2017, hecho que impedía el éxito económico de las fechas para las cuales PROCASGAR lo contrató, causal que dice es suficiente para justiciar la terminación del contrato, conforme la cláusula Décimo Octava, letra b). Además, pide se declare la nulidad por incompetencia, por cuanto el contrato no estaría sometido a la jurisdicción ecuatoriana sino a la colombiana.

28.3.- Respecto al pedido de nulidad por falta de competencia, este se niega, revisado el contrato objeto de la controversia en la Cláusula Décimo Séptima, las partes han acordado que los conflictos que surjan del contrato, se resolverán con la jurisdicción ordinaria colombiana o la competente en el país ecuatoriano. Así mismo, en la Cláusula Décimo Novena, señalan que el contrato se regirá, interpretará y ejecutará conforme a la legislación de Colombia, sin perjuicio de que las partes inicien las acciones pertinentes en el país de la otra parte. Respecto a la excepción previa de falta de legitimación de la actora, por falta de documento que acredite representación de la actora respecto al artista,

[8] Krieger Walter, Julian Jalil. *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual.* Astrea. Buenos Aires. 2021

se niega, ya que el contrato endilgado, celebrado por Kamadaya Entertainment CORP, representada por Roberto Andrade y PROCASGAR LTDA representada por Diego Garrido, siendo estas las personas jurídicas que constituyen la legitimación activa y pasiva de este proceso, por lo que no se advierte razón para admitir la excepción planteada. Por último, se niega la excepción de error en la forma de proponer la demanda, ya que el contrato se encuentra autenticado por autoridad notarial, el cual no requiere las solemnidades del artículo 201 del COGEP por tratarse de documento privado.

28.4.- Acorde al artículo 169 del COGEP, es obligación de la actora presentar prueba de cargo a su petición y de la demanda prueba de descargo, en el caso de la prueba admitida y practicada, se tiene como hechos probados los que siguen: Que la compañía actora KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP y la demandada PROCASGAR LTDA, celebraron un contrato de prestación de prestación de servicios musicales, el 14 de julio de 2017. Cuyo objeto era la prestación de los servicios artísticos de Sebastián Yatra, en dos shows en Quito y Guayaquil los días 26 y 28 de octubre del año 2017; por un valor de $ 32,000.00, pagaderos en un cincuenta por ciento a la fecha de suscripción del contrato y el resto hasta el 21 de octubre de 2017; conforme se desprende de dicho contrato, así como de la declaración de parte del señor Diego Garrido. Que el 3 de agosto de 2017, el señor Diego Garrido, comunica al señor Steven Sierra, quien era su nexo con la compañía KAMADAYA, su decisión de rescindir el contrato por razones fuerza mayor, dada que la decisión del artista, de vender las fechas 5 y 6 de octubre en Quito y Guayaquil que les perjudicaría económicamente, conforme se desprende de dicha comunicación. Que la demandada no cumplió con el pago del anticipo del cincuenta por ciento del valor del contrato.

29.- Con estas presiones, este Tribunal considera que efectivamente se ha configurado el incumpliendo por parte de la empresa demandada, quien arbitrariamente dio por terminado el contrato, sin que se encuentre justificada la causa de fuerza mayor en el presunto compromiso del artista en fechas cercanas a las pactadas en el contrato, dado que la fuerza mayor como eximente de la responsabilidad civil, al tenor del artículo 30 del Código Civil, se traduce en el imprevisto a que no es posible resistir, su configuración exige por tanto: **1)** Que el hecho sea "*imprevisible*": cuando el hecho no solo no fue previsto, sino que tampoco pudo haberlo sido; **2)** "*Inevitable*": que el hecho no haya podido ser evitado; y **3)** "*Ajeno*": el hecho no se puede constituir en el riesgo propio de la cosa o de la actividad desplegada por el responsable[8]. Elementos que no han concurrido en el caso, pues por el giro de negocio de la demandada, conocía que la falta de cláusula de exclusividad con el artista, lo dejaba habilitado para contratar con terceros, además de que bien pudo evitar el perjuicio, accediendo a cambiar las fechas del evento, como ofreció la actora y conforme consta a fojas 131-134. Tampoco se observa que el hecho que se dice constituyó fuerza mayor, sea ajeno al riesgo propio que el contratista asume en los términos del contrato, dado que por la falta de cláusula de exclusividad PROCASGAR asumió como riesgo propio de su actividad, la posibilidad de que el artista presente otros shows en las mismas ciudades y en fechas cercanas. La terminación unilateral del contrato por parte de la demandada, es por tanto arbitraria, atentatoria a los intereses económicos de la actora, constituye un hecho dañoso, lo que justifica el nexo causal que genera responsabilidad civil por daño a la accionada PROCASGAR.

30.- Conforme al análisis efectuado, del párrafo 14 al 25 de esta sentencia, corresponde al actor ser indemnizado por daños y perjuicios, al tenor del artículo 1572 del Código Civil, en el concepto de lucro cesante que ha sido objeto de la demanda del actor, que se justifica en el precio del contrato que dejó de percibir, al no haber cumplido con sus obligaciones la parte demandada y en los términos del contrato por así haberlo estipulado las partes, en la cláusula Décimo Tercera, acerca de la cláusula penal: "*Las partes acuerdan como sanción pecuniaria a cargo de quien incumpla cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente documento, el pago de una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del total del contrato a favor de la parte cumplida o que se allane a cumplir. Dicho pago podrá ser exigido sin necesidad de requerimiento tendiente a constituirlo en mora. La presente clausula penal es de carácter sancionatorio, razón por la cual cualquiera de Las Partes podrá reclamar los perjuicios causados por el incumplimiento que pueda demostrar.*" Es también derecho del accionante, el cobro de la cláusula penal, de conformidad con el articulo 1559 *ibídem*.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

31.- Las obligaciones cual **vínculo o relación jurídica, compuesta de una situación y necesidad, que atan la libertad por circunstancias, donde**

dos o más, se sujetan a cumplir y adquirir derechos exigiendo ciertas prestaciones, para que el obligado procure un bien o beneficio, dando una cosa, haciendo o dejando de hacer, exigiendo tal satisfacción; se componen por el acreedor, deudor y la prestación; su licitud le da existencia, posibilidad de realización y de determinación. Nacen por concurso real de voluntades de dos o más personas (contrato o convención); de un hecho voluntario del que se obliga (cuasicontrato); por inferir injuria o daño a otro (delito y cuasidelito); y, por la ley. El contrato, acto por el cual, una parte se obliga con otra a dar, hacer o dejar de hacer algo; prima el consenso de voluntades y el consentimiento data la intención y límite de la obligación contraída. Esta declaración de voluntad denota el alcance y efecto de la satisfacción o incumplimiento contractual y su consecuencia; debe acatarse en estricto inmediato, siendo mayoritariamente puras y simples y en ocasiones con modalidades (condicionales, suspensivas, resolutorias, modales, etc.) caracterizándose por ser expresa la resolución por incumplimiento, diferente a la condición resolutoria tácita o implícita contractual. La obligación, contiene el derecho a exigir el cumplimiento a cargo del deudor de garantizar al acreedor su realización; la ley regla sus parámetros de exigibilidad y la voluntad, sus alcances; así los contratos son auténtica ley, se invalidan solo por el consentimiento o la ley; si se incumplen o cumplen imperfectamente o se retarda su cumplimiento, el acreedor puede demandar su cumplimiento forzoso o la resolución y pedir los daños y perjuicios, con el daño emergente y lucro cesante de ser procedente; siendo una potestad alternativa. Los contratos se han de ejecutar de buena fe, al celebrarse traen la expectativa de su cometido y concreción; es un deber y responsabilidad de los pactantes, que al nacer válido debe ser eficaz y, si se lo desatiende, vierte la facultad resolutoria tácita, mal llamada "*condición resolutoria*", sin requerir pacto como las obligaciones condicionales, modales u otras, cuya condición resolutoria es expresa; más la resolución tácita, surge del incumpliendo, teniendo libertad el contratante cumplido, de exigir la resolución o el cumplimento contra el incumplido; es una facultad del acreedor, inequiparable a la auténtica condición, ejercida por voluntad del acreedor, sin que el juez pueda ordenarla de oficio; de su ejercicio, depende el fallo judicial, que establecerá si lo incumplido ha sido arbitrario y lesivo a intereses del acreedor. Sus presupuestos son: 1) existencia y vigor de vínculo contractual; 2) reciprocidad de prestaciones; 3) exigibilidad prestacional; 4) incumplimiento grave del demandado; y, 5) cumplimiento del que ejercita la acción. Si el contrato termina unilateralmente, pierde vigencia, por pacto voluntario, las partes pueden estipular la resolución contractual o "*cláusula resolutoria expresa o resolución de pleno derecho*", siendo un acuerdo de resolver el contrato por alguna causa o evento; sin limitar al perjudicado de esta terminación, para exigir su examen y juicio de procedencia correcta o inadecuada; pues nadie está en mora, si incumple lo pactado al igual que el otro, ya en forma o tiempo; siendo distinto al requerimiento de cumplimiento o resolución contractual cuando tiene rigor un contrato; pues estos surgen, se desarrollan y cesan; se extinguen entre otros factores, por convención de las partes como por solución o pago efectivo; la solución atiende a las formas modales de obligación; mientras que la convención, como modo extintivo, tiene formas variadas como el distracto, cual estipulación que extingue las consecuencias jurídicas por un hecho o cargo o plazo resolutorio, al fijar consecuencias ya por obra de las partes a excepción de las modalidades legales de obligación, sin pesar al realizarse, pues el pacto describe los efectos y señala al evento que termina la relación jurídica, privando las consecuencias del contrato, por el derecho de libertad contractual de conclusión y de configuración; en el primero, las partes son libres de celebrar y escoger al contratante, de extinguir el vínculo unilateralmente o en conjunto, asumiendo las consecuencias, por fuerza legal o convencional; pues, los contratos se invalidan por mutuo consentimiento o por la ley; si en el contrato, se acuerdan formas de terminarlo unilateralmente, ante un evento, es ineludible e incompatible para demandar el cumplimiento o resolución; siendo lo apropiado requerir que se determine si se configuran los aspectos del evento; que de inexistir, tal terminación unilateral, podría ser arbitraria, originando el derecho a exigir daños y perjuicios, por esa anomalía.

32.- Fácil comprensión: Si un contrato con obligaciones recíprocas entre las partes, ha concluido por clausula resolutoria expresa, es improcedente demandar el cumplimiento o resolución del contrato; cabe proponer el incumplimiento para verificar la licitud o ilicitud de la terminación y de ser procedente sancionar con la indemnización de daños (emergente y lucro cesante) y perjuicios, más las penalidades accesorias de haber estipulación expresa.

VI. DECISIÓN

33.- Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta 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:

33.1.- Rechazando los casos dos y tres, aceptar el recurso de casación interpuesto por el caso quinto del artículo 268 del COGEP y casar la sentencia dictada por el Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, de 11 de julio del 2019, dentro de la causa ordinaria seguida por por la compañía KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP, Procurador Judicial Ab. Pablo Daniel Solines Moreno en contra de la compañía DEL CASTILLO GARRIDO PRODUCCIONES PROCASGAR CIA. LTDA, Gerente General el señor Diego Mauricio Garrido Villagómez.

33.2.- Se reforma la sentencia de primer nivel ordenándose pagar a la parte demandada por concepto de lucro cesante a favor de la actora, el precio del contrato que asciende a **TREINTA Y DOS MIL DOLARES ($32,000.00)** como condena a los daños y perjuicios causados; más los intereses, desde la fecha de la citación con la demanda, a la tasa de interés aplicable establecida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera del Banco Central del Ecuador, como tasa de interés referencial para las operaciones comerciales ordinarias. Así como el pago de la cláusula penal que corresponde al 30% del valor del contrato. Sin intereses de mora; con costas a favor de KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP; en consecuencia y de conformidad con la letra b, del artículo 42 de la Ley de Federación de Abogados, se regulan los honorarios de la defensa técnica de la actora en el 10% de los valores ordenados a pagarse, para lo cual deberá presentar la factura legal autorizada por el Servicio de Rentas Internas, en la fase de ejecución de la sentencia ejecutoriada, que el órgano jurisdiccional *a*-quo, competente lo requerirá oportunamente.

33.3.- Devolver los expedientes de instancia para la ejecución de la sentencia, con la razón de ejecutoría de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley. **Notifíquese y cúmplase.-**

f) Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (PONENTE) (E); Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL; Dr. Roberto Guzman Castañeda, JUEZ NACIONAL.

III

Juicio Nro. *06335-2019-01249*
Resolución Nro. *171-2022*
Fecha: *22 de noviembre del 2022, las 14h51*

TEMA: Prestaciones mutuas como derivación de la procedencia de la acción de dominio.

ASUNTO

El actor demanda a su ex cónyuge la reivindicación de un bien inmueble situado en la parroquia Maldonado, del cantón Riobamba, mientras que la demandada reconviene al actor por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.

Inicialmente, los ex cónyuges vivían en la propiedad de los padres del actor. Posteriormente, una vez disuelto el vínculo matrimonial, la demandada permaneció en posesión del bien y luego el actor compró el bien inmueble a sus padres, constituyéndose como dueño.

En el presente caso, se analizan las prestaciones mutuas entre la poseedora vencida y el legitimado activo, como derivación de la procedencia de la acción de dominio.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

La jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Riobamba determina que se ha demostrado la titularidad del actor sobre el bien inmueble objeto de la controversia y que la demandada que reconvino no prueba *"exclusividad"* en los actos posesorios, pues es evidente que fueron los ex cónyuges quienes ejercieron estos actos hasta cuando el actor salió del hogar, por cuestiones legales, por lo tanto, al no demostrar el tiempo de la posesión, concluye que no opera a su favor la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.

En razón de lo expuesto, la jueza acepta la demanda de reivindicación y rechaza la reconvención de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, por consiguiente, ordena a la parte demandada la restitución del bien inmueble en favor del actor, en el término de 30 días.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo analiza el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y determina que el punto esencial de impugnación presentado se orienta únicamente a descalificar la prueba documental aportada por el actor, argumentando la falta de requisitos necesarios para este tipo de acciones.

En este sentido, el tribunal señala que la parte actora ha demostrado procesalmente la titularidad de dominio del lote de terreno respecto del cual solicita la reivindicación, que la parte demandada ha reconocido que mantiene la posesión del bien inmueble y que se ha probado con el informe pericial que el bien inmueble es singular, determinado e individualizado, por lo tanto, que se comprueba la existencia de los requisitos legales para que opere la figura de la reivindicación.

Por lo expuesto, el tribunal resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirma la sentencia subida en grado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 06335-2019-01249

Juez Ponente: Dr. David Jacho Chicaiza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, martes 22 de noviembre del 2022, las 14h51.

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por Lourdes Magdalena Merino Tacuri, demandada, en contra de la sentencia emitida el 27 de septiembre del 2021, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, que de manera unánime, rechazó el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, y confirmó la sentencia de la Jueza *a quo*[1], que acepta la demanda de reivindicación planteada; el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa; el doctor Pablo Fernando Loaiza Ortega, Conjuez Nacional, admitió a trámite el medio de impugnación, mediante auto de miércoles 9 de marzo del 2022; en ese contexto, el Tribunal de Jueces, convocó a audiencia oral, pública y de contradictorio para la fundamentación del remedio procesal; instalada referida diligencia judicial, escuchados los sujetos procesales, en función de los principios de tutela judicial efectiva, defensa y más, de conformidad con lo establecido en los artículos 268 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), se estimó la procedencia parcial del recurso de casación; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine,* al siguiente tenor:

PRIMERO:

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, dictada por el Pleno de esta Alta Corte, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo[2], Himmler Roberto Guzmán Castañeda[3], y David Isaías Jacho Chicaiza[4], Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de los doctores Vicente Robalino Villafuerte, María Rosa Merchán Larrea, y Carlos Ramírez Romero, ex Jueces Nacionales, respectivamente, por ausencia definitiva de los indicados operadores de justicia.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 17 de mayo 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, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

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

[1] Sentencia dictada por la doctora Mayra Dolores Chango Pumalema, Jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Riobamba.
[2] Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[3] Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[4] Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

casación planteado y admitido; el lugar, fecha y hora en que se dicta la sentencia constan al inicio del presente acto jurisdiccional.

SEGUNDO:
LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO *IN EXAMINE*.

2.1) 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, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las garantías normativas de aquel cuerpo normativo.

TERCERO:
VALIDEZ PROCESAL.

3.1) El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya *error in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

CUARTO:
ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

4.1) El ciudadano Edgar Gustavo Lamiña Flores, demanda a Lourdes Magdalena Merino Tacuri, en procedimiento ordinario, la reivindicación de un bien inmueble; en el siguiente contexto:

> *"(...)Desde el 01 de Agosto del 2007 viví* con mi cón*yuge la señora Lourdes Magdalena Merino Tacuri en la casa de propiedad de mis padres Luis Alberto Lamiña Pasmay y Ángela Flores en el Kilómetro 1 vía a Baños, Barrio Nuevo Amanecer, Parroquia Maldonado, calle Pasaje Lilián, de esta ciudad de Riobamba, provincia de Chimborazo, hasta el mes de Octubre del 2015, donde por una denuncia de mi entonces* cónyuge *presentada en la Unidad de Violencia a la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar de Riobamba, se le otorgó medidas de protección entre las cuales tenía que salir de mi domicilio antes mencionado.*
> *Desde esa fecha mis padres al ser dueños y propietarios del inmueble donde vivía mi cónyuge le han solicitado que desocupe porque quer*ían arreglar *su casa, negándose con violencia desocupar la misma al pasar el tiempo se tramitó el divorcio entre el compareciente y la demandada y con fecha 28 de Marzo del 2017 se declara disuelto el vínculo de matrimonio que se adjunta a la demanda.*
> *Con fecha 22 de junio del 2018 mis padres Luis Alberto Lamiña Pasmay* Ángela *Flores me dan en venta el inmueble donde vive mi ex cónyuge, el terreno denominado Pichañag, situado en la parroquia Maldonado del cantón Riobamba, comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones; por el Norte, Pasaje Lilian en 19.20 metros; por el Sur, Edgar Gustavo Lamiña Flores en 14.45 metros; por el Este, Agustín Pantoja en 20.13 metros y 1.98 metros y por el Oeste, Arturo Lamiña, en 33.47 metros dando una superficie total de cuatrocientos metros cuadrados, mediante Escritura Pública en la Notaría Quinta del Cantón Riobamba, dicho inmueble se encuentra inscrito en el Registro de la Propiedad del cantón Riobamba, con fecha 10 de Octubre del 2018, tal como lo justifico con la Escritura Pública y el Certificado de Gravámenes que se adjunta.*
> *Con fecha 25 de Abril del 2019 el Juez de Garantías Penales de Riobamba, por ser competente deja sin efecto todas las medidas de protección del artículo 558 numerales 1, 3, 4 y 9 del COIP, que se dictó a favor de la señora Lourdes Magdalena Merino Tacuri, dentro del proceso Nro. 06571-2015-00905G en la Unidad de Violencia de Riobamba.*
> *Sucede que desde el mes de Junio del 2018 hasta la presente fecha, la señora demandada*

[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 (...)".*

hace caso omiso de salir de mi propiedad antes mencionada, sin ningún fundamento legal que se ampare para permanecer en el bien inmueble del compareciente. (...)
LA PRETENSION. La pretensión clara y precisa que se exige es que se emita una sentencia judicial, donde se ordene a mi favor:

a) *La restitución, recuperación y desocupación del bien inmueble denominado Pichañag, situado en el Kilómetro 1 vía a Baños, Barrio Nuevo Amanecer, Parroquia Maldonado, calle Pasaje Lilián, de esta ciudad de Riobamba, provincia de Chimborazo, comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones; por el Norte; pasaje Lilian en 19.20 metros; por el Sur, Edgar Gustavo Lamiña Flores en 14.45 metros; por el este, Agustín Pantoja en 20.13 metros y 1.98 metros y por el Oeste, Arturo Lamiña, en 33.47 metros, dando una superficie total de cuatrocientos metros cuadrados, que se ha posesionado ilegalmente la demandada señora Lourdes Magdalena Merino Tacuri, además se disponga la inscripción en el Registro de la Propiedad del cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, de conformidad al artículo 146 inciso 5 del Código Orgánico General de Procesos, previo a la citación a la demanda (...)" (sic)*

4.2) De autos se verifica que la accionada Lourdes Magdalena Merino Tacuri, contesta la demanda y plantea excepciones, al siguiente tenor:

"(...) En un acto de palmaria mala fe y con la intención evidente de perjudicarme, al ser citada con esta demanda me entero que los cónyuges LUIS ALBERTO LAMIÑA PASMAY Y ANGELA FLORES han vendido a su hijo EDGAR GUSTAVO LAMIÑA FLORES el lote de terreno con las construcciones existentes ubicado en el Km. 1 vía a Baños, Barrio Nuevo Amanecer, casa No. 54, parroquia Maldonado, cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, en el que mantengo la posesión pública, pacífica, tranquila, ininterrumpida, con el ánimo de dueña y señora, sin clandestinidad ni oposición de persona alguna desde el 10 de abril del año 2003 hasta la presente fecha, es decir por más de 16 años, según copia de la escritura de compraventa que acompaña, con la que dice ser propietario y con la que vanamente intenta despojarme de este bien raíz en el que me encuentro en posesión haciendo actos a que solo el dominio da derecho. Por lo que expresamente me opongo a esta acción reivindicatoria y por tanto lo rechazo, en consecuencia:
a.- Rechazo en forma expresa y categórica la falsa afirmación del actor en el sentido que supuestamente desde el 1 de Agosto del 2007 hemos vivido juntos. Debo señalar que me hallo en posesión desde la misma fecha de mi matrimonio, esto es desde el 10 de abril del 2003, es decir, desde cuando era únicamente terreno en el que cultivé inicialmente toda clase de productos de la zona.
b- Rechazo en forma expresa y categórica la falsa afirmación del actor en el sentido que supuestamente desde el 1 de Agosto del 2007 hemos vivido juntos en la casa de propiedad de sus padres LUIS ALBERTO LAMIÑA PASMAY Y ANGELA FLORES, puesto que la casa es construida con mi propio peculio y esfuerzo.
c.- Rechazo en forma expresa y categórica la falsa afirmación del actor cuando dice desde esa fecha mis padres al ser dueños y propietarios del inmueble donde vivía mi cónyuge le han solicitado que desocupe porque querían arreglar su casa. Al respecto nadie me ha perturbado la posesión pública, pacífica e ininterrumpida, que con el ánimo de señora y dueña mantengo sobre dicho bien raíz.
d.- Acepto y estoy totalmente de acuerdo en el reconocimiento expreso que hace el actor EDGAR GUSTAVO LAMIÑA FLORES en el sentido que vivía y vivo hasta la fecha en el inmueble que ilusamente pretende reivindicar.
e.- Es cierto que a última hora y en un acuerdo fraudulento entre padres e hijo, con la intención inequívoca de perjudicar han celebrado una escritura de compraventa el 22 de Junio del 2018 del terreno y construcción en el que me hallo en posesión.(...)
Expresamente dando cumplimiento a lo que señala el inciso tercero del art. 151 del Código Orgánico General de Procesos, no propongo ninguna excepción previa. [...](...)" (Sic)

Así también, propone reconvención, en el siguiente sentido:

"(...) Al amparo de lo dispuesto en los artículos 154 en relación con el art. 291 inciso 2 del Código Orgánico General de Procesos, yo: LOURDES MAGDALENA MERINO

TACURI reconvengo al actor con el juicio Ordinario de PRESCRIPCION ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINIO, que la formulo en los siguientes términos:
4.- ANTECEDENTES.- a) Desde el 10 de abril del año 2003 hasta la presente fecha, es decir por más de 16 años la compareciente LOURDES MAGDALENA MERINO TACURI conjuntamente con mi familia, mantengo la posesión pública, pacifica, tranquila, ininterrumpida, con el ánimo de dueña y señora, sin clandestinidad ni oposición de persona alguna de un lote de terreno y construcción existente, ubicado en el Km. 1 vía a Baños, Barrio Nuevo Amanecer, casa No. 54, parroquia Maldonado, cantón Riobamba, provincia de Chimborazo:
b) Este inmueble está comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones: Por el Norte, Pasaje LILIAN, en 19,20 metros; por el Sur, EDGAR GUSTAVO LAMIÑA FLORES, con 14,45 metros; por el Este, AGUSTIN PANTOJA en 20,13 metros y 1,98 metros; y, por el Oeste, ARTURO LAMIÑA, en 33,47 metros, dando una superficie total de 400 metros cuadrados.
c) En dicho terreno desde el inicio de la posesión cultivé toda clase de productos de la zona para provecho mío y de mi familia, como papas, cebolla, acelga, espinaca, etc. La posesión que mantengo es en forma pública, pacífica, tranquila, continua e ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad, a vista y paciencia de los demandados, vecinos, colindantes y personas extrañas que circulan por dicho lugar; como verdadera señora y dueña, sin que nadie haya atentado contra mi posesión de más de 16 años, razón por la cual he construido en una parte del terreno una casa donde vivo con mi familia y cuenta con los servicios básicos de agua potable y luz eléctrica y en el resto cultivo toda clase de productos de la zona; es decir señora Jueza estoy en absoluta posesión del bien inmueble descrito, haciendo actos positivos y posesorios, todo lo cual acredita mi legal posesión en los términos del art. 715 del Código Civil, es decir: 1.- Posesión pública, esto es no clandestina; 2.- Posesión tranquila, esto es, no violenta; 3.- En forma ininterrumpida, manteniendo la posesión hasta la presente fecha; y, 4.-Siendo la única poseedora de buena fe, del lote de terreno y más construcciones existentes. (...)
7.- LA PRETENSION CLARA Y PRECISA QUE EXIJO, conforme dispone el art. 142 numeral 9 del COGEP es la siguiente:
a) Señora Jueza concurro ante usted para que acepte mi reconvención, esto es, mi demanda propuesta y en sentencia declare a la compareciente LOURDES MAGDALENA MERINO TACURI como dueña y propietaria absoluta del bien inmueble y construcción existente ubicado en el Km1 vía a Baños, Barrio Nuevo Amanecer, casa No. 54, parroquia Maldonado, cantón Riobamba, provincia de Chimborazo; comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones: Por el Norte, Pasaje LILIAN, en 19,20 metros; por el Sur, EDGAR GUSTAVO LAMIÑA FLORES, con 14.45 metros, por el Este, AGUSTIN PANTOJA en 20,13 metros y 1,98 metros; y, por el Oeste, ARTURO LAMIÑA, en 33,47 metros, dando una superficie total de 400 metros cuadrados, por haberse producido a mi favor la PRESCRIPCION ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINIO toda vez que me encuentro en posesión pública, pacífica, de buena fe, tranquila e ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad desde el 10 de abril del 2003 hasta la presente fecha;
b) Ordenará también que se inscriba la sentencia ejecutoriada en el Registro Municipal de la Propiedad del cantón Riobamba, una vez que se haya protocolizado en una de las Notarías del país, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2413 del Código Civil.
c) Que se condene en costas a los demandados en el evento que se opusieren a las pretensiones de esta demanda. (...)"(Sic)

El ciudadano, Edgar Gustavo Lamiña Flores, por su parte, contesta la reconvención, en el siguiente contexto:

"(...) 4.- RECONOCIMIENTOS Y HECHOS: Señora Jueza, en la presente causa se reconoce y admito que en el inmueble situado en la parroquia Maldonado del cantón Riobamba, barrio Nuevo Amanecer, (...) vivimos con mi ex mujer Lourdes Magdalena Merino Tacuri, LO QUE NIEGO es la fecha que vivimos, ya que desde el 10 de Abril del 2003 no construimos todavía la casa, sino vivimos desde 01 de Agosto del 2007, ese terreno era de mis padres hasta el 22 de Junio del 2018 donde me vendieron legalmente cuando ya me encontraba divorciado, cabe mencionar

que desde el mes de Octubre del 2015 hasta la actualidad yo tuve que salir de mi hogar porque mi ex cónyuge tenía a su favor medidas de protección dictadas por Juez competente pero cabe mencionar que ya no se encuentran vigentes dichas medidas y no quiere salir de la casa, razón por la cual presenté la demanda de reivindicación. (...)

6.- EXCEPCION PREVIA.- Planteo como excepción previa la estipulada en el numeral 5 del Art. 153 del Código Orgánico General de Procesos; esto es LITISPENDENCIA, por los siguientes argumentos:

Con fecha 27 de Mayo del 2019, la señora Lourdes Magdalena Merino Tacuri, presenta un Juicio de Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio en la Unidad Judicial Civil de Riobamba, recayendo por sorteo donde su Autoridad Dra. Mayra Chango, signado con el número de juicio 06335-2019-01447, en contra de los demandados Luis Alberto Lamiña Pasmay: Ángela *Flores y el compareciente Edgar Gustavo Lamiña Flores, sobre el inmueble situado en la parroquia Maldonado del cantón Riobamba, barrio Nuevo Amanecer, comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones; (...)*

Sin embargo con fecha 15 de Julio del 2019, contesta a la demanda la señora Lourdes Magadalena Merino Tacuri del presente juicio Reinvindicatorio RECONVINIENDO nuevamente la Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio sobre el mismo inmueble, con los mismos fundamentos de hecho y en contra de las mismas personas demandadas en su juicio anterior de Prescripción; es decir existen dos juicios de Prescripción incoadas por cuenda separada vigentes y en curso, con la misma pretensión que se le dé a favor la Prescripción sobre el inmueble antes mencionado.(...)

9.- PRETENSIÓN CLARA Y PRECISA QUE SE EXIGE:

Señora Jueza solicito que no se acepte la RECONVENCION planteada y se rechace dicha reconvención por existir litispendencia y cosa juzgada (...)" (Sic)

4.3) Desarrolladas las audiencias respectivas, la abogada Mayra Dolores Chango Pumalema, Jueza de la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Riobamba de Chimborazo, emite su sentencia aceptando la demanda de reivindicación y rechazando la reconvención de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, la misma que es reducida a escrito el 14 de diciembre del 2020, las 14h43, 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 de REINVINDICACION a favor de EDGAR GUSTAVO LAMIÑA FLORES y se RECHAZA la RECONVENCION por la acción de PRESCRIPCION ADQUSITIVA EXTRAORIDINARIA DE DOMINIO planteada por la demandada LOURDES MAGDALENA MERINO TACURI, por consiguiente el término de treinta (30) días la accionada deberá restituir el bien inmueble denominado Pichagñay, situado en la parroquia Maldonado del cantón Riobamba, comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones: por el Norte, Pasaje Lilian en 19,20metros; por el sur, Edgar Gustavo Lamiña Flore en 14,45metros; por el Este, Agustín Pantoja en 20,13metros y 1,98 metros y por el Oeste Arturo Lamiña en 33,47 metros, dando una superficie total de cuatrocientos metros cuadrados, a su propietario EDGAR GUSTAVO LAMIÑA FLORES. (...) Procédase a notificar al Registrador de la Propiedad del Cantón Riobamba a efecto se proceda a cancelar la inscripción de la demanda, ordenado en auto de calificación de la demanda (...)" (Sic)

4.4) Frente al recurso de apelación interpuesto por Lourdes Magdalena Merina Tacuri, demandada, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, en sentencia de 27 de septiembre del 2021, rechaza el medio impugnatorio, 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 parte demandada señora Lourdes Magdalena Merino Tacuri; y, CONFIRMA la sentencia dictada el lunes 14 de diciembre del 2020,

a las 14h43, por la Jueza A quo Dra. Mayra Dolores Chango Pumalema.- Notifíquese. (...)" (Sic)

4.5) Inconforme con la resolución dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, Lourdes Magdalena Merino Tacuri, demandada, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

4.6) El doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, Conjuez Nacional, de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 9 de marzo del 2022, las 12h58, admitió el recurso de casación en el siguiente sentido:

"(...) RESOLUCIÓN.- Por lo expuesto, considerando que el recurso interpuesto por LOURDES MAGDALENA MERINO FLORES, ha sido presentado dentro del término legal y que cumple con la estructura del Art. 267 del COGEP, se lo ADMITE a trámite por los casos cuatro y cinco del Art. 268 del COGEP (...)". (Sic)

4.7) 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.

QUINTO:

LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y MERCANTIL ECUATORIANA.

5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

La CRE, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es *"...un Estado constitucional de derechos y justicia..."*. Esta declaración, lejos de configurarse en un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."[6].

Es decir, la CRE, materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la CRE, establece lo siguiente:

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

Este derecho, *per se,* es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado constitucional.

Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar 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[7]; y, en

[6] Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

[7] **Constitución de la República del Ecuador: Art. 182:** "(...) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito."; **Art. 184:** "Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (...)".

sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer 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[8].

En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado constitucional.

b) Adicionalmente, resulta menester destacar que el Ecuador es un Estado de derechos, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

> *"...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (...) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (...) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."*[9].

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la CRE, acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

> ***"...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación****. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos..."* (Énfasis añadido).

En concordancia con el precepto transcrito, el artículo 11.9 ibídem declara lo siguiente:

> *"...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...".*

En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: *"...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...".*

En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, pues, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que *"...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...".*

En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

c) Finalmente**,** la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

> *"...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e*

[8] **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;*

[9] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).”[10], concluye sobre el tema indicando que *“(...) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa...”*[11].

En razón de lo expuesto, se avizora que el Estado de justicia tiene como fin último 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 con el objetivo de materializar los fines de este instituto procesal y cristalizar la justicia especializada en materia civil y mercantil.

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

“...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”. [12]

La garantía normativa de la casación está determinada 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 lo siguiente:

“Art. 266.- Procedencia. *El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.*

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración”.

Art. 268.- Casos. *El recurso de casación procederá en los siguientes casos:*

1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

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.

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.

---

[10] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.
[11] Ibídem, Pág. 28
[12] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

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.

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.

***Art. 269.- Procedimiento**. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley (...)"*

Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: *"Art. 250.- (...) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *"...La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas..."*[13].

El principio de taxatividad *(numerus clausus)* limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el COGEP, conforme lo dispuesto en su artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non,* para determinar la violación a la ley en la resolución impugnada.

Es preciso indicar que, "*la casación (...) 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."*[14]

El recurso extraordinario de casación, tiene por objeto ejercer el control de legalidad de los actos jurisdiccionales establecidos en las garantías normativas desarrolladas para el efecto, y su naturaleza extraordinaria lo vuelve de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso. Mario Nájera, lo define como un "*recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".* [15]

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*". [16]

Ahora bien, las garantías normativas del 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.

[13] Orlando Rodriguez Ch., *Casacion y Revision,* Temis, Bogota, 2008, p. 67
[14] Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y AsociADOS, Quito, 2005, pag. 41.
[15] Mario Nájera, Derecho Procesal Civil, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, pág. 649.
[16] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada".

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: *"...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica..."*[17].

Por su parte, el jurista 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..."*.[18]

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.

SEXTO:
ARGUMENTACIÓN Y EXAMEN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS CARGOS CASACIONALES Y EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

6.1) La casación, al tratarse de un recurso extraordinario, se encamina a corregir los *errores in iudicando,* los errores de derecho, existentes, en el caso concreto, en la sentencia del Tribunal *ad quem*; por ello, *per se,* 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.

A través de este medio de impugnación, corresponde al órgano jurisdiccional determinar procesalmente si existe la violación de la ley en la sentencia impugnada, por una de las causales previstas en el COGEP, aplicable al caso.

En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral 4.6) de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso de casación, limitando el mismo a los cargos establecidos en los numerales 4 y 5 del artículo 268 del COGEP; ergo, inexorablemente la parte recurrente, debía referirse en su fundamentación exclusivamente a estas causales, siendo por lo tanto, improcedentes, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

6.2) Estudio de la causal 4 prevista en el artículo 268 del COGEP, en relación con el argumento planteado por la recurrente.

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".

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,

[17] Fernando de la Rua, *El Recurso de Casacion*, Victor P. de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20
[18] Piero Calamandrei, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

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[19]".*

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.

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.

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*

[19] Carlos Ramírez, Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pag. 120

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.[20]"

6.2.1) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente, quien al formular su medio de impugnación y aclarar el mismo, sostiene los siguientes yerros *in iure*:

Errónea interpretación del artículo **158 del COGEP:**

"(...) Señores Magistrados al no haberse reunidos los requisitos exigidos por la ley para que prospere una acción reivindicatoria, y con este defecto legal haber aceptado la demanda del actor Lamiña Flores, no aplican correctamente lo que determina el artículo 933 del Código Civil, consecuentemente les ha conducido a interpretar erróneamente el artículo 158 del Código Orgánico General de Procesos en lo relacionado a la finalidad de la prueba (...)" (Sic)

Falta de aplicación de los artículo**s 196 y 160 del COGEP:**

"(...) La disposición legal transcrita nos enseña cómo debemos producir la prueba documental en audiencia, de tal forma que los documentos deben ser leídos y exhibidos públicamente en la parte pertinente. A este respecto el actor EDGAR GUSTAVO LAMIÑA FLORES, según consta de los audios de la Audiencia de Juicio NO PRODUCE su prueba documental conforme ordena la disposición legal antes referida, limitándose únicamente a leer los documentos en la parte pertinente, omitiendo exhibir su prueba documental, limitándose solo y únicamente exhibir la sentencia de divorcio, al haberse omitido la exhibición que por disposición legal era exigible, no se aplicó el contenido de la norma acusada como violada, lo cual es trascendente para la causa, ya que aquello también provocó la falta de aplicación del artículo 160 del COGEP, en torno a que para ser admitida, la prueba, debe SER PRACTICARA SEGÚN LA LEY.

El actor al no producir su prueba documental (Escritura de Compra-Venta, celebrada ante el Dr. Víctor Manolo Espinoza Andrade, Notario Quinto del Cantón Riobamba, el viernes 22 de junio del 2018, entre los cónyuges Luis Alberto Lamiña Pasmay y Ángela Flores en calidad de VENDEDORES y el señor Edgar Gustavo Lamiña Flores <actor> en calidad de COMPRADOR, Certificado de Gravámenes, sentencia de divorcio) , cumpliendo con las exigencias legales antes señaladas, incumple con el Principio de Publicidad de la Prueba, (...) incurre en una grave pretermisión del procedimiento se viola la necesaria publicidad y contradicción de las mismas pruebas (...)". (Sic)

Falta de aplicación del artículo 164 inciso segundo del COGEP:

"(…) los señores Jueces de Segundo Nivel al dictar sentencia, no aplican (falta de aplicación) el precepto jurídico sobre la valoración de la prueba contenida en el art, 164 inciso 2 (...)

La falta de aplicación del precepto jurídico respecto a la valoración de la prueba, que no es otra cosa que un error de omisión, que provocó que el Juez no tenga certeza sobre los hechos, al no ser considerada en su contexto total y su relación entre sí; la falta de aplicación de las disposiciones legales referidas ut supra, han conducido a que los señores jueces dicten una sentencia equivocada, reñida con la ley y la Constitución, la que me ocasiona un daño inminente y una clara vulneración de mis derechos al obligarme a restituir un bien inmueble sin cumplir los requisitos legales para el efecto, produciendo con ello la violación indirecta de la ley sustantiva, en el caso, una equivocada aplicación del art. 933 que establece los requisitos de la reivindicación, los cuales de los hechos fijados como ciertos no están cumplidos: así mismo la trasgresión de las

[20] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos*, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pag. 120 -121.

normas procesales relativas a la valoración de la prueba ocasiono la no aplicación de los arts. 2398, 2410, 2411, relativos a los requisitos para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio reconvenida y justificada procesalmente con los hechos fijados como ciertos (...)" (Sic)

Falta de aplicación del artículo **76 numeral 4 de la CRE:**

"(...) Dentro de las tablas del proceso y del análisis efectuado se determinan dos hechos de fundamental importancia para la procedencia de esta acción: a) Que no existe singularización ni individualización del terreno a reivindicarse, y como consecuencia no cumplió con uno de los requisitos para la procedencia de este juicio de reivindicación; y, b) Que el actor no produjo su prueba documental conforme ordena la ley, por tanto simplemente no probó sus afirmaciones.(...)

Si los señores Jueces Ad Quem hubieren realizado un análisis completo, profundo y a la luz de la verdad procesal, sin mayor esfuerzo, hubieran advertido de la veracidad de los hechos que estoy señalando, lo que inevitablemente les conducía a declarar que aquellas pruebas no tienen validez alguna y carecen de eficacia jurídica, por tanto a rechazar la demanda reivindicatoria; pero no lo hicieron, lo que les llevó a un yerro jurídico de aceptar esta acción, la que lesiona mis intereses porque se afectó a mis derechos constitucionales de la seguridad jurídica (...) considero que no se aplicó esta Norma Constitucional (art. 76 No. 4), lo que conlleva a una afectación al debido proceso, derecho que constituye el núcleo esencial y transversal de la actividad procesal judicial, ilegalidad que afecta también al Derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de mis derechos previstos en los arts. 82 y 75 de la Carta Suprema (...)" (Sic)

6.2.2) En concreto, la recurrente, acusa que en la sentencia impugnada existe falta de aplicación de los artículos 164 inciso segundo, 160, y 196 del COGEP, y 76 numeral 4 de la CRE; y, errónea interpretación del artículo 158 del COGEP; y, la transgresión indirecta de los artículos 933, 2398, 2410, y 2411 del Código Civil; sostiene que el quebrantamiento de preceptos jurídicos de valoración de la prueba, conllevó a la violación de normas sustantivas, aplicándose las reglas de la reivindicación cuando debieron aplicarse las reglas de la prescripción.

Dentro de su fundamentación oral, en audiencia, la parte recurrente sostiene además que, de los hechos fijados como ciertos, se avizora una vulneración de derechos, y del valor justicia, por lo que solicita que se corrijan los yerros jurídicos, en torno a la cuantificación de los valores económicos que la señora Lourdes Merino Tacuri, utilizó para mejorar el bien inmueble objeto de la controversia, al tenor del artículo 953 del Código Civil.

6.2.3) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **falta de aplicación de la ley**, el mismo, 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.

Asimismo, el recurso, en este punto, sostiene el cargo de *errónea interpretación*, el mismo que opera cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente (precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba) para la resolución del caso concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal, soslayando el ámbito teleológico de la norma cuestionada.

El autor Jorge Carrión Lugo explicando esta causal señala:

"*Habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla*"[21].

Per se, la errónea interpretación de las normas de derecho, consiste en la falta que incurre el juzgador

[21] Jorge Carrión Lugo, *El Recurso de Casación en el Perú, Volumen I,* Segunda Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, p. 218.

al dar desacertadamente a la norma jurídica aplicada, un alcance mayor o menor o distinto, que el descrito por el legislador, que utiliza para resolver la controversia judicial[22].

6.2.4) Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen el medio de impugnación, asimismo, si está dotada de sustento y argumento válido, al respecto:

6.2.5) Desde la órbita del régimen procesal vigente, el Titulo II, del COGEP, hace relación a la prueba, por su parte, el Capítulo I, establece las reglas generales; así, respecto a su valoración, 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.

Frente a lo señalado en el párrafo que precede, es preciso indicar que, en torno al **artículo 164 del COGEP**, dicha norma 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*", 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*"[23].

Por otra parte, en el ámbito de la teoría general de la prueba judicial, emerge la finalidad de la prueba (artículo 158 del COGEP), y la admisibilidad de la misma (160 COGEP). También el régimen procesal establece la prueba testimonial y su valoración (artículos 174 y 186 del COGEP), el documento como prueba (artículos 193-220 del COGEP), los instrumentos públicos y privados como medios probatorios; en la misma ilación, se avizoran reglas relativas a la inspección judicial, dentro de las reglas atinentes a la prueba documental, consta la producción de la misma, en audiencia (artículo 196 del COGEP).

El desarrollo conceptual de las normas 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, y 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

[22] Sala de lo Civil y Mercantil, Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2558. (Quito, 20 de enero de 1998)
[23] Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Civil,* Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p. 304

cualquiera otra naturaleza.-Las formalidades son de tiempo, modo y lugar, y se diferencian según la clase de proceso y el sistema oral o escrito, inquisitivo o dispositivo, consagrado para cada uno. El segundo aspecto consiste, como dice Silva Melero 4[24], en que debe obtenerse la prueba "por los modos legítimos y las vías derechas", excluyendo las calificadas de "fuentes impuras de prueba", se contempla la moralidad, la licitud y la procedencia de la prueba. Este principio implica que la prueba esté revestida de requisitos extrínsecos o intrínsecos 4[25] . 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"[26].

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 prueba, las mismas fueron ordenadas, practicadas e incorporadas al proceso, sin que respecto de ellas, se haya realizado objeción alguna, en el momento procesal oportuno, en torno a su legalidad, pertinencia, conducencia, eficacia y validez, institutos que tienen relación con los principios desarrollados en el párrafo que antecede, cuyo referente es el artículo 76 numeral 4 de la CRE; sin embargo, el *ad quem,* al justipreciar las mismas, pese a tener claro que conforme el artículo 164 del COGEP, respecto a su valoración, la prueba debía ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y que tenía la obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión, omite aplicar dicha norma, en relación con los artículos 158 y 160 del COGEP, en correspondencia con las propuestas fácticas y contra fácticas expuestas.

6.2.6) De acuerdo a la delimitación del problema jurídico objeto del proceso, es claro que el actor

[24] Silva Melero, ob.cit., t. I, págs. 29 y 30, nota 4.
[25] 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.
[26] Devis Echandia, Hernando, *"Teoría General de la Prueba Judicial"*, Tomo I, Sexta Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1999, p.109-126.

Edgar Gustavo Lamiña Flores, planteó su súplica de reivindicación, en contra de la ciudadana Lourdes Magdalena Merino Tacuri, quien a la vez reconvino al actor mediante la acción de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, en la cual, además como parte de la discusión jurídica, planteó lo siguiente:

> "*(...) En dicho terreno desde el inicio de la posesión cultivé toda clase de productos de la zona para provecho mío y de mi familia, como papas, cebolla, acelga, espinaca, etc. La posesión que mantengo es en forma pública, pacífica, tranquila, continua e ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad, a vista y paciencia de los demandados, vecinos, colindantes y personas extrañas que circulan por dicho lugar; como verdadera señora y dueña, sin que nadie haya atentado contra mi posesión de más de 16 años, razón por la cual* ***he construido en una parte del terreno una casa donde vivo con mi familia y cuenta con los servicios básicos de agua potable y luz eléctrica y en el resto cultivo toda clase de productos de la zona*** *(...)" (El énfasis nos corresponde).*

Ergo, como parte de la discusión emergió un tema relacionado con las mejoras que hizo la demandada Lourdes Magdalena Merino Tacuri, en el bien inmueble que ostentaba la posesión de buena fe, lo cual se constituyó en uno de los argumentos de su defensa, al contestar la demanda y reconvenir al actor, lo cual además, fue parte de la fundamentación de su recurso de casación, cuando enfáticamente indicó que de los hechos fijados como ciertos, se avizoraba una vulneración de derechos, y del valor justicia, por lo que solicitó que se corrijan los yerros jurídicos, en torno a la cuantificación de los valores económicos que utilizó para las mejoras del bien inmueble objeto de la controversia, al tenor del artículo 953 del Código Civil.

Conforme obra del proceso, fueron admitidas como prueba de la parte recurrente, que se *"oficie al gerente General de la Cooperativa de ahorro y crédito Nueva Esperanza de Riobamba, para que certifique el número de créditos y montos otorgados a Edgar Gustavo Lamiña Flores y Lourdes Magdalena Merino Tacuri para la construcción de vivienda*; y, que "*Se oficie al Gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "4 de Octubre" del cantón Penipe para que certifique el monto del crédito otorgado a Edgar Gustavo Lamiña Flores y Lourdes Magdalena Merino Tacuri durante los años 2004-2005",* medios de prueba admitidos, ordenados, e incorporados al proceso, sin embargo, los mismos, no fueron justipreciados por el Tribunal *ad quem,* en correlación con la finalidad que se persiguió con ellos, para acreditar los hechos y circunstancias referidas en el párrafo que precede, en correlación con la teoría fáctica, jurídica y probatoria planteada por la demandada, atinente a las mejoras realizadas en el inmueble en disputa.

En torno a este punto del conflicto, es que el *ad quem*, omite aplicar el artículo 164 del COGEP, en relación con los artículos 158 y 160 del COGEP, toda vez que la propuesta fáctica y jurídica de la demandada, si bien es cierto, no coadyuvaba a consolidar la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio; en lo referente a las mejoras realizadas en el inmueble tantas veces referido, como teoría probatoria ofertó un sinnúmero de medios prueba (los singularizados *ut supra*) que coadyuvaron a justificar dicha cuestión, lo que fuera de toda duda contribuyó a tener como hecho cierto que Lourdes Magdalena Merino Tacuri, realizó una construcción de hormigón armado de alrededor de 56 m2, en el inmueble objeto de reivindicación.

En este sentido, el Tribunal de apelación incurre en una vulneración (falta de aplicación) del artículo 164 inciso segundo del COGEP, que establece que "*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;* cuestión que se verifica cuando el *ad quem* no aprecia la prueba en conjunto, atendiendo a la finalidad perseguida por la demandada al presentar sendas pruebas pertinentes, útiles y conducentes, para acreditar las mejoras realizadas por ella en el inmueble objeto de reivindicación, como hecho y circunstancia controvertida.

Por otra parte, verificada la cuestión alegada por la parte impugnante, se observa que la misma, ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia, relacionadas con la esencia de las prestaciones mutuas y el abono de mejoras útiles al poseedor de buena fe, con ocasión de la reivindicación; ergo, la formulación necesaria para que prospere este cargo casacional está completa; en concreto, verificado el primer yerro *in iure*, a la vez, emerge, la violación indirecta del artículo 953 del Código Civil, ya que, es claro que, si se declaró procedente la acción de reivindicación, y estaban justificadas la mejoras útiles realizadas

por la poseedora de buena fe, correspondía la aplicación de la norma invocada, por cumplidos los presupuestos expresados en la ley, por lo cual se observa que el *ad quem,* incurrió en la no aplicación de dicha norma de carácter sustantivo.

Por todo lo expuesto, se concluye que la sentencia del *ad quem*, incurre en los yerros *in iure* acusados, por la recurrente; ergo, se determina la procedencia parcial del recurso interpuesto.

Dada la validez parcial de la propuesta impugnatoria, resulta inoficioso analizar las otras acusaciones planteadas por la recurrente.

6.3) Conforme la garantía normativa establecida en el artículo 273 numeral 2 del COGEP, dada la procedencia parcial del recurso de casación planteado, corresponde casar la sentencia y pronunciar lo que en derecho corresponde, en ese escenario, se dicta:

SENTENCIA:

6.4) El ciudadano Edgar Gustavo Lamiña Flores, demanda a Lourdes Magdalena Merino Tacuri, en procedimiento ordinario, la reivindicación del bien inmueble singularizado en el libelo de la demanda; en el contexto establecido en el numeral **4.1)** del considerando CUARTO de la presente resolución.

6.5) De autos se verifica que la accionada Lourdes Magdalena Merino Tacuri, contesta la demanda y plantea excepciones, así también, propone reconvención por prescripción adquistiva extraordinaria de dominio, conforme lo descrito en el numeral **4.2)** del considerando CUARTO de la presente resolución. A su vez, Edgar Gustavo Lamiña Flores, contesta la reconvención.

6.6) Del escenario procesal planteado, en la sentencia impugnada, se llega a tener como hechos ciertos, lo siguiente:

- La existencia del bien inmueble denominado Pichañag, situado en el Kilómetro 1 vía a Baños, Barrio Nuevo Amanecer, Parroquia Maldonado, calle Pasaje Lilián, de la ciudad de Riobamba, provincia de Chimborazo, comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones; por el Norte; pasaje Lilian en 19.20 metros; por el Sur, Edgar Gustavo Lamiña Flores en 14.45 metros; por el este, Agustín Pantoja en 20.13 metros y 1.98 metros y por el Oeste, Arturo Lamiña, en 33.47 metros, con una superficie total de cuatrocientos metros cuadrados.
- Edgar Gustavo Lamiña Flores, es propietario, ostenta el dominio del inmueble denominado Pichañag, situado en el Kilómetro 1 vía a Baños, Barrio Nuevo Amanecer, Parroquia Maldonado, calle Pasaje Lilián, de la ciudad de Riobamba, provincia de Chimborazo, comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones; por el Norte; pasaje Lilian en 19.20 metros; por el Sur, Edgar Gustavo Lamiña Flores en 14.45 metros; por el este, Agustín Pantoja en 20.13 metros y 1.98 metros y por el Oeste, Arturo Lamiña, en 33.47 metros, con una superficie total de cuatrocientos metros cuadrados, adquirido por compra a Luis Alberto Lamiña Pasmay Ángela Flores, según escritura celebrada en la Notaría Quinta del Cantón Riobamba, el 22 de junio del 2018, inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Riobamba, con fecha 10 de Octubre del 2018.
- Lourdes Magdalena Merino Tacuri, está en posesión del inmueble referido en los párrafos precedentes, realizando actos de señora y dueña, en virtud de que ahí constituyó su hogar con su cónyuge, hoy actor, y sus hijos, en base a los hechos contrastados y fijados en la especie.
- Lourdes Magdalena Merino Tacuri, de buena fe, ha realizado mejoras útiles, en el inmueble cuya posesión ostenta, consistentes en la construcción de una casa de alrededor de 56 metros cuadrados, constituida por los espacios específicos de sala, comedor, cocina, baño completo, y dos habitaciones, con servicios básicos de agua y energía eléctrica; además, de una lavandería, cuarto de cuidado de cerdos edificada con madera y ladrillo; asimismo, se justifica la existencia de sembríos varios.
- Las mejoras realizadas referidas *ut supra*, fueron financiadas con valores económicos provenientes de créditos otorgados por las Cooperativas de Ahorro y Crédito Nueva Esperanza, y 4 de Octubre, a favor de la sociedad conyugal existente en su momento entre Lourdes Magdalena Merino Tacuri y Edgar Gustavo Lamiña Flores.
- Los valores económicos obtenidos mediante los prestamos referidos *ut supra*, tiene

relación con las siguientes operaciones crediticias: **1)** Crédito No. 15010200283, de 1 de febrero de 2005, otorgado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito 4 de Octubre, por un valor de $500,00; **2)** Crédito No. 4027, de 28 de octubre de 2013, otorgado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Nueva Esperanza, por un valor de $8.880,00, que incluidos los intereses ascienden a la cantidad de $11.447,31; y, 3) Crédito No. 6055, de 16 de abril de 2015, otorgado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Nueva Esperanza, por un valor de $7350,00, que incluidos los intereses ascienden a la cantidad de $9.307,12.

- El valor total de los créditos obtenidos y justificados en el ámbito temporal que perduró la sociedad conyugal, asciende a $21.254,43.
- Lourdes Magdalena Merino Tacuri, en conjunto con su cónyuge, utilizaron dichos valores económicos para las mejoras realizadas en el inmueble objeto del conflicto.

6.7) Delimitados los hechos que se tienen como ciertos en el *in examine,* corresponde, determinar su correspondencia o no con los requisitos que desde el ámbito de la doctrina, la jurisprudencia, y la ley, se establecen para que opere **la acción de dominio demandada**.

La reivindicación o acción de dominio, es la que tiene el dueño de una cosa singular, de la que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.

Respecto de las cosas que pueden reivindicarse, la legislación sustantiva indica que pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles. Exceptúense las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase. Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla. El artículo 936 del Código Civil, indica que *"Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular"*.

En torno al legitimado para ejercer la reivindicación, el artículo 937 del Código Civil, indica que *"La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa",* sin embargo, también, se concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción, pero dicha acción no valdrá, ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho (artículo 938 del Código Civil).

Por otra parte, el legitimado pasivo, es decir, contra quién se puede reivindicar, el artículo 939 del Código Civil, señala: *"La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor".* El mero tenedor de la cosa que se reivindica está obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene. Si alguno, de mala fe, se da por poseedor de la cosa que se reivindica, sin serlo, será condenado a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño haya resultado al actor. La acción de dominio tendrá también lugar contra el que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que, por haberla enajenado, se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio. El reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación. Por su parte, el artículo 943 del Código Civil establece que: "*La acción de dominio no se dirige contra un heredero sino por la parte que posea en la cosa. Pero las prestaciones a que estaba obligado el poseedor, por razón de los frutos o de los deterioros que le eran imputables, pasan a los herederos de éste, a prorrata de sus cuotas hereditarias".* Contra el que poseía de mala fe, y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, podrá intentarse la acción de dominio, como si actualmente poseyese. De cualquier modo que haya dejado de poseer, y aunque el reivindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor, respecto del tiempo que ha estado la cosa en su poder tendrá las obligaciones y derechos que corresponden a los poseedores de mala fe, por razón de frutos, deterioros y expensas.

Esta Alta Corte, ha indicado que, se requiere para que la acción de reivindicación pueda ser ejecutada: *"1) que se trate de una cosa singular o una cuota determinada de una cosa singular que esté claramente identificada; 2) que el actor o demandante tenga la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa cuya reivindicación se pretende; 3) que el demandado tenga la actual posesión material de la*

cosa que se reivindica; y 4) que exista plena identidad entre la cosa que reivindica el actor y la que posee el demandado"[27]

Del ámbito conceptual y normativo desarrollado *ut supra*, en relación con lo que la doctrina enseña sobre la reivindicación, se establece que para la procedencia de dicha acción, deben confluir los siguientes requisitos: **a)** Que el actor demuestre ser dueño del inmueble a reivindicar; **b)** Que el bien se encuentre en posesión del demandado a fin de que sea éste quien lo restituya; y**, c)** Que se trate de una cosa singular, debidamente individualizada. Se precisa recordar que "*...la acción reivindicatoria ..., se origina en el derecho de dominio, por lo que el actor tiene que comprobar su calidad de dueño de la cosa materia de la reivindicación y que los demandados la poseen en la actualidad"*[28], en este sentido, los requisitos indicados en el artículo 933 y siguientes del Código Civil, según la jurisprudencia son: la existencia de la cosa singular sobre la que va a versar la acción; la existencia del dueño de la cosa singular, y que la posesión de la cosa no la tenga el titular del dominio[29],

A la luz de lo enunciado en líneas precedentes, el **primer requisito** para que opere la institución jurídica en análisis, hace relación a que la parte actora demuestre ser dueña del inmueble a reivindicar.

En el caso concreto, se tiene fijado como hecho cierto que el actor Edgar Gustavo Lamiña Flores, es propietario, del inmueble denominado Pichañag, situado en el Kilómetro 1 vía a Baños, Barrio Nuevo Amanecer, Parroquia Maldonado, calle Pasaje Lilián, de la ciudad de Riobamba, provincia de Chimborazo, comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones; por el Norte; pasaje Lilian en 19.20 metros; por el Sur, Edgar Gustavo Lamiña Flores en 14.45 metros; por el este, Agustín Pantoja en 20.13 metros y 1.98 metros y por el Oeste, Arturo Lamiña, en 33.47 metros, con una superficie total de cuatrocientos metros cuadrados, adquirido por compra a Luis Alberto Lamiña Pasmay Ángela Flores, según escritura celebrada en la Notaría Quinta del Cantón Riobamba, el 22 de junio del 2018, inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Riobamba, con fecha 10 de Octubre del 2018; ergo, se trata de un bien respecto del cual está justificada su propiedad o dominio; *per se,* susceptible de reivindicación.

El **segundo requisito** para que opere la reivindicación o acción de dominio, tiene relación con que el bien se encuentre en posesión de la parte demandada a fin de que sea éste quien lo restituya.

Uno de los elementos necesarios para la reivindicación, es la posesión que debe tener la parte demandada sobre el bien cuya acción de dominio se persigue; la posesión, "*es 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"* (artículo 715 del Código Civil); ergo, 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 exteriorizarla, exponerla al conocimiento de los demás, de no ser así el poseedor se maneja en forma clandestina ocultando su propósito, aquello, es una posesión viciosa.

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.

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. De conformidad con el 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 (...)".*

[27] Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5007 (Quito, 17 de febrero de 2004).
[28] (Gaceta Judicial, Serie XII, No. 2, pág. 363)
[29] (Gaceta Judicial XV, No. 1 pág. 196-197, 27-X-1987)

La posesión del bien por parte del demandado, es el hecho jurídico base que hace que, una vez cumplidos los demás requisitos de ley, proceda la acción de dominio.

En la especie, se tiene como hecho cierto que la demandada Lourdes Magdalena Merino Tacuri, está en posesión del inmueble referido en los párrafos precedentes, en virtud de que ahí constituyó su hogar con su cónyuge, hoy actor, y sus hijos; propiedad cuya reivindicación se persigue; ergo, se avizora que la accionada ejerce la posesión del bien inmueble, ejecutando actos de señora y dueña; *per se,* se cumple el segundo requisito para la acción de dominio.

Finalmente, el **tercer requisito** para que opere la reivindicación, tiene relación con que el bien cuya acción de dominio se persigue, se trate de una cosa singular, debidamente identificada, de lo que se deduce que debe existir una correcta individualización del inmueble a reivindicarse.

Entre los requisitos, como ya se dijo, para que proceda la acción reivindicatoria, es la existencia de identidad entre la cosa materia de aquella y la que el demandado se encuentra en posesión. 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.[30] 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"*[31]. Singularizar, asimismo, entre otra de las versiones que le asigna el diccionario en mención consiste en *"Distinguir o particularizar una cosa entre otras"*[32] *"Como se ve, los dos términos son sinónimos y se correlacionan; en el evento de la acción de dominio, 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"*[33]

La enunciación de una cosa indeterminada, impide que prospere la acción de dominio; ergo, pretender reivindicar de manera general una cosa que no se la individualiza expresamente (por ejemplo un lote de terreno, una casa), es contrario al ordenamiento jurídico, en vista de que, el dominio y los derechos reales que se pueden reivindicar, sólo existen respecto de cosas individualmente determinadas, por cuanto la posesión, es la tenencia, con ánimo de dueño, de una cosa determinada, según el artículo 715 del Código Civil.

En la especie, se tiene que el bien cuya reivindicación se demanda, inmueble denominado Pichañag, situado en el Kilómetro 1 vía a Baños, Barrio Nuevo Amanecer, Parroquia Maldonado, calle Pasaje Lilián, de la ciudad de Riobamba, provincia de Chimborazo, adquirido por compra a Luis Alberto Lamiña Pasmay Ángela Flores, según escritura celebrada en la Notaría Quinta del Cantón Riobamba, el 22 de junio del 2018, inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Riobamba, con fecha 10 de Octubre del 2018, al tenor de los hechos fijados como ciertos, se encuentra comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones; por el Norte; pasaje Lilian en 19.20 metros; por el Sur, Edgar Gustavo Lamiña Flores en 14.45 metros; por el este, Agustín Pantoja en 20.13 metros y 1.98 metros y por el Oeste, Arturo Lamiña, en 33.47 metros, con una superficie total de cuatrocientos metros cuadrados, bien inmueble debidamente catastrado en el ente municipal correspondiente.

En definitiva, como se ha señalado, no cabe duda alguna que el bien inmueble descrito en la demanda, es el mismo cuya existencia, identificación, delimitación y singularización ha sido justificada procesalmente, sin ser de relevancia la ínfima diferencia que existe en cuanto a su dimensión; *per se,* está cumplido el requisito analizado para la procedencia de la acción de dominio.

Entonces, al estar justificados los requisitos del artículo 933 del Código Civil, es aplicable dicha norma a la situación fáctica expuesta y justificada en el *in examine.*

6.8) Dicho lo anterior, en la misma ilación argumentativa, corresponde dar respuesta a la acción de prescripción adquisitiva extraordinaria

[30] 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.
[31] Vigésima Primera edición, Ed. Espasa – Calpe, S.A., Madrid, p. 803.
[32] Ibídem p.1336.
[33] 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.

de dominio, planteada como reconvención por la demandada.

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".*

Esta Alta Corte, respecto de los requisitos para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, ha indicado lo siguiente:

> "*La acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de bienes raíces exige para su procedencia, según lo establecen la ley, la jurisprudencia y la doctrina los siguientes requisitos: 1o. La posesión material del actor por quince años del bien o derecho real que se pretende prescribir, en forma pública, pacífica e ininterrumpida; 2o. la correcta individualización del inmueble a prescribirse; 3o. que se haya dirigido la demanda a quien aparezca como titular del dominio del predio en el Registro de la Propiedad correspondiente; y 4o. que tal bien se halle en el comercio y sea susceptible de apropiación. El inciso primero del Art. 715 del Código Civil define a la posesión como "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra personan su lugar y a su nombre". En la jurisprudencia se destaca que "La prescripción adquisitiva, institución relativa a los derechos reales, es título constitutivo y originario de dominio... La causa de su adquisición es la prescripción, y el fundamento de* ésta, *es la posesión tenida y ejercida con los requisitos o condiciones y durante el tiempo exigido por la ley".*[34]

Asimismo, ha señalado lo siguiente:

> *"Tercera.- 3.2.-(…) 3.2.2.- Las disposiciones, legales relativas a la prescripción adquisitiva de dominio, establecen que la prescripción adquisitiva es un modo (originario) de adquirir el dominio, que se funda en la posesión, por un tiempo determinado de bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y por lo tanto son prescriptibles. De lo expuesto se deduce que para que se produzca la prescripción adquisitiva de dominio se requiere:* ***1er. Requisito:*** *Que el bien sobre el que se pide la prescripción adquisitiva de dominio, sea prescriptible; pues no todas las cosas son prescriptibles. Así, no: pueden ganarse por prescripción: las cosas propias, las cosas indeterminadas, los derechos personales o créditos, los derechos reales expresamente exceptuados, las cosas comunes a todos los hombres, las tierras comunitarias, las cosas que están fuera del comercio.* ***2do. Requisito****: La posesión de la cosa, entendida como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (Art. 715 Código Civil).- La posesión es el hecho jurídico base que hace que, una vez cumplidos los demás requisitos de ley, el posesionario adquiera por prescripción el derecho de dominio del bien. La posesión requerida para que proceda legalmente la prescripción adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva.* ***3er. Requisito:*** *Que la posesión haya durado el tiempo determinado por la ley.* ***El tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria es de 15 años****, sin distinción de muebles e inmuebles, ya se trate de presentes o ausentes.* ***4to Requisito****.- Que el bien que se pretende adquirir por prescripción sea determinado, singularizado e identificado.-* ***5to Requisito****.- Que la acción se dirija contra el actual titular del derecho de dominio, lo que se acredita con el correspondiente certificado del Registrador de la Propiedad."*[35] (Énfasis fuera del texto)

[34] Gaceta Judicial Año CVIII. Serie XVIII, No.5 Sentencia No. 09111-2004-0923

[35] Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil y Familia, Registro Oficial Suplemento N0. 170, 19 de julio del 2011.

Ahora bien, si bien es cierto la ciudadana Lourdes Magdalena Merino Tacuri, está en posesión del bien objeto del conflicto, realizando actos de señora y dueña, de forma pública, pacifica, no ininterrumpida, el cuadro fáctico no coadyuva a establecer de una forma clara y precisa que dicha circunstancia se subsuma en todas las garantías normativas relativas a la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, en relación con sus requisitos para su procedencia, por lo que el rechazo de la reconvención planteada, está en el marco del derecho.

6.9) Las prestaciones mutuas como derivación de la procedencia de la acción de dominio.

La esencia de la reivindicación, radica en que el poseedor debe restituir la posesión de la cosa que es materia de discusión y no la propiedad, ya que la misma, el legítimo propietario siempre la mantuvo y la sigue manteniendo; por cuanto lo que se perdió, en su momento, fue la posesión sobre el bien, que por cualquier motivo fue desplazado de el.

Ahora bien, normativamente, una vez declarada la procedencia de la acción de dominio o reivindicación, corresponde la aplicación de las prestaciones mutuas, entre el poseedor vencido, y el legitimado activo, o viceversa, dependiendo las circunstancias fácticas; así, por ejemplo, el legitimado pasivo debe restituir la cosa en el plazo establecido judicialmente; las circunstancias de esta restitución y determinadas prestaciones por custodia, conservación, o deterioro, de la cosa y sus frutos, o de expensas necesarias o mejoras útiles realizadas, tienen íntima relación con la actitud de buena o mala fe que tuvo el poseedor; estos son resultados propios de la institución en análisis; dichas cuestiones deben justificarse, validarse y liquidarse, en forma recíproca.

En el marco de la equidad, para establecer las prestaciones mutuas, ya sea que las deba el legitimado activo o el poseedor vencido; en el caso del primero no sería justo que se aprovechara de las mejoras realizadas por el poseedor; y en el segundo caso, cuando el poseedor de mala fe sea vencido, no sería también equitativo que los frutos producidos vayan a su patrimonio, por lo que dichas cuestiones deben ser objeto de la decisión cuando hayan sido invocadas por los legitimados.

Genaro Eguiguren, al respecto señala:

> *"Si el juez da la razón al poseedor y desecha la demanda, este seguirá poseyendo pero, si se acepta la demanda, el juez ordenará la restitución de la cosa al dueño para que éste recupere así la posesión de la que carecía y que es, finalmente el propósito de la acción reivindicatoria. En este evento, en el que el poseedor es vencido y condenado a restituir la cosa al dueño, tiene lugar las prestaciones mutuas, especie de liquidación de cuentas provenientes del hecho de haber sido poseedor el que ha mantenido la cosa en su poder durante determinado tiempo en el que la cosa puede haber sufrido daños o recibido mejoras, producido frutos, etc".*[36]

El Título VIII, del libro II, Del Código Civil, al desarrollar el instituto jurídico de la reivindicación, establece en su Parágrafo 4º, a partir del artículo 948, el ámbito de las *prestaciones mutuas*. Las garantías normativas de los artículos 952 y 953, desarrollan el abono de expensas y de mejoras útiles al poseedor de buena fe:

> *"(...) Art. 952.-El poseedor vencido tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, según las reglas siguientes:*
> *Si estas expensas se invirtieron en obras permanentes, como una cerca para impedir las depredaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto, se abonarán al poseedor dichas expensas, en cuanto hubieren sido realmente necesarias; pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución.*
> *Y si las expensas se invirtieron en cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material permanente, como la defensa judicial de la finca, serán abonadas al poseedor en cuanto aprovecharen al reivindicador, y se hubieren hecho con mediana inteligencia y economía.*
> *Art. 953.-El poseedor de buena fe, vencido, tiene asimismo derecho a que se le abonen las mejoras* útiles, hechas antes de citársele con la demanda.
> *Sólo se entenderá por mejoras útiles, las que hayan aumentado el valor venal de la cosa.*
> *El reivindicador elegirá entre el pago de lo que*

[36] Eguiguren Genaro, Derecho de propiedad en el Ecuador, CEN, Quito, 2008, p. 357

valgan al tiempo de la restitución las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que, en virtud de dichas mejoras, valiere más la cosa en dicho tiempo.
En cuanto a las obras hechas después de citada la demanda, el poseedor de buena fe tendrá solamente los derechos que, por el artículo siguiente, se conceden al poseedor de mala fe".

En este sentido, una vez validada judicialmente la acción de dominio (reivindicación), el poseedor de buena fe, vencido, tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación del bien, así como las mejoras útiles realizadas antes de citársele con la demanda. Normativamente, las mejoras útiles, son aquellas que en su momento aumentaron el valor venal del bien.

Luis Claro Solar, en su obra "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", señala: "[...] *La ley impone por eso, recíprocamente, al reivindicador la obligación de abonar, según las circunstancias, el valor de las expensas hechas; y para ello distinguen entre las diversas clases de expresa y la buena o mala fe del poseedor vencido*."[37]; y, así ha procedido esta Alta Corte, "*en los casos 7612014, 9252015, y 9822015. Al emitirse una decisión que acepta la acción reivindicatoria, (...) no solo por disposición de la ley, sino también, en aplicación de los principios generales del derecho, como la buena fe y la equidad, hilos conductores para el establecimiento de las prestaciones mutuas, más en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que protege la propiedad privada, pero también su función social".*[38]

Ahora bien, los hechos fijados como ciertos coadyuvan a determinar fuera de toda duda que Lourdes Magdalena Merino Tacuri, está en posesión del inmueble denominado Pichañag, situado en el Kilómetro 1 vía a Baños, Barrio Nuevo Amanecer, Parroquia Maldonado, calle Pasaje Lilián, de la ciudad de Riobamba, provincia de Chimborazo, realizando actos de señora y dueña, en virtud de que ahí constituyó su hogar con su cónyuge, hoy actor, y sus hijos, que en ese sentido, de buena fe, realizó mejoras útiles, en el bien, consistentes en la construcción de una casa de alrededor de 56 metros cuadrados, constituida por los espacios específicos de sala, comedor, cocina, baño completo, y dos habitaciones, con servicios básicos de agua y energía eléctrica; además, de una lavandería, cuarto de cuidado de cerdos edificada con madera y ladrillo; asimismo, se justifica la existencia de sembríos varios; que las mejoras realizadas fueron financiadas con valores económicos provenientes de créditos otorgados por las Cooperativas de Ahorro y Crédito Nueva Esperanza, y 4 de Octubre, a favor de la sociedad conyugal existente en su momento entre la demandada y Edgar Gustavo Lamiña Flores, que ascienden a un valor total de $21.254,43.

Los hechos fijados coadyuvan a concluir también que Lourdes Magdalena Merino Tacuri, y Edgar Gustavo Lamiña Flores, eran cónyuges, y que los padres del actor, cedieron parte de su inmueble (objeto de esta acción), para que la pareja conviva en el mismo, es decir la demandada, entró en posesión del inmueble tantas veces referido, de *buena fe,* en donde de consuno con el hoy accionante, realizaron la construcción de su vivienda y más mejoras; ergo, dada la procedencia de la acción de dominio, corresponde que se le abonen a la accionada, los valores económicos por las mejoras útiles realizadas antes de la citación con la demanda, que en concreto deben liquidarse en atención a los valores económicos obtenidos mediante créditos bancarios para realizar las mejoras, cuyos montos ascienden a $21.254,43, los mismos que, en consideración a la existencia de la sociedad conyugal vigente en su momento, a la demandada Lourdes Magdalena Merino Tacuri, le corresponde el 50% de estos valores económicos, es decir $10.627,22, por concepto de mejoras útiles como parte de las prestaciones mutuas, en aplicación directa del artículo 953 del Código Civil, saldo que para su materialización a favor de la poseedora vencida, se debe aplicar el contenido del artículo 958 ibídem.

SÉPTIMO:
DECISIÓN.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA**

[37] Claro Solar, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De los Bienes III, Tomo Octavo. Pág. 437
[38] Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil, Resolución No: 0177-2019; Juicio No: 09332-2017-11168,Fecha: 2019-08-21.

EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,
RESUELVE:
7.1) Declarar la procedencia parcial del recurso de casación planteado por Lourdes Magdalena Merino Tacuri, demandada, por el caso 4 del artículo 268 del COGEP, en torno a que en la sentencia impugnada existe una falta de aplicación del artículo 164 del COGEP, en relación con los artículos 158 y 160 ibídem, y la violación indirecta del artículo 953 del Código Civil, en los términos analizados en el considerando Sexto de la presente resolución.
7.2) Casar parcialmente la sentencia emitida el lunes 27 de septiembre del 2021, las 08h16, por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo; *ergo*, conforme la garantía normativa establecida en el artículo 273 numeral 2 del COGEP, dada la procedencia de la acción de reivindicación planteada por el actor, y por haberse justificado las mejoras útiles realizadas en el inmueble objeto de la acción, por parte de la demandada, corresponde el pago de estas prestaciones mutuas, en aplicación directa del artículo 953 del Código Civil, por lo cual, se dispone que el accionante Edgar Gustavo Lamiña Flores, abone en el término de 30 días, por este concepto (mejoras útiles), la cantidad diez mil seiscientos veintisiete dólares de los Estados Unidos de Norteamérica con veintidós centavos ($10.627,22), a la poseedora vencida de buena fe, demandada Lourdes Magdalena Merino Tacuri; para la materialización de este valor económico, se aplicará el contenido del artículo 958 del Código invocado; en lo demás, las partes estarán a lo resuelto en instancia.
7.4) Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.
7.5) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**
f) Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (PONENTE) (E); Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL (E); Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (E).

Gaceta Judicial

año 2022

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *09202-2018-00620*
Resolución Nro. *173-2022*
Fecha: *2 de septiembre del 2022, las 11h20*

TEMA: Nulidad de sentencia de declaratoria de unión de hecho *post mortem*.

ASUNTO

La actora plantea demanda de nulidad de sentencia respecto a una decisión judicial de declaratoria de unión de hecho *post mortem*, en la cual la accionante de ese proceso adujo haber mantenido convivencia estable con el fallecido. La actora afirma que en el proceso no se citó a las hijas adolescentes que tuvo con el difunto y que se declaró el vínculo sin haberse cumplido con el requisito de dos años para que proceda una unión de hecho.

En el presente caso, se analizan los elementos necesarios para que proceda una declaración judicial de unión de hecho realizada *post mortem*, así como la naturaleza de la demanda de nulidad de sentencia.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Milagro señala que la parte actora debía demostrar que la sentencia que declara la unión de hecho post mortem no se encuentra ejecutada; sin embargo, se ha comprobado que incluso la fecha de la unión de hecho se encuentra registrada en el Registro Civil, por lo tanto, la sentencia está ejecutada.

En ese sentido, a criterio del juez, no procede la nulidad de una sentencia ya ejecutada, por lo que resuelve declarar sin lugar la demanda interpuesta.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Guayas determina que de las pruebas constantes se demuestra que la sentencia que se demanda la nulidad, no sólo que se había ejecutoriado, sino que ya estaba ejecutada cuando se presentó la demanda de nulidad de sentencia. Además, los jueces mencionan que existe expresa disposición legal y jurisprudencia que impide demandar la nulidad de una sentencia ejecutada y, si de hecho se lo hace, el juez se ve impedido de declarar su nulidad.

Por lo expuesto, el tribunal resuelve rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia subida en grado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09202-2018-00620

Juez Ponente: Dr. Roberto Guzmán Castañeda

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.

Quito, viernes 2 de septiembre del 2022, las 11h20.

VISTOS

i. ANTECEDENTES

a. Relación de la causa y decisiones de instancia

1. La señora Myriam Marlene Tiuma Flores, ha comparecido ante la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, y Adolescencia del cantón Milagro, provincia del Guayas, planteando demanda de nulidad de sentencia. Su acción la dirige en contra del juez que profirió la decisión pretendida anular, Dionicio Gerardo Jumbo Quezada, de kerly Aline Piedra Arévalo (secretaria judicial) y en contra de Karla Karen Cornejo Narváez, Karla Vanessa y Evanny Alexander Salvatierra Farfán (partes del juicio que provoca la nulidad).
2. En resumen, la accionante relata en su libero que, la sentencia que pretende anular, trata de una decisión de declaratoria de unión de hecho *post mórtem*. En este juicio, la accionante fue la señora Karla Karen Cornejo Narváez, quien adujo haber mantenido convivencia estable con el fallecido señor Ramón Alberto Salvatierra Plúas. Esta demanda se planteó en contra de los hijos y herederos de este último, Karla Vanessa y Evanny Alexander Salvatierra Farfán.
3. En opinión de la ahora accionante, la sentencia de declaratoria de unión de hecho es nula debido a que, no se citó a las adolescentes Dayana Michelle y Vanessa Nicole Salvatierra Tiuma, hijas de la accionante (de este juicio de nulidad) y del señor Ramón Alberto Salvatierra Plúas.
4. Manifiesta que las partes procesales del juicio de declaratoria de unión de hecho, conocían perfectamente de la existencia de sus hijas, pese a esto no se las citó. Tampoco, a los herederos presuntos y desconocidos, como ordena la ley.
5. Adicionalmente, afirma que la sentencia de declaratoria de unión de hecho es nula por cuanto el juez de la causa, declaró el vínculo, sin haberse cumplido con el requisito de dos años para que proceda una unión de hecho.
6. Asimismo, acusa a la sentencia de declaratoria de unión de hecho, por haber dispuesto un asunto ajeno al objeto del juicio. En opinión de la accionante, el juez de la causa, se extralimitó en sus funciones.
7. Sustanciada la causa conforme el trámite ordinario, el juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, dicta sentencia escrita el 26 de julio de 2019, declarando sin lugar la demanda de nulidad de sentencia, con base en el artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos, en el sentido de que, no procede nulidad de una sentencia ya ejecutada.
8. Recurrida esta decisión por la accionante y con la adhesión al recurso de la parte demandada, la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dicta sentencia escrita el 11 de diciembre de 2019, confirmando la decisión del *a quo*. La razón del rechazo, es la misma que la del inferior, esto es, que la acción de nulidad de sentencia no procede en contra de decisiones ya ejecutadas.

b. Actos de sustanciación del recurso

9. Una vez notificada esa decisión, la parte accionante, señora Myriam Marlene Tiuma Flores, por intermedio de su defensa, interpone recurso extraordinario de casación de la sentencia de última instancia.
10. La causa se recibe en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, el 13 de febrero de 2020; mientras que mediante auto de 05 de marzo de 2020; las 09:37, el conjuez competente del estudio del recurso, Milton Modesto Ávila Campoverde, ordena completar el recurso.
11. Cumplido, mediante auto de 28 de mayo de 2020; las 10:31, se admite a trámite el recurso de casación.
12. Mediante sorteo efectuado el 27 de julio de 2020, la causa accede al tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, Pablo Valverde Orellana y la jueza nacional (e) María de los Ángeles Montalvo Escobar.
13. Mediante oficio n.° 85-SG-CNJ-2021, de 03 de febrero de 2021, el presidente subrogante de la Corte Nacional de Justicia, dio por terminado el encargo como juez de esta sala, al doctor Roberto Guzmán Castañeda. En esta virtud, el referido magistrado procedió a devolver las causas pendientes en su despacho, a la secretaría de la Sala.
14. Luego, como consecuencia de la renovación de la Corte Nacional de Justicia, el 08 de marzo de 2021, se realiza nuevo sorteo de la causa, correspondiéndole su estudio y conocimiento a los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, en calidad de ponente, Wilman Gabriel Terán Carrillo y David Isaías Jacho Chicaiza.
15. En auto de 20 de julio de 2022; las 10:27, se convocó a audiencia de argumentación y

contradicción del recurso extraordinario de casación, para el día 15 de agosto de 2022; a las 10:00.

16. En el día y hora señalados, se llevó a cabo la audiencia de casación, la que, culminó con decisión oral, aceptando el recurso extraordinario de casación interpuesto.
17. Por cuanto corresponde emitir la decisión por escrito y debidamente motivada, este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, emite las siguientes consideraciones.

c. Cargos admitidos en contra de la sentencia de apelación

18. El recurso extraordinario de casación ha sido planteado con fundamento en la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, esto es, por *violación indirecta de disposiciones de carácter sustantivo*, como producto de la *infracción directa, de preceptos de valoración de la actividad probatoria*.
19. Acusa infringidas las siguientes disposiciones, por el yerro de falta de aplicación, artículos 158, 161, 162, 164, 258 del Código Orgánico General de Procesos. Finalmente, alega vulneración de los artículos 222 y 223 del Código Civil.
20. En el auto de admisión del recurso de casación, emitido el 28 de mayo de 2020, las 10:31; se acepta el recurso extraordinario, con base en la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. En la admisión se admite únicamente que, la disposición jurídica del artículo 164 *ibídem*, constituye disposición de valoración probatoria.

ii. COMPETENCIA

21. Este tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, que suscribe, es competente para conocer y resolver sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación interpuesto en virtud de la Resolución n.° 03-2021 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.
22. Con base en esa resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Isaías Jacho Chicaiza y Wilman Gabriel Terán Carrillo, han sido debidamente encargados para ejercer esas funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, oficios Nos. 114-P-CNJ-2021 y 112-P-CNJ-2021 de 18 de febrero de 2021, respectivamente.
23. Asimismo, la competencia se encuentra asegurada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República, en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 183.6, 184 y 189.1 Código Orgánico de la Función Judicial.

iii. FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

24. En el día y hora previstos para el diligenciamiento de la audiencia de fundamentación y contradicción del recurso extraordinario de casación interpuesto, el juez nacional ponente, dispuso que, previo dar inicio, se verifique la presencia de las partes procesales.
25. La actuaria de esta Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, constató la presencia de: **(1)** la parte accionante y recurrente, junto con su defensa, el abogado Manuel Calderón Salazar; **(2)**, por la parte demandada, el juez Dionicio Gerardo Jumbo Quezada, representándose a sí mismo; Karla Karen Cornejo Narváez, junto con su defensa, abogado Exy Rivilla Pereira.
26. No comparecieron los codemandados: Karla Vanessa y Evanny Alexander Salvatierra Farfán.

a. Fundamentos del recurso extraordinario de casación

27. La defensa del recurrente, inicia por identificar las partes procesales, la naturaleza y objeto del litigio, la sentencia que reprocha y el tribunal que la emite.
28. La casacionista relata que, pretende se declare la nulidad de la sentencia dictada dentro de la causa de declaratoria de unión de hecho, signada con el número 09202-2017-01126, (causa provocante del juicio de nulidad de sentencia o juicio provocante), debido a que, esta no se encuentra "enmarcada en derecho". Indica que, se ha negado la acción de nulidad de sentencia (presente o esta acción), pues los juzgadores de instancia, han considerado que la sentencia que se pretende anular, se halla ejecutada, ya que, se ha registrado la relación de hecho en el Registro Civil.
29. Manifiesta que el juicio provocante, trata de una declaratoria de unión de hecho (*post mórtem*) incoada por la señora Karla Karen Cornejo Narváez, quien afirmó haber mantenido convivencia con el fallecido Ramón Alberto Salvatierrea Plúas.
30. En opinión de la casacionista, la sentencia dictada dentro del juicio provocante (09202-

2017-01126), es nula y no se dictó conforme a derecho, ya que:

(1) No se encuentra ejecutada; si bien está inscrita la relación de hecho en el Registro Civil, aún no se ha realizado la partición de bienes.

(2) Asimismo, indica que el registro de la unión de hecho se realiza el 18 de abril de 2018, y esta demanda se plantea el 20 de abril de 2018.

(3) Que la sentencia de declaratoria de unión de hecho, se la declara con lugar, pese a que, no se ha cumplido dos años de relación de convivencia entre la accionante de aquel proceso (señora Cornejo Narváez), y el fallecido, que, dicho sea de paso, era conviviente de la ahora demandante. Que la falta del requisito temporal de dos años de convivencia (artículo 222 CC), se colige de los propios fundamentos de hecho de la demanda.

(4) En el juicio de declaratoria de unión de hecho, no se contó con todos/as los herederos/as presuntos y desconocidos del señor Ramón Alberto Salvatierrea Plúas, con quien supuestamente existió relación de convivencia (artículos 56.1 y 58 COGEP). Que la accionante de esa causa, conocía perfectamente la existencia de las hijas de la ahora demandante y del *de cujus* (Salvatierra Plúas), las niñas Dayana Michelle y Vanessa Nicole Salvatierra Tiuma, aun así, no las demandó como herederas.

(5) La sentencia que ahora pretende anular, es *extra petita*, puesto que, además de la declaratoria de unión de hecho, dispone que la accionante de ese juicio, Karla Cornejo Narváez, tiene derecho a los bienes que hubiere adquirido el fallecido Salvatierra Plúas... Que en el periodo que ordena el juez habría derecho a los bienes del causante, este se encontraba ligado por vínculo matrimonial previo.

31. Afirma la recurrente, que los/as codemandados de esta causa (Karla Karen Cornejo Narváez, Karla Vanessa y Evanny Alexander Salvatierra Farfán), conocían la existencia de las niñas Dayana Michelle y Vanessa Nicole Salvatierra Tiuma, quienes son hijas del señor Salvatierra Plúas y de la ahora accionante. Pese a conocer el hecho, la accionante de la unión de hecho cuya sentencia se pretende anular, no citó a las niñas Salvatierra Tiuma.

32. Que la ahora recurrente, señora ***Myriam Marlene Tiuma Flores, planteó demanda de declaratoria de unión de hecho post mórtem que habría mantenido con el fallecido Ramón Alberto Salvatierrea Plúas***. Esta causa signada con el número ***09202-2017-01107***, se presentó el *11 de julio de 2017*, y fue declarada sin lugar. En esta, se accionó en contra de las mismas personas ahora demandadas.

33. Que, la causa ***09202-2017-01126***, trata de la ***acción de declaratoria de unión de hecho post mórtem incoada por Karla Karen Cornejo Narváez, que habría mantenido con el fallecido Ramón Alberto Salvatierra Plúas***, presentada el *14 de julio de 2017*. Esta demanda se plantea solo en contra de Karla Vanessa y Evanny Alexander Salvatierra Farfán, quienes se allanaron con la demanda, y con esto, se aceptó la acción, sin más.

34. Afirma que, en esta última acción, cuya sentencia pretende anular, se planteó solo para obtener beneficios económicos, en perjuicio de los derechos de sus hijas, quienes son legítimas herederas del *de cujus* Salvatierra Plúas.

35. Por otro lado, señala que conforme el artículo 99 del Código Civil, la acción de nulidad de matrimonio, prescribe al cabo de dos años. Por tanto, si las familias originadas por unión de hecho, tienen el mismo trato que las familias originadas por matrimonio; entonces, la presente demanda de nulidad de sentencia que declara la unión de hecho, se encuentra planteada en forma oportuna.

36. Bajo estas consideraciones, acusa al tribunal de apelación, por no valorar la prueba aportada, en debida y adecuada forma. Que el tribunal de alzada, se limita a manifestar que no procede la acción de nulidad de sentencia, habida cuenta, que la decisión pretendida anular ya está ejecutada.

37. Así las cosas, acusa al *ad quem*, por omitir valorar los siguientes medios de prueba debidamente actuados, a saber:

(1) Partidas de nacimiento de Dayana Michelle y Vanessa Nicole Salvatierra Plúas, con las que demuestra que son hijas del suboficial (+) Ramón Alberto Salvatierra Plúas, quienes debían ser citadas al juicio de declaratoria de unión de hecho (cuya nulidad demanda).

(2) Documentación emitida por el ISSFA, con la que acredita que esta institución otorgó

seguro de vida por fallecimiento y otros beneficios, a las hijas del señor Salvatierra Plúas, Evanny Alexander Salvatierra Farfán, Dayana Michelle y Vanessa Nicole Salvatierra Plúas.

(3) Copias certificadas de la demanda de unión de hecho planteada por la misma persona que ahora acciona, señora Myriam Marlene Tiuma Flores, esta fue inadmitida.

(4) Copias certificadas de una nueva demanda de declaratoria de unión de hecho planteada por la misma señora Myriam Marlene Tiuma Flores, que fue declarada sin lugar, porque el *de cujus*, habría inscrito su divorcio el 29 de julio de 2014, y hasta su fallecimiento 14 de junio de 2016, no habría transcurrido el tiempo –dos años- exigido por la ley.

(5) Copias certificadas del juicio de unión de hecho *post mórtem*, incoada por Karla Cornejo Narváez.

(6) Declaración jurada prestada por Edison Carranza Martínez, quien afirma haber mantenido convivencia con Karla Cornejo Narváez, desde el año 1995, hasta el 05 de julio de 2017, procreando tres hijas.

(7) Documento público otorgado por el Municipio de Milagro, respecto un inmueble que pertenecía al *de cujus*, con el que afirma demostrar que no existe partición de bienes, y por tal, la sentencia que declaró la unión de hecho entre Salvatierra Plúas y Cornejo Narváez, no estaría ejecutada.

38. En otro orden de ideas, acusa que ni el tribunal de apelación de esta causa, ni la jueza *a quo*, debieron dar paso a la adhesión al recurso de apelación planteado por la parte demandada, puesto que, no fue fundamentada; en consecuencia, al haber admitido una adhesión al recurso de apelación, sin fundamento, se ha contravenido el inciso cuarto del artículo 258 del Código Orgánico General de Procesos.
39. Que aceptar la adhesión al recurso de apelación, sin que esta haya sido fundamentada, constituye nulidad sustancial, y por tanto, existe motivo de nulidad.

b. Contradicción a los fundamentos del recurso extraordinario

> *Dionicio Gerardo Jumbo Quezada (Juez)*

40. El juzgador que pronunció la sentencia de declaratoria de unión de hecho que ahora se pretende anular, inicia por manifestar que, el recurso de casación es de aquellos extraordinarios, que ataca a la sentencia de última instancia por errores de legalidad.
41. Que el recurso de casación, en la forma planteada, no persigue ese objetivo. Aduce que el recurso de casación planteado, no ha evidenciado vicio alguno de la sentencia bajo reproche.
42. Luego, en forma puntual, manifiesta que de conformidad con el artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos, la acción de nulidad de sentencia, procede en contra de sentencias que no se hayan ejecutado.
43. Que, en el presente juicio, de las pruebas debidamente actuadas se ha demostrado la ejecución de lo resuelto, toda vez que se halla inscrita –en el Registro Civil- la declaratoria de unión de hecho *post mórtem* que ahora se intenta su anulación.
44. Así las cosas, afirma, no existe posibilidad alguna que la presente demanda prospere, pues insiste, según el orden jurídico, esta acción no procede en contra de sentencias ya ejecutadas. Que la ejecución de lo por él resuelto se dio el 18 de abril de 2018, y la acción de nulidad de sentencia se planteó con posterioridad, esto es, el 20 de abril de 2018.
45. En este marco, una vez comprobada la ejecución de la sentencia, no se podían realizar otras valoraciones probatorias, dice el sujeto procesal.
46. Adicionalmente, asegura que las hijas de la accionante, no han sido perjudicadas por la sentencia de declaratoria de unión de hecho. Al contrario; manifiesta que son beneficiaras de los servicios de seguridad social del ISSFA en calidad de hijas del extinto Ramón Alberto Salvatierra Plúas.

> *Codemandada: Karla Karen Cornejo Narváez*

47. La defensa de la codemandada, indica que la sentencia que se pretende anular a través de esta acción, se encuentra en estricto apego al orden jurídico, cita los artículos 168 de la Constitución de la República, 289 del Código Orgánico General de Procesos, 19, 27 y 100 del Código Orgánico de la Función Judicial.
48. Que el recurso de casación, en la forma planteada, no procede, puesto que no ha demostrado vicio formal o legal alguno en contra de la sentencia casada.
49. En lo demás, insiste en el argumento del codemandado, a saber, que la acción de nulidad de sentencia no procede en contra de fallos ejecutados. Así, habiéndose demostrado la ejecución de lo resuelto por parte del juez Jumbo Quezada, esta acción, no tiene cabida alguna.

50. Que la decisión casada, recoge ese precepto jurídico –imposibilidad de anular una sentencia ejecutada-, que ha sido además afianzada por jurisprudencia emitida por la ex Corte Suprema de Justicia, y por la actual Corte Nacional de Justicia.

iv. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

51. Previo determinar la cuestión jurídica como tal, en necesario manifestar que, en el auto de admisión del recurso de casación, emitido el 28 de mayo de 2020, las 10:31; se admite el recurso extraordinario, con base en la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.
52. En este escenario, se ha admitido únicamente que, la disposición jurídica del artículo 164 *ibídem*, constituye disposición de valoración probatoria, por lo que, solo en este marco se definirá la problemática jurídica que plantea el caso.
53. Una vez aclarado esto, por la complejidad que presenta el caso *in examine*, precisa realizar un resumen de la pretensión de fondo en casación.
54. En términos generales, la recurrente plantea las siguientes cuestiones casacionales.
55. Que la sentencia emitida dentro de la causa de declaratoria de unión de hecho *post mórtem*, n. ° 09202-2017-01126, planteada por Karla Cornejo Narváez, es nula debido a que: ***(a)*** no se citó a todos los herederos conocidos; tampoco se citó a los presuntos y desconocidos del señor Salvatierra Plúas (+), con quien supuestamente habría la unión de hecho; ***(b)*** no se cumplió el período de convivencia de dos años que exige la ley; ***(c)*** la sentencia, es *extra petita*, puesto que, no solo declara la existencia de unión de hecho, sino que además, ordena cómo disponer de los bienes del *de cujus*.
56. En este contexto, argumenta la recurrente que, el tribunal *ad quem*, bajo el concepto de que la sentencia que se quiere anular, se halla ejecutada, porque la unión de hecho ya fue inscrita en el Registro Civil, omite valorar las pruebas aportadas al proceso.
57. En su opinión, de haber apreciado todo el acervo probatorio (que acusa omitido), la decisión sería distinta, toda vez que, se habría declarado con lugar la demanda de nulidad de sentencia.
58. En otro orden, sostiene además la recurrente que, si la acción de nulidad de matrimonio prescribe en dos años desde su celebración, considerando que la unión de hecho, tiene el mismo régimen que los matrimonios; entonces, la presente acción se ha planteado dentro de dos años de que trata el artículo 99 del Código Civil.
59. En este contexto, el recurso de casación bajo estudio, presenta la siguiente problemática:
    - En primer lugar, se deberá resolver la acusación respecto la falta de valoración conjunta o total del objeto de prueba.
    - En segundo lugar, se analizará si, el *ad quem*, acierta en su conclusión, esto es, la imposibilidad de anular una decisión judicial ya ejecutada. De esto se sigue: *en tratándose de una sentencia de declaratoria de unión de hecho* ¿cabe la acción de nulidad de sentencia, pese a que, la unión de hecho ya ha sido marginada en el Registro Civil?

v. RESOLUCIÓN MOTIVADA DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

a. Sobre la omisión de valorar toda la prueba aportada en la causa

60. Los argumentos y consideraciones jurídicas relevantes del tribunal de apelación de la Sala Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, son las que a continuación se transcriben:

> [...] VISTOS: La causa sube en grado para resolver el recurso de apelación interpuesto por MIRIAM MARLENE TIUMA FLORES, de la sentencia dictada por el Ab. BASTIDAS VACA EDISON FERNANDO, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Milagro de la Provincia del Guayas, en el proceso de nulidad de sentencia ejecutoriada, de declaratoria de unión de hecho pos mortem, N° 09202-2018-00620, con fecha 12 de julio del 2019, de forma oral, notificada por escrito el 26 del mismo mes y año; interponiéndose el recurso de apelación por la accionante en la misma audiencia, cuya fundamentación fue presentada el 06 de agosto del mismo año; en consecuencia ha sido propuesto dentro del término que franquea la ley; con dicha fundamentación se le corrió traslado a los demandados, quienes contestaron el traslado y fundamentaron su adhesión al recurso, lo que obra de fojas 649 a 657. La sentencia declaró sin lugar la demanda de nulidad de sentencia ejecutoriada, al amparo de lo que establece el Art. 112,

numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos, por encontrase ejecutada la sentencia al momento de presentación de la demanda de nulidad [...] TERCERO-FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO [...] la recurrente señora MIRIAM MARLENE TIUMA FLORES, básicamente manifestó: Que el hecho de que la sentencia dicta en el juicio 09209-2017-01126, en la que se declaró la unión de hecho entre la señora Karla Karen Cornejo Narváez y Ramón Alberto Salvatierra Púas, de la que se demanda la nulidad, haya sido inscrita en el Registro Civil, no significa que se encuentre ejecutada, porque a criterio de la recurrente, no se han partido los bienes dejados por el extinto Salvatierra Púas, entre los herederos. Que ha presentado pruebas que no han sido consideradas [...] D) Finalmente, argumentó que el señor Juez Dionisio Jumbo, extralimitó su resolución y dispuso cuestiones que no se le pidió en la demanda, como el hecho de que la actora KAREN CORNEJO tiene derechos a los bienes adquiridos con su conviviente desde marzo del 2013. E) Por su parte, los demandados […] argumentaron, que antes de entrar a analizar los recaudos procesales se considere el hecho de que la sentencia de la que se demanda la nulidad, se encuentra ejecutoriada y ejecutada, en consecuencia es improcedente la demanda de nulidad, por expresa prohibición del numeral 4 del Art. 112 del Código Orgánico General de Procesos […] CUARTO-ANALISIS DE LOS RECAUDOS PROCESALES [...] 1) De fs. 315 a 319, consta la Demanda de Nulidad de Sentencia Ejecutoriada de declaratoria de unión de hecho; interpuesta por MYRIAM MARLENE TIUMA FLORES, en contra de la sentencia dictada por el Ab. DIONICIO GERARDO JUMBO QUEZADA, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Milagro, en el Juicio de declaratoria de unión de hecho No. 09202-2017-01126, adjuntando documentos que obran de fojas 01 a 224; demanda que fue presentada con fecha viernes 20 de abril del 2018 [...] QUINTO-ARGUMENTACIÓN JURIDICA, ANÁLISIS Y RESOLUCION [...] En el caso que nos ocupa, la actora señora MYRIAM MARLENE TIUMA FLORES, ***ha demostrado que es la progenitora de las adolescentes VANESSA NICOLE Y DAYANA MICHELLE SALVATIERRA TIUMA, las mismas que en sus partidas de nacimiento constan como hijas de SALVATIERRA PLUAS RAMÓN ALBERTO***, fojas 294 -295; es decir, que si tiene legitimación activa para demandar por los derechos de sus hijas. ***También se demostró con las copias certificadas del juicio N° 09202-2017-01126, que la declaratoria de unión de hecho que demando KARLA KAREN CORNEJO NARVAEZ, era con el difunto SALVATIERRA PLUAS RAMÓN ALBERTO, que en sentencia así se declaró, sin que conste en el referido proceso, que se haya demandado y/o citado a MYRIAM MARLENE TIUMA FLORES, por los derechos que representa de sus hijas las adolescentes VANESSA NICOLE Y DAYANA MICHELLE SALVATIERRA TIUMA***; quien comparece a juicio N° 09202-2017-01126 de declaratoria de unión de hecho, mediante escrito de fecha 09 de marzo del 2018, solicitando copias certificadas; que fueron proveídas en providencia del 29 del mismo mes y año, luego de que se diera cumplimiento a lo ordenado en providencia del 20 de marzo del 2018, esto es, justificó ser la progenitora de las adolescentes. ***Sin embargo, la parte demandada, en este juicio de nulidad de sentencia, presentó pruebas que demuestran que la sentencia de la que se demanda la nulidad, no sólo que se había ejecutoriado, sino que ya estaba ejecutada, cuando se presentó la demanda de nulidad de sentencia;*** pruebas que consisten en: A fojas 343, consta documento del Registro Civil, en el que consta la inscripción de la sentencia dictada el 23 de febrero del 2018, en el juicio 09202-2017-01126, por el Juez DIONICIO JUMBO, en la que declara que existió la unión de hecho entre KARLA KAREN CORNEJO NARVAEZ y el difunto SALVATIERRA PLUAS RAMÓN ALBERTO; inscripción que tiene fecha 18 de abril del 2018; También constan de fojas 344 a 345, certificados de defunción y de identidad de SALVATIERRA PLUAS RAMÓN ALBERTO, en el que consta que falleció el 19 de junio del 2016,

que su estado civil es de unión de hecho; como conviviente consta la señora KARLA KAREN CORNEJO NARVAEZ. ***Si confrontamos esta documentación, específicamente, la inscripción de la sentencia de declaratoria de unión de hecho del juicio N° 09202-2017-01126., con la fecha de presentación de la demanda de nulidad de la misma que obra de fojas 315 a 319, en la que consta la fe de presentación que tiene fecha 20 de abril del 2018***, es decir, que ***efectivamente la demanda fue presentada cuando la sentencia de la que se demanda la nulidad, ya se había ejecutado***, lo que se encuadraría en la improcedencia de demandar la nulidad de sentencia por haberse ejecutado, lo que está prescrito en el Art. 112.4 del COGEP [...] ***Existe expresa disposición legal, que impide demandar la nulidad de sentencia ejecutada, y, si de hecho se demanda la nulidad de sentencia ejecutada***; el Juez, se ve impedido de declarar su nulidad; ***salvo que se trate de sentencia de divorcio, en cuyo caso, la ley sustantiva, Art. 120 del Código Civil, expresamente permite la demanda de nulidad de la sentencia, hasta un año posterior a la ejecución de la sentencia***, esté o no ejecutada; que fue una de las alegaciones de la recuente en esta instancia, argumentando que la unión de hecho y el matrimonio se asemejan. Argumentación que para este Tribunal no guarda relación con este caso, pues, *no se trata de una sentencia de terminación de la unión de hecho ni de divorcio, sino de declaratoria de la unión de hecho*. Respecto a lo analizado, esto es, la improcedencia de demandar la nulidad de sentencia ejecutada o mejor digamos el derecho de demandar la nulidad de una sentencia mientras no se haya ejecutado, Existe Jurisprudencia de la Ex Corte Suprema y la actual Corte Nacional de Justica: La ex Corte Suprema y ahora Corte Nacional, a través de unas de sus sentencias, que consta en la gaceta judicial Año XC, Serie XV, nos enseña: "nulidad que puede proponerse como acción por el vencido ante un juez de primera instancia, mientras no se hubiere ejecutado la sentencia; sin que haya lugar a esta acción, si la sentencia ya ha sido ejecutada...". Sentencia que consta en el expediente de Casación 53, Registro Oficial 334, dice: "...contempla expresamente los caso que no procede tal acción, siendo el primero aquel que señala: "si la sentencia ha sido ejecutada" [...] Por último, una cuarta sentencia, en la resolución No. 172-2004, dictada por la Corte Nacional, que dice: ACCIÓN DE NULIDAD DE SENTENCIA EJECUTORIADA: No Procede cuando esta ha sido ejecutada" [...] evidenciándose que la sentencia de la que se pretende su nulidad, ya estaba ejecutada a la fecha de presentación de la demanda, en consecuencia, contraía (sic) el requisito legal para proceder, Art. 112 del Código Orgánico General de Procesos, esto es, que la sentencia no este ejecutada [...] El Tribunal, al verse impedido de dictar una sentencia de fondo; por mayoría de votos, dejó a salvo el derecho de la accionante, de considerarlo pertinente, de acudir a las instancias administrativas y/o judiciales correspondientes. La señora Jueza Marianela Pinargote, en este punto disintió con la mayoría y consideró, que se debía oficiar al consejo de la Judicatura y a la fiscalía. Sin costas ni honorarios que regular[1] (Cursivas y negritas son de este tribunal).

61. Como se puede ver, el tribunal de alzada, aprecia, en lo fundamental, un medio probatorio, que refiere al documento de marginación de la sentencia que declaró la relación de hecho entre la señora Karla Karen Cornejo Narváez y el fallecido Ramón Alberto Salvatierra Plúas.
62. Con esta determinación fáctica, a saber, registro de la sentencia de declaratoria de unión de hecho, el *ad quem*, sin otra valoración probatoria de relevancia para la decisión; y sin más consideración jurídica que la aplicación del artículo 112, penúltimo inciso del Código

[1] Corte Provincial de Justicia del Guayas, Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, folios 31 – 33 del cuaderno de segunda instancia.,

Orgánico General de Procesos, declara sin lugar la demanda de nulidad de sentencia.

63. Manifiesta el *ad quem*, en complemento de lo anterior que, no puede aplicar el artículo 120 del Código Civil, que regula la nulidad de sentencia de divorcio, en el sentido que puede plantearse hasta un año después de ejecutoriada. En concepto del tribunal, esta regla no aplica al *sub júdice*, ya que, *este trata de nulidad de sentencia que declara la unión de hecho; y no, de nulidad de terminación/divorcio de la convivencia*.

64. En definitiva, el tribunal de alzada, niega la presente acción de nulidad de sentencia, habida cuenta que, la decisión pretendida anular, ya se ha ejecutado, hecho que se evidencia, con la prueba documental de registro de la relación de hecho.

65. Como el propio *ad quem* expresa, se trata de una decisión de puro derecho que impide resolver el fondo, habida cuenta que, frente a la ***premisa menor***: sentencia ejecutada, se subsume la ***premisa mayor***: no procede acción de nulidad de sentencia en contra de una decisión ejecutad (artículo 112 COGEP).

66. Pese a esta determinación principal que resuelve el asunto, el juzgador plural, emite otras consideraciones y/o conclusiones aleatorias, como por ejemplo: **(i)** da por probado que, en el juicio de declaratoria de unión de hecho (que provoca esta acción), no se ha contado con las adolescentes VANESSA NICOLE Y DAYANA MICHELLE SALVATIERRA TIUMA, quienes constan como hijas de SALVATIERRA PLUAS RAMÓN ALBERTO; **(ii)** que esta demanda de nulidad de sentencia se plantea el 20 de abril de 2018; **(iii)** que la sentencia de la que se demanda la nulidad, no sólo que se había ejecutoriado, sino que ya estaba ejecutada. La sentencia dictada dentro del juicio 09202-2017-01126, que declaró la unión de hecho entre KARLA KAREN CORNEJO NARVAEZ y el difunto SALVATIERRA PLUAS RAMÓN ALBERTO; se inscribió el 18 de abril del 2018.

67. En conclusión, el *ad quem* considera que la inscripción de la relación de hecho en el Registro Civil, es el acto que evidencia la ejecución de lo resuelto dentro del juicio 09202-2017-01126.

68. Con base en lo expuesto, es evidente que, en la sentencia de última instancia, si bien se valoran algunos elementos probatorios; no es menos cierto que, el único medio de prueba relevante y que sirve para adoptar la decisión, es aquel documento que demuestra la inscripción de la relación de hecho.

69. De manera que, se trata de una decisión de puro derecho; por tanto, siendo coherente con una decisión de este tipo, mal podía el tribunal de alzada, valorar otras pruebas; toda vez que, en estricta lógica, era innecesario analizar otras, si es que, la decisión no es sobre el fondo.

70. Sin que esto, por el momento, implique aceptar el cargo de omitir valorar la prueba en conjunto (infracción del artículo 164 COGEP), este tribunal procede a analizar el segundo problema jurídico planteado, y luego de esto, con miras al resultado de análisis de las dos cuestiones, emitirá su decisión, ya sea, casar o no, la sentencia de 11 de diciembre de 2019; las 11:55 emitida por la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

b. ¿Cabe acción de nulidad de sentencia, pese a que, la unión de hecho ya ha sido marginada en el Registro Civil?

> ***Sobre la acción de nulidad de sentencia***

71. Para iniciar, precisa recordar la naturaleza, fundamento y características de la acción de nulidad de sentencia. Esta, como una acción autónoma, se ha erigido, desde sus inicios, con el propósito de preservar el principio de justicia material, en detrimento de la cosa juzgada; de ahí que, la acción de nulidad de sentencia prevista en el artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos, sea el instituto procesal que, en doctrina, se conoce como la acción autónoma de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.[2]

72. Es decir, la acción de nulidad de sentencia, se ha diseñado para que, determinadas decisiones

[2] Sobre la acción autónoma de nulidad en contra de sentencias ejecutoriadas, véase Joel Melgajero, *¿Cuándo termina el proceso judicial? La cosa juzgada como candado a la finalización del proceso. Acción autónoma de nulidad una llave maestra,* en http://revistacientifica.uaa.edu.py/index.php/juridica/article/view/240/214; Alfonso Chacón Mata, La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el Estado de derecho contemporáneo, Revista Prolegómenos, derechos y valores, p. 169-188, en http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v18n35/v18n35a10.pdf

que han adquirido la calidad de cosa juzgada, puedan ser anuladas, en pos de un valor superior, como lo es, el anhelo de justicia.

73. Si bien es cierto, la necesidad de seguridad, estabilidad y predictibilidad, dicta que las decisiones judiciales que han adquirido calidad de cosa juzgada (formal y material), sean inmutables; no es menos cierto que, en circunstancias específicas, se admite que la calidad de *res iudicata*, se pueda desvanecer debido a la presencia de situaciones fraudulentas.

74. Durante mucho tiempo, se dieron debates antagónicos, por una parte quienes defendían a ultranza la calidad de cosa juzgada e inmutabilidad de lo decidido, incluso pese a una grave injusticia; y por otra, quienes propugnaban por revisar un fallo en cualquier momento, bajo alegaciones genéricas de injusticia, tal y como sucedió en el Tercer Reich en 1941, Por fin, se dio paso a una vía media, cual es, admitir un reproche a la sacralidad de lo decidido judicialmente, debido a circunstancias específicas.

75. De ahí que, en el derecho romano, ya se estableció la posibilidad de revertir una decisión con características de inmutabilidad. Se pueden citar instituciones como la *exceptio doli* o *replicatio doli* y la *restitutio in integrum,* que *"implicaba la posibilidad de discutir una decisión judicial a través de un nuevo proceso, pero en casos excepcionales, como aquellos en los que se probaba la existencia de dolo o violencia, y buscaba volver las cosas al estado anterior a la producción del vicio*"[3]

76. Esta tercera vía: posibilidad de desvanecer la calidad de cosa juzgada material y/o formal, es la que se ha adoptado en diferentes legislaciones procesales, con el fundamento de que, en efecto, confluyen situaciones de abuso del derecho, de extrema injusticia, o de vicios muy graves que corrompen la ley –que es lo que la cosa juzgada y seguridad defienden-, conocidas como fraude procesal o sentencias írritas. Esto sucede en términos de Enrique Véscovi, como producto de la humanización del proceso, habida cuenta que el proceso como tal, constituye un medio, y no el fin mismo de la administración de justicia (artículo 169 CRE).

77. Para Osvaldo Gozaíni, la acción autónoma de nulidad

> [S]e trata [...] de ir contra la cosa juzgada; ***un proceso cualquiera sustanciado y finiquitado que, en algún pasaje de su historia incurre en vicios invalidantes advertidos después de dictada la sentencia. Las nulidades del pronunciamiento radican tanto en errores in iudicando, como en errores in procedendo***, sin descartar los que han malformado la voluntad interna de las partes o del mismo juzgador (revocación de la cosa juzgada por defectos volitivos, o por fraude o colisión con terceros, etc.). ***El objeto de revisión en esta vía no ocupa todos estos espacios, sino aquellos que demuestran vicios sustanciales que obtienen una sentencia consecuencia del fraude o estafa procesal***.[4] (Cursivas y negritas son de este tribunal)

78. En consecuencia, la revisión de una sentencia judicial que ha adquirido efectos de cosa juzgada formal y material (irrevisable e inmutable), a través de una acción autónoma de nulidad, ha de obedecer a situaciones y casos taxativos y extraordinarios, por tanto, su aplicación es limitada y restringida.

79. En la doctrina procesal actual, resulta ampliamente aceptado, que procede la revisión de una sentencia con efecto *res iudicata*, cuando esta, ha sido producto del fraude procesal o, si la decisión se considera írrita.[5]

> El dolo empleado por las partes para disimilar lo verdadero (proceso aparente) y provocar el error judicial (fraude procesal), puede ser unilateral (estafa en el proceso) o bilateral (connivencia dolosa). La sentencia que consiga el estado de cosa juzgada es un producto irregular al haber sido el resultado de una acción que no es propia del debido proceso.

---

[3] Ana Arrarte Arisnabarreta, *Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta,* Revista ius et veritas, Nº 13.

[4] Osvaldo Gozaíni, *El debido proceso en la actualidad*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 2, 2004

[5] Sobre estos aspectos, se puede consultar: Osvaldo Gozaíni, *Revisión de la cosa juzgada (írrita y fraudulenta),* Buenos Aires, Ediar, 2015.

La acción es dolosa porque tiene la intención de engañar obteniendo del artificio o maquinación fraudulenta un beneficio singular. Cuando el sujeto pasivo del engaño es el juez, se debe advertir quien es el generador del vicio. Si es solo una de las partes, el afectado será el magistrado y el contradictor; si fueron ambas partes quienes falsearon el obrar, el proceso será aparente y claramente fraudulento.[6]

80. El fraude procesal consiste en conductas (actos u omisiones) dolosas, ya promovidas por las partes procesales por sí, o, en conjunto con la autoridad judicial. Se puede cometer contra las partes o contra terceros. La gravedad de la sentencia obtenida mediando fraude procesal, es que, por una parte tiene apariencia de legalidad, y por otra, es que, se resguarda bajo la figura de cosa juzgada, dotada de una sacralidad frente a terceros.
81. En términos de la Corte Constitucional de Colombia, el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, *"se predica de un proceso que ha cumplido formalmente con todos los requisitos procesales y que materializa en esencia un negocio fraudulento a través de medios procesales*, *que implica un perjuicio ilícito a terceros y a la comunidad*"[7]
82. En la discusión entre respetar sin miramiento alguno la sacralidad o fatalidad de la cosa juzgada; y, la posibilidad de anular ciertas decisiones judiciales consideradas fraudulentas, se encuentran en tensión, los principios de presunción de la legalidad de lo decidido *vs.*, el de justicia material, Al permitir acción de nulidad de sentencia, se asume que, en determinados casos, vence este último.
83. Otro fundamento para defender la existencia de una acción de autónoma de revisión de la cosa juzgada fraudulenta, radica en que, tanto la Constitución, como la ley, prevén los principios de buena fe y lealtad procesal –en la sustanciación de las causas-, principios oponibles y exigibles tanto a las partes procesales, cuanto a las autoridades jurisdiccionales.[8]
84. Por este motivo, se agrava aún más la situación, si es que la sentencia fraudulentamente dictada, se ha emitido con anuencia de servidores judiciales y/o autoridades jurisdiccionales.
85. De ahí que, sea aplicable el principio o aforismo, *fraus omnia corrumpit*, que significa que, el fraude vicia todo el proceso, o, el fraude todo lo corrompe.

    Estaríamos ante un caso en el que el proceso es usado como instrumento para conseguir un objetivo ilícito, en clara afectación de un tercero, es decir, se pretende -en muchos casos- delinquir con una apariencia de legalidad y transparencia. Bien podría afirmarse que estamos ante un proceso simulado, falso en esencia y en propósito, aun cuando formalmente válido. En estos casos, la obtención de una sentencia que ha adquirido la calidad de cosa juzgada, no es más que el sello de legalidad para legitimar una conducta dolosa. En este supuesto, la nulidad de la sentencia definitiva, implicará necesariamente afectar la validez y eficacia de todo el proceso.[9]
86. Las características de la acción de nulidad que afecta la cosa juzgada, se pueden resumir así: **(a)** *es un remedio excepcional*, que refiere a causas específicas y taxativamente determinadas; **(b)** *residual*, no puede ser activada si es que existen recursos o medios distintos para anular o revocar la decisión; **(c)** es *extraordinario*, debido a que, afecta la cosa juzgada, solo puede ser activada en casos que la decisión se haya obtenido por real fraude o dolo. Debido a esto, de encontrarse duda respecto si la decisión o proceso fueron o no dolosos o fraudulentos, se deberá decidir por no anularlos, de esta forma, se respeta el principio *in favor procesum*; y, finalmente, **(d)** de *extensión limitada*, esto es, que la decisión de anulación alcanzará a los actos viciados por el fraude y no otros.
87. De otro lado, y como requisitos de procedencia de la acción autónoma de nulidad se sentencia, se tiene: **(1)** que la decisión pretendida anular

[6] Osvaldo Gozaíni, *Revisión de la cosa juzgada (írrita y fraudulenta)*, Buenos Aires, Ediar, 2015, p. 223.
[7] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-218 de 2012, SU- 627 de 2015
[8] Ver artículos 11.9, 83, 172 CRE; 160, 170, 173, 284 COGEP; 26, 330.2, 335.9 COFJ
[9] Ana Arrarte Arisnabarreta, op. cit., p. 174.

sea ejecutoriada; **(2)** que el fallo se haya obtenido como producto de fraude procesal; **(3)** que la parte accionante, sea la perjudicada por el fallo fraudulento; **(4)** que la demanda se interponga dentro del plazo previsto.

88. Sobre este último presupuesto (plazo),: inicio del proceso autónomo de nulidad dentro del plazo previsto en la ley; corresponde decir que, por lo general, se acepta que la acción de nulidad, se ha de presentar dentro de un plazo razonable, desde la emisión del fallo fraudulento, se haya este ejecutado o no. Este plazo razonable, hace relación a los hechos, efectos o consecuencias que haya producido desde que fue emitido, hasta que se demande su nulidad.

89. Sobre cuál se consideraría como un plazo razonable para interponer la acción de nulidad, se dice que este dependerá de las circunstancias de cada caso concreto; debiendo prevalecer la inmediatez. Por ejemplo, *el Código de Procedimiento Civil de Perú, establece que la acción de nulidad se puede presentar hasta dentro de seis meses de ejecutada la decisión*.[10]

90. En Colombia, las acciones de tutela (acciones de carácter constitucional) presentadas en contra de providencias judiciales bajo la alegación de cosa juzgada fraudulenta, no tienen perfectamente determinado el plazo a considerar oportuno para accionar. Al respecto, la magistratura constitucional de ese país, ha manifestado que se debe presentar con inmediatez, dentro de un plazo oportuno, justo y razonable; por supuesto, estos parámetros deberán ser revisados dentro de un caso concreto por la autoridad jurisdiccional.

    La definición acerca de cuál es el término "razonable", que debe mediar entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela, no ha sido pacífica en la jurisprudencia. ***Por tal razón, de manera abstracta y previa, este solo puede catalogarse como prima facie, pues su valoración concreta está sujeta a las circunstancias específicas del caso, a las condiciones del tutelante*** (en especial a su situación de vulnerabilidad), a los intereses jurídicos creados a favor de terceros por la actuación que se cuestiona y a la jurisprudencia constitucional en casos análogos.

    La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática en afirmar que la acción de tutela debe presentarse dentro de un término *oportuno, justo y razonable*. ***En efecto, ha advertido que en algunos casos el plazo de 6 meses puede ser un término razonable y que, en otros eventos, 2 años puede ser el plazo límite para su ejercicio***. Ciertamente, la sentencia SU-439 de 2017 reiteró el precedente señalado en la sentencia SU-961 de 1999, según el cual el término prudencial de interposición de la tutela implica: *"cierta proximidad y consecuencia de los hechos que se dicen violatorios de derechos fundamentales, pues es claro que la solicitud de amparo pierde su sentido y su razón de ser como mecanismo excepcional y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa la inminencia y necesidad de protección constitucional*"[11] (Cursivas y negritas son de este tribunal).

91. Es decir, en las legislaciones u órdenes jurídicos de Perú y Colombia, se acepta la acción autónoma en contra de sentencias con calidad de cosa juzgada fraudulenta, planteada dentro de un plazo razonable, pese a que, esta haya sido ejecutada.

---

[10] **El artículo 178 del Código Procesal Peruano**, prevé *"Artículo 178.- Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta.- Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por éste y aquellas. Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título. En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles. Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso. Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal".*

[11] Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-073/19

92. En nuestro país, el artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos, prevé:
Art. 112.- Nulidad de sentencia. La sentencia ejecutoriada que pone fin al proceso es nula en los siguientes casos:
1. Por falta de jurisdicción o competencia de la o del juzgador que la dictó, salvo que estas se hayan planteado y resuelto como excepciones previas.
2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, salvo que esta se haya planteado y resuelto como excepción previa.
3. Por no haberse citado con la demanda a la o el demandado si este no compareció al proceso.
4. Por no haberse notificado a las partes la convocatoria a las audiencias o la sentencia, siempre y cuando la parte no haya comparecido a la respectiva audiencia o no se haya interpuesto recurso alguno a la sentencia.
Las nulidades comprendidas en este artículo podrán demandarse ante la o el juzgador de primera instancia de la misma materia de aquel que dictó sentencia, mientras esta no haya sido ejecutada. No podrán ser conocidas por la o el juzgador que las dictó. La presentación de la demanda de nulidad no impide que se continúe con la ejecución.
La nulidad de la sentencia no podrá demandarse cuando haya sido expedida por las salas de la Corte Nacional de Justicia y se dejará a salvo las acciones que franquee la Constitución de la República.

93. En los numerales 1, 2, 3 y 4, de la disposición en cita, constan los motivos específicos y por los cuales se faculta demandar la nulidad de una sentencia ejecutoriada. Luego, se establece la competencia de esta acción, a saber, ante la o el juzgador de primer nivel de la materia de quien dictó sentencia, y nunca ante este.

94. Se establece además que, la demanda de nulidad de sentencia, no impide su ejecución. No cabe acción de nulidad en contra de decisiones emitidas por la Corte Nacional de Justicia.

95. Finalmente, el legislador ha previsto que se presentará la demanda de nulidad de sentencia, mientras esta no haya sido ejecutada. Esta sería la regla general.

96. Ahora bien, como apunta la casacionista, conforme el artículo 99 del Código Civil, la acción de nulidad de matrimonio, prescribe en dos años, ya desde su celebración; ya desde que se tuvo conocimiento de la causa, o, desde que pueda ejercerse la acción.

97. Los artículos 67 y 68 de la Constitución de la República del Ecuador, prevén que, el Estado ecuatoriano reconoce a la familia en sus diversos tipos; que la unión de hecho, merecerá no solo protección jurídica, sino que, su régimen es igual al de los matrimonios.

98. En tratándose de sentencias que declaran la existencia de una unión de hecho, este sería, el símil, o el igual, a la celebración del matrimonio; por tanto, en cumplimiento de los artículos 68 de la Constitución de la República y 99 del Código Civil, se podría seguir acción de nulidad hasta dos años después.

99. El dilema o la complejidad que presenta el caso es que, ***se demanda la nulidad de sentencia***, y el órgano jurisdiccional, la niega, por cuanto considera ejecutada la decisión con la marginación en el Registro Civil; mas, no se detiene a analizar o reflexionar que, la sentencia de declaratoria de unión de hecho, puede considerarse como el acto de celebración o inicio de la relación de pareja estable, y por tanto, se debía preguntar, si contra este, *cabe* ***acción de nulidad de celebración de unión de hecho*** en los términos del artículo 99 del Código Civil.

100. Es decir, en el presente caso, se da una suerte de fusión entre, acción de nulidad de sentencia y acción de nulidad de unión de hecho, puesto que, como se explicó, la sentencia que se pretende anular, se convierte en el acto que, determina la <<*celebración*>> de la relación estable de pareja.

c. Pruebas y hechos demostrados

101. Bajo las consideraciones expuestas, este tribunal procederá revisar si es que, existen los presupuestos necesarios para afirmar si la decisión pretendida anular, se puede calificar de fraudulenta.

102. Para esto, se deberá remitir a la prueba aportada a la causa, y que, habiéndose dictado sentencia de puro derecho, fue omitida. Por tanto, se hace estrictamente necesario revisar la prueba actuada, tanto más que, en el marco de la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, se acusa la omisión de valoración conjunta de la prueba.

103. Tanto de la sentencia bajo análisis casacional, cuanto de los medios probatorios (no analizados por el *ad quem*), se tienen los siguientes hechos demostrados:
   - La ahora casacionista, señora Myriam Marlene Tiuma Flores, presentó demanda de declaratoria de unión de hecho *post mórtem*, que afirmó haber mantenido con el fallecido señor Ramón Salvatierra Plúas, el ***11 de julio de 2017***, causa radicada con el n.º ***09202-2017-01107***.
   - Esta demanda se presenta en contra de los hijos del fallecido Ramón Salvatierra, KARLA VANESSA y EVANNY ALEXANDER SALVATIERRA FARFAN***, y en contra de los herederos presuntos y desconocidos del de cujus, Ramón Salvatierra***.[12]
   - En el libelo de demanda, se da cuenta que la accionante y el *de cujus*, han procreado dos hijas, VANESSA NICOLE Y DAYANA MICHELLE SALVATIERRA TIUMA, de 12 y 11 años de edad a esa fecha.
   - En dos instancias, se negó la acción. El fundamento central de la decisión de primer nivel –ratificado en segunda- dictada el 11 de enero de 2018, fue:

[...] la inscripción de matrimonio de RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS con la señora ELIZABETH DEL CISNE FARFAN ALVARADO ***donde se evidencia que la sentencia de divorcio fue inscrita en Milagro el 29 de julio del 2014***. La sentencia de divorcio surte efectos desde esa fecha; ***falleciendo el señor RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS el 19 de junio del 2016***, ***por lo tanto han transcurrido 1 año diez meses 21 días. Impidiendo que la suscrita Jueza forme su convicción sobre el tiempo que dice la actora, ha durado la unión de hecho que pretende alcanzar por esta acción, además no ha probado que han formado una unión estable permanente y monogámica por cuanto trabajo en diferentes repartos militares***. De conformidad con el Art. 164 del COGEP, y en concordancia a lo dispuesto en el Art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial "Principio De La Verdad Procesal. La suscrita jueza valorada en conjunto las pruebas producidas por las partes en la audiencia de juicio, con sujeción a la sana crítica, como reglas del correcto entendimiento humano, y arriba a la conclusión de que la actora ***MYRIAN MARLENE TIUMA FLORES no ha podido probar que ha mantenido 2 años 7 meses 28 días de unión de hecho estable y monogámica con el fallecido RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS*** [...][13]

   - La señora Karla Cornejo Narváez (ahora demandada), presentó acción de declaratoria de unión de hecho que afirma haber mantenido con el señor Ramón Salvatierra Plúas, el 14 de julio de 2017; es decir, tres días después de la demanda presentada por Myriam Tiuma. Esta causa se radica con el n. ° ***09202-2017-01126***, que se declaró con lugar mediante sentencia de 23 de febrero de 2018.
   - Esta demanda se presenta únicamente en contra de KARLA VANESSA y EVANNY ALEXANDER SALVATIERRA FARFAN.
   - En los fundamentos de la demanda, la accionante Cornejo Narváez, manifiesta: "[...] ***desde agosto de 2014, hasta junio 2016*** mantuve relación libre y monogamia con el señor RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS [...]"[14] (Cursivas y negritas son de este tribunal).
   - Luego de disponer aclaratoria de la demanda, la accionante, manifiesta: "la fecha de unión de hecho con el señor RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS (+) fue el día viernes 1 de agosto de 2014 [...]"[15]
   - En la sentencia estimatoria de la acción (que ahora se pretende anular), dictada el 23 de agosto de 2018, se puede leer:

VISTOS: A fs. 21 a 23 de los autos y con fecha 14/07/2017 comparece la Sra. KARLA KAREN CORNEJO NARVAEZ [...] presentando DEMANDA

[12] Copia certificada de demanda, folios 21 – 23 del cuaderno de primera instancia.
[13] Sentencia de primera instancia dictada dentro del proceso 09202-2017-01107, de 11 de enero de 2018; folios 140 del cuaderno de primera instancia.
[14] Demanda de declaratoria de unión de hecho presentada por Karla Karen Cornejo Narváez, folios 225 – 227 del cuaderno de primera instancia.
[15] Escrito de aclaración de la demanda, folios 231 del cuaderno de primera instancia.

DE DECLARATORIA DE EXISTENCIA DE UNIÓN DE HECHO en forma post-morten con quien fuera su conviviente RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS, fallecido en la Cabecera Cantonal de San Jacinto de Yaguachi el día 19 de junio de 2016 [...] sin que hayan legalizado su unión libre; habiendo vivido juntos ***desde antes del 29 de julio de 2014 en que se margina la sentencia de divorcio del conviviente fallecido*** [...] no procrearon hijos comunes, ***pero que él si dejó hijos que ella conoce***, de su ex cónyuge, llamados: EVANNY ALEXANDER Y KARLA VANESSA SALVATIERRA FARFAN, mayores de edad [...] a quienes demanda conjuntamente como legítimos contradictores [...] Señala como pretensión concreta que: en lo principal es su deseo, que en sentencia se declare la existencia de la unión marital de hecho que mantuvo con su conviviente RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS, fallecido a los 49 años de edad, en estado civil divorciado [...] Los dos hermanos demandados han comparecido a juicio [...] en lo medular se allanan a la demanda; en tanto que el Registro Civil comparece por intermedio de la Coordinadora Zonal 5 con sede en Milagro en representación legal de dicha Institución Pública, como legítima contradictora [...] SEGUNDO.- Que no se ha omitido solemnidad sustancial alguna, ni violación de trámite especial que vicie de nulidad el proceso, por lo que se lo declara válido lo actuado conforme el Art. 294 Nº 2 del COGEP [...] ha justificado ***el deceso de su conviviente*** RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS, ocurrido en la Cabecera Cantonal de San Jacinto de Yaguachi, Provincia del Guayas, ***el día 19 de junio de 2016*** [...] La parte demandada conformada por los dos hermanos carnales EVANNY ALEXANDER Y KARLA VANESSA SALVATIERRA FARFAN, mayores de edad, hijos de un compromiso anterior del difunto, coinciden en manifestar que se allanan a la demanda sin condiciones, y solicitan que se acepte la misma y se declare la existencia de unión de hecho [...] [e]l Registro Civil, Identificación y Cedulación, manifiesta que no se opone a la demanda ni tiene nada que objetar [...] por lo que en aplicación de lo dispuesto en el Art. 294 Nº 4 del COGEP, en concordancia con los Arts. 163 N° 1 y 183 del COGEP, ante el expreso allanamiento de los demandados, se pone fin al proceso, ***siendo innecesario la práctica y producción de más pruebas que el solo allanamiento de la parte accionada***.- Con estos antecedentes, el Abg. MSc. Dionicio Jumbo Quezada, Juez titular de uno de los despachos de la Unidad Judicial especializada en familia, mujer, niñez y adolescencia, del Cantón Milagro, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", RESUELVE: Declarar con lugar la presente demanda y consecuentemente, la existencia de una unión libre, estable y monogámica entre la peticionaria actora Sra. KARLA KAREN CORNEJO NARVAEZ [...] con su conviviente Sr. RAMON ALBERTO SALVATIERRA PLUAS [...] de conformidad con lo dispuesto en los incisos 1º de los Arts. 67 y 68 de la Constitución vigente, con los que concuerdan los Arts. 222 al 232 del Código Civil sobre el conviviente sobreviviente; lo que se asimila a las reglas de la conyuge viuda; y por consiguiente se reconoce la formación y existencia de una sociedad de bienes [...] Decisión judicial que le da derecho a la actora a percibir la parte proporcional de los bienes que hubiere adquirido con su nombrado ***conviviente desde el 5 de marzo de 2013***, ***luego que se ha inscrito la sentencia de disolución de sociedad conyugal del causante, incluso antes del divorcio***, así como en los valores, beneficios y demás subsidios que genere el causahabiente a raíz de su deceso, en especial como miembro activo de las Fuerzas Armadas del Ecuador, Fuerza Terrestre, en el grado de Sub Oficial Segundo.- Ejecutoriada esta sentencia, Notifíquese mediante OFÍCIO al Delegado Cantonal en Milagro del Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador, por ser el último domicilio del causante e incluso el actual de la actora, para que la inscriba y registre en el libro correspondiente conforme el Art. 10 Nº 14 en concordancia con los Arts. 61

y 63 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, debiendo la interesada colaborar para el efecto; luego se le podrá proporcionar las copias certificadas de la sentencia inscrita para fines y efectos legales [...][16]

- El 06 de marzo de 2018, se sienta razón de ejecutoria de esa decisión (fs. 283).
- Partidas de nacimiento de VANESSA NICOLE Y DAYANA MICHELLE SALVATIERRA TIUMA, hijas de Ramón Alberto Salvatierra Plúas y Myriam Marlene Tiuma Flores, nacidas el 07 de diciembre de 2006 y 17 de febrero de 2005, respectivamente (fs. 3 y 4, 294 y 295).
- De folios 496, ss. consta un proceso de denuncia por lesiones incoada por Evanny Alexander Salvatierra Farfán, en contra de Myriam Marlene Tiuma Flores. La denunciante, manifiesta que la denunciada, es madre de sus hermanas Vanessa Nicole y Dayanna Michelle Salvatierra Plúas (fs. 507).
- En este proceso, ha comparecido a rendir su versión la señora Karla Cornejo Narváez.
- Existe denuncia, por los mismos hechos, pero alterando las partes, esto es, la denunciante es Myriam Marlene Tiuma Flores en contra de Evanny Alexander Salvatierra Farfán.
- De folios 496, consta denuncia de lesiones presentada por Myriam Marlene Tiuma Flores, presentada en contra de Evanny Alexander Salvatierra Farfán.
- Estas actuaciones se han producido en el año 2018.
- Acuerdo 0162031 de concesión del seguro vida del ISSFA a las hijas de la ahora accionante Vanessa Nicole y Dayanna Michelle Salvatierra Plúas y Evanny Alexander Salvatierra Farfán, como herederas de Ramón Alberto Salvaierra Plúas de fecha 29 de septiembre de 2015 (fs. 307).
- Acuerdo 0162025 ISSFA de concesión de pensión inicial de montepío militar a las hijas de la ahora accionante Vanessa Nicole y Dayanna Michelle Salvatierra Plúas y Evanny Alexander Salvatierra Farfán, como herederas de Ramón Alberto Salvaierra Plúas de fecha 29 de septiembre de 2015 (fs. 308).
- Acuerdo 0162034 ISSFA de concesión del seguro de cesantía a las hijas de la ahora accionante Vanessa Nicole y Dayanna Michelle Salvatierra Plúas, Karla Vanessa y Evanny Alexander Salvatierra Farfán, como herederas de Ramón Alberto Salvaierra Plúas de fecha 29 de septiembre de 2015 (fs. 311)
- Marginación de divorcio de Ramón Salvatierra Plúas, de fecha 29 de julio de 2014
- Ramón Salvatierra Plúas, fallece el 19 de junio de 2016 (fs. 74)
- La demanda de nulidad de sentencia se presentó a los pocos días (20 de abril de 2018) de emitida la sentencia y los pocos días de ejecutada (18 de abril de 2018), por lo que, se considera un plazo oportuno, justo y razonable.

d. Razonamiento probatorio y conclusiones

104. Como se puede apreciar, existe un entramado de realidad complejo, puesto que, tanto la señora Myriam Tiuma, como la señora Karla Cornejo, adujeron haber mantenido relación de hecho con el señor Ramón Salvatierra Plúas.

105. Ahora bien, de los medios de prueba que se acaban de relatar, resulta altamente probable que, la señora Karla Cornejo Narváez, (accionante del juicio de unión de hecho), conozca de la existencia de las hijas de quien aduce es su conviviente, con la señora Tiuma Flores, las adolescentes Dayana Michelle y Vanessa Nicole Salvatierra Tiuma. Si es que, una persona tiene relación de hecho (estable, monógama, de larga data) y con proyecto de vida común con otra persona, resulta extraño o poco probable que, se desconozca la descendencia de cada uno de ellos.

106. Asociado a esto, no puede perderse de vista que, la señora Tiuma Flores, demandó la unión de hecho, antes que la demanda de unión de hecho planteada por Karla Cornejo Narváez. En aquella demanda, consta con claridad la existencia de sus hijas.

107. Las hijas Dayana Michelle y Vanessa Nicole Salvatierra Tiuma, han sido acreedoras junto

[16] Sentencia dictada dentro del juicio 09202-2017-01107, el 23 febrero de 2018, folios 280 del cuaderno de primera instancia.

con sus medias hermanas, de varios derechos de seguridad social (ISSFA) de su extinto padre.

108. Adicionalmente, existe documentación que con claridad demuestra que los demandados de la unión de hecho dentro del juicio 09202-2017-01126 (que ahora se quiere anular), sabían de la existencia de sus hermanas.

109. En este marco, resulta, insistimos, poco o reducidamente probable que, la señora Karla Cornejo Narváez, desconozca de la existencia de las hijas de la persona con quien ella afirma, fue su pareja estable y monógama.

110. Lo expuesto guarda íntima relación con el hecho de que, la demandante, Karla Cornejo Narváez, en el proceso de declaratoria de unión de hecho 09202-2017-01126 ha omitido accionar en contra de las hijas de su <<*cónyuge*>>.

111. Nótese que las demandas en contra de personas fallecidas, deben ser presentadas en contra de los herederos conocidos*, y en contra de los herederos presuntos y desconocidos*, debiendo ser estos citados por la prensa.[17]

112. El control de la correcta conformación de las partes procesales, le compete a la autoridad jurisdiccional; mas, en el presente caso, el juez competente de la causa 09202-2017-01126, no ordena citar a los herederos presuntos y desconocidos de Ramón Salvatierra Plúas.

113. Incluso, de considerar –lo improbable- que la accionante, Cornejo Narváez, desconocía la existencia de las hijas de su pareja estable, se debía demandar a los herederos presuntos y desconocidos de su difunto cónyuge.

114. Y, sin conformarse la parte demandada en forma correcta, se dictó sentencia estimatoria, que ahora se pretende anular.

115. De modo que, desde un punto de vista procedimental, se verifica la causa 3 del artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos, por la cual, la sentencia ejecutoriada que pone fin al proceso es nula, si es que, no se ha citado con la demanda a los demandados.

116. Sumado a lo anterior, existen otros aspectos gravísimos que afectan ya no la parte adjetiva del proceso 09202-2017-01126, sino además, la parte sustancial o de fondo, como se pasa a explicar.

117. Como se vio en el acápite anterior, la demandante de la declaratoria de unión de hecho, Karla Cornejo Narváez, en su libelo inicial, afirma que su convivencia con el difunto Salvatierra Plúas, ***se ha dado desde agosto 2014, hasta junio de 2016***. En la aclaración de la demanda, dice que, ***desde 01 de agosto de 2014, hasta junio de 2016***.

118. Los artículos 68 de la Constitución de la República del Ecuador, y 222 del Código Civil, entre otros requisitos para la declaratoria de unión de hecho, exigen que, la relación estable y monogámica, sea de por lo menos dos años.

119. En el caso de la acción de unión de hecho presentada por Cornejo Narváez, desde su demanda, evidencia que esta relación no tiene dos años. En su propio libelo, manifiesta que la relación se dio desde agosto de 2014, hasta junio 2016; es decir un año y diez meses, por tanto, no existen dos años.

120. Para la declaratoria de unión de hecho, los requisitos de esta, son indisponibles para la o el juzgador; a falta de un requisito, debidamente analizado, la acción debe ser desestimada.

121. Mas, en el presente caso, la sentencia de 23 de febrero de 2018, pese a que, ni la demandante alegó tener dos años de convivencia, acepta la acción de declaratoria de unión de hecho.

122. Tan palmario es el error fáctico, y de tal grosería que, en la sentencia de 23 de febrero de 2018; las 12:48, el juzgador no determina el tiempo o la fecha precisa de inicio de la relación de convivencia; lo cual, como se dijo, es requisito trascendental de la relación de pareja estable, pues de esto dependen las consecuencias jurídicas respecto el derecho de familia, estado civil, y de patrimonio.

123. En igual sentido, de defecto grosero y grave, deviene el hecho de que, el juez Dionisio Jumbo Quezada, en la sentencia referida, sin haber determinado la fecha de inicio de la relación de hecho, y que ***según la accionante sería desde agosto de 2014***, sin cumplir dos años de relación hasta julio 2016, decida, que, la señora Cornejo Narváez tiene derecho ***a recibir su cuota patrimonial producto de la relación, desde el año 2013***.

[17] Ver artículos 58, 68.1 COGEP.

124. Es decir, no solo que no existe requisito *sine qua non* para dar por cierta la relación de hecho; sino que, además, retrotrae la formación de sociedad de bienes, a una fecha no alegada en la demanda ni en la aclaratoria de esta.
125. Como si fuera poco, desvirtúa por completo la naturaleza de la acción de unión de hecho, puesto que, en esta, nada se discute el asunto de bienes sociales, ni su inventario, y menos su partición, tornándose en una decisión extralimitada.
126. Con base en el análisis expuesto, se concluye que, por el fondo, la sentencia de declaratoria de unión de hecho dentro del proceso 09202-2022-01126, es abiertamente contraria a la Constitución y la ley; ya que, se estima la demanda sin cumplir los requisitos básicos y elementales de procedencia y formación de una relación estable de pareja. Y, además, se ha ordenado algo que no se solicitó; diciéndose un hecho que no sucedió en ese tiempo.
127. Finalmente, no es menos importante manifestar que, otro fundamento para admitir la demanda de unión de hecho, es que, los únicos herederos que comparecieron a juicio, se allanaron a la demanda.
128. Sobre el allanamiento ineficaz, el artículo 242 del Código Orgánico General de Procesos, prevé:

Art. 242.- Ineficacia del allanamiento. El allanamiento será ineficaz:

1. Cuando la o el demandado sea incapaz, excepto cuando se trate del allanamiento de personas jurídicas.

2. Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes.

3. Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por medio de la declaración de parte.

4. Cuando la sentencia deba producir efecto de cosa juzgada con respecto a terceros.

129. El juez de la causa, previo admitir el allanamiento, debió cerciorarse que este no contravenga la disposición legal que se acaba de citar.
130. En el presente caso, se trata de un derecho de protección familia, y de estado civil, por tanto, es indisponible para terceros.
131. Luego, los presupuestos de procedencia de la acción de declaratoria de unión de hecho, como temporalidad, convivencia común, auxilio mutuo, aptitud legal, son de necesaria demostración probatoria, por tanto, mal podía el allanamiento suplir esas exigencias o estándares de prueba.
132. Finalmente, como consecuencia de no haber citado con la demanda a la parte demandada en forma correcta, la sentencia produce efectos contra terceros; en consecuencia, tampoco procedía el allanamiento.
133. Como corolario, el allanamiento prestado por los únicos herederos demandados en el juicio de declaratoria de unión de hecho 09202-2017-01126, era absolutamente ineficaz, pues incurre en las causas 2, 3, 4 del Código adjetivo.
134. Como se puede ver, y con el análisis expuesto, se evidencia que la sentencia emitida dentro de la causa 09202-2017-01126, es palmariamente contraria a la Constitución y la ley, ya desde el procedimiento hasta los requisitos de procedencia de fondo.
135. Son de tal envergadura los errores que provocan las partes, como los actos del juez, que con sus actuaciones y omisiones termina por validar un proceso defectuoso, inconstitucional e ilegal. La decisión emitida en una causa así sustanciada y resuelta, raya en lo injusto, y con esto, se evidencia el fraude procesal.
136. No citar con la demanda a quienes se conoce y que eran los legítimos contradictores, dictar decisión sin cumplir los requisitos de procedencia, aceptar un allanamiento ineficaz y dictar una orden extralimitada ajena al objeto y naturaleza del litigio, evidencia la mala fe y deslealtad procesal, el abuso de la ley, usar esta para el injusto antes que para los valores y pretensiones constitucionales.
137. La obtención de una sentencia así pronunciada, evidencia una situación fraudulenta que la administración de justicia no puede ratificar ni avalar bajo el simple argumento de que, la sentencia de declaratoria de unión de hecho ya se inscribió.
138. La interpretación de las disposiciones jurídicas no puede ser aislada, literal y ciega a los hechos y las circunstancias de cada caso concreto.
139. De ser así, bajo la única lectura del artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos, se ratificaría la decisión ahora revisada; mas, desde una interpretación y lectura integral de las disposiciones jurídicas, y en el intento de cumplir con el objetivo del procedimiento

como medio; este tribunal considera que, la decisión de 23 de febrero de 2018, es producto de una actuación fraudulenta y en franca contravención y abuso de la ley y la constitución.

140. Es tan burda e injusta la decisión de declaratoria de unión de hecho emitida dentro del proceso 09202-2017-01126, que cabe la aplicación del artículo 99 del Código Civil, por la cual, la celebración del matrimonio, puede ser anulado hasta dos años después de su celebración, o desde que se tuvo conocimiento de la causa que lo vicia.

141. En el marco de lo expuesto, se determina que, el ad quem, en efecto, omitió valorar en forma conjunta y total los medios probatorios actuados en la causa. Como se explicó, si bien este defecto, sería razonable pues la decisión de alzada fue de puro derecho; no es menos cierto que, existen elementos de peso que obligaban al ad quem realizar un ejercicio interpretativo, analítico y de apreciación de mayor profundidad, pues como se acaba de demostrar, la decisión pretendida anular, adolece de cosa juzgada fraudulenta.

142. De manera que, se verifica la infracción del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, y como consecuencia, han resultado infringidas las disposiciones de los artículos 58 ibídem, 222 del Código Civil y 68 de la Constitución de la República del Ecuador.

vi. DECISIÓN EN SENTENCIA

143. Por las consideraciones que se acaban de exponer, 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 LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA",** casa la resolución que fuera dictada por la Sala de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 11 de diciembre de 2019; las 11:55.

144. En su lugar, se declara la nulidad de la sentencia dictada el 23 de febrero de 2018; las 12:48, dentro del proceso de declaratoria de unión de hecho n. ° 09202-2017-01107, emitida por el juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia de Milagro, provincia del Guayas, por haber sido emitida como producto de fraude a la ley.

145. En consecuencia, esa decisión judicial no podrá surtir efecto alguno. Los efectos que se hayan alcanzado, serán nulos. **Notifíquese.**

f) Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ (E) NACIONAL (PONENTE); Dr. David Isaías Jacho Chicaiza, JUEZ (E) NACIONAL; Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo, JUEZ (E) NACIONAL.

II

Juicio Nro. *04334-2020-00057*
Resolución Nro. *191-2022*
Fecha: *7 de octubre del 2022, las 11h18*

TEMA: Liquidación y partición del acervo de la sociedad conyugal.

ASUNTO

La actora presenta demanda de partición de bienes de la extinta sociedad conyugal que formó con su ex cónyuge, pues del juicio de inventario constan dos bienes de la sociedad conyugal: un vehículo marca KIA y un seguro de cesantía entregado al demandado por haber sido miembro de las Fuerzas Armadas.

En el presente caso se analiza cuál es el acervo de la extinta sociedad conyugal que debe ser considerado en la liquidación y partición.

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Montúfar señala que mediante sentencia ejecutoriada, emitida en el juicio de inventario, ya consta el inventario y avalúo de los dos bienes de la sociedad conyugal formada por los ex cónyuges y que se determina que no existe constancia de que la actora se haya beneficiado de la cesantía, ni tampoco que el demandado haya gastado ese dinero en beneficio de la sociedad conyugal, conforme lo alegó.

En razón de lo expuesto, el juez resuelve aceptar la demanda y procede a la partición de los bienes constantes en el inventario, como resultado de la extinta sociedad conyugal, de la siguiente forma: al demandado se le adjudica el vehículo marca KIA y el 50% del seguro de cesantía; y, a la actora, para compensar la masa partible de activos realizada a su ex cónyuge, le corresponde recibir en dinero en efectivo el 50% que tiene derecho la señora en el vehículo marca KIA y el porcentaje del 50% del seguro de cesantía.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi analiza las alegaciones del demandado en su recurso de apelación, que se centran en indicar que en la sentencia no se especifica lo que se aceptó y lo que se negó y, además, que no puede ser objeto de partición los dineros producto de la cesantía, toda vez que el perito no pudo constatar en forma física su existencia.

Al respecto, el tribunal señala que el juez que conoció el juicio de inventario determinó que el inventario de bienes de la sociedad conyugal estaba conformado por el vehículo marca KIA y un seguro de cesantía, por lo que la sentencia establece en forma específica los bienes que se ha considerado inventariar. En cuanto al segundo argumento, los jueces señalan que del peritaje realizado en el juicio de inventario se evidenció que el demandado recibió en su cuenta bancaria la cantidad total del seguro de cesantía, sin embargo, no justificó en forma debida y legal haber utilizado el dinero en bienes de la sociedad conyugal y gastos de trámites judiciales, según lo manifestó.

Por lo expuesto, el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por el demandado y confirma la sentencia subida en grado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 04334-2020-00057

Juez Ponente: Dr. Wilman Terán Carrillo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.
Quito, viernes 7 de octubre del 2022, las 11h18,
El Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia; integrado por los señores Jueces Nacionales: doctor Roberto Guzmán Castañeda, doctor David Isaías Jacho Chicaiza y doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, habiendo sido designados y posesionados conforme al orden jurídico constituido y por el sorteo de ley realizado en esta causa; acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, notifican la siguiente decisión motivada por escrito, que fuera anunciada en la respectiva audiencia oral:

ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Es la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia del Carchi de 1 de julio de 2021, en la causa sumaria de partición de bienes de la sociedad conyugal habida entre Sonia Revelo Paillacho (en adelante "*actora*" o "*accionante*") y Edison Cadena Chiliquinga (en adelante "*demandado*" o "*recurrente*").

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció a razón del recurso de apelación deducido por la parte demandada contra la sentencia emitida por el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Montúfar de 14 de diciembre de 2020, en la que acepta la demanda, disponiendo la partición de los bienes existentes en la extinta sociedad conyugal, habida entre los señores Sonia Revelo Paillacho y Edison Cadena Chiliquinga, referente a los bienes constantes en el inventario aprobado mediante sentencia de 24 de octubre de 2019, las 09h51, dentro del proceso No 04334-2018-00095.

1.2.- Satisfecho el trámite de dicho Recurso de Apelación, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, rechaza el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia subida en grado.

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, el demandado Edison Cadena Chiliquinga, deduce Recurso de Casación, convirtiéndose de esta manera en sujeto activo e impulsor del medio impugnatorio casacional.

3.- Causales Admitidas en el Recurso de Casación: Remitido el recurso interpuesto, por sorteo, es resuelto por el Conjuez Nacional, doctor Pablo Loayza Ortega, quien, mediante auto de 20 de octubre de 2021, luego del estudio formal del escrito contentivo de Casación, admite el mismo por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en adelante (COGEP). En consecuencia, la actividad jurisdiccional de los jueces de casación queda fijada en los términos del cargo admitido en fase de admisibilidad para la sustentación en audiencia oral, pública y contradictoria efectuada en los términos del artículo 272 *ibídem*.

FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

4.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 272 del COGEP, el recurrente, por medio de su defensa técnica, fundamentó su recurso en audiencia oral, pública y contradictoria, el cual fue debatido por la contraparte, en total armonía con el circuito jurídico y respeto de los derechos. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes.

5.- Defensa técnica de la parte recurrente: En lo sustancial, fija su impugnación en el caso cinco del artículo 268 del COGEP, precisando que dentro del proceso de partición no se ha tomado en cuenta que la sociedad conyugal contrajo deudas y que conforme lo establecen los artículos 147, 157 y 171 del Codito Civil, es obligación restituirlas por parte de la extinta sociedad conyugal; acota que ni en el proceso de inventarios previo, ni en el presente proceso judicial, se habría verificado una indemnización de cesantía a favor del señor Patricio Chiliquinga por parte del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, hecho que inclusive habría sido constatado por el perito, quien habría manifestado, que al momento de la formación del inventario, no se verificaron valores por este concepto en la cuenta del prenombrado demandado; razón por la que considera, que aquella suma no

debería ser parte de la partición; reitera que esos dineros fueron erogados para cubrir deudas de la sociedad conyugal. De esa manera, solicita se case el fallo impugnado.

6.- Efectivización del principio de contradicción: Por principio de contradicción, expone la contraparte de manera oral, a través de su defensa técnica, quien en lo relevante, manifiesta que la impugnación casacional no atiende a ningún vicio de los contenidos en el caso quinto de casación y que, en adición se ha hecho referencia al juicio de inventarios que fue la base para el juicio de partición, mediante el cual se aprobó el inventario, donde la resolución de primera instancia, fue recurrida de forma oral por el demandando, quien no habría fundamentado su recurso de apelación, causando estado dicha sentencia; determinándose entonces que los dos únicos bienes adquiridos por la sociedad, son un vehículo y la cesantía de las Fuerzas Armadas. Añade, que el demandado nunca justificó en el proceso de inventario, los gastos que dice haber pagado de la sociedad conyugal, por lo que carecería de fundamento su alegación. Bajo estas consideraciones, requiere se rechace el recurso planteado.

CONSIDERANDOS

7.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 172, 183 numeral 6, 184, 189 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos; de conformidad con la resolución número 03-2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y por el sorteo de ley; los suscritos Magistrados de esta Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, poseen jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

8.- Validez Procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso. Del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, lo cual, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violado solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

(Delimitación del Recurso de Casación)

9.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación.

10.- Contenido de la causal invocada, admitida en fase previa de admisibilidad: Tal como ha quedado establecido en el párrafo 3 del fallo, el caso admitido por vía casacional, es el cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, atinente a los vicios de:

> *"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."*

10.1.- El caso quinto atiende a vicios *in iudicando,* atingentes a normas de derecho pertenecientes a la órbita sustantiva y ha de ser acusado siempre que la vulneración haya sido determinante o decisiva en la parte dispositiva de la sentencia. En cuanto a los vicios que incorpora el caso invocado - falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación - aquellos responden a conceptos propios

de infracción disimiles entre sí, de allí la necesidad de diferenciarlos al formular el cargo, radicando la aplicación indebida en un yerro de selección de norma, en la cual el juzgador elige una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la acertada para solucionar la cuestión; por su parte la falta de aplicación, en lo esencial es un vicio donde el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar la controversia; y, la errónea interpretación, es un yerro donde si bien el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución del conflicto, se aleja del espíritu de su esencia dándole un sentido y significación distinta a la que le corresponde.

11.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: En la especie, conforme al principio dispositivo, se tiene que la parte recurrente ha invocado el caso cinco bajo la acusación de infracción de los artículos 147, 157 y 171 del Código Civil.

JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA.

12.- El juicio de legalidad de sentencia, acorde a la metodología científica utilizada en estas ponencias, parte desde dos disciplinares componentes: **a)** el primero, es una abstracción fiel del argumento denunciante de casación, que excluye los contenidos normativos, para caracterizar el elemento fáctico genérico (no es una mera trascripción del argumento casacional); pues, hay que tener presente que la casación, no se destina al problema de hechos históricos del caso en particular – los fallos casacionales, tienen un destino general encaminado a la unificación global de criterios sobre la aplicación de la ley; de allí que, de la abstracción del cuadro fáctico genérico, se deduce y establece la intensión del recurrente frente a la institución jurídica o forma de dar tratamiento a supuestos fácticos similares; **b)** el segundo componente, consiste en sí, en una interrogante que condensa todo el supuesto fáctico que fue previamente extraído; esta interrogante es la que se desarrollará a continuación en el trayecto de posterior estudio del Tribunal, donde se irá atendiendo a la par a los yerros acusados, para al final, condensar en un solo apartado la conclusión que constituye la respuesta puntual a la interrogante planteada. Por lo indicado, jamás la pregunta atenderá al supuesto como si fuese instancia, nunca la interrogante así en la especie será, por ejemplo: "*¿Se habrá violado el caso 5 del Art. 268 del COGEP en la sentencia? – cómo tampoco: ¿habrá vulneración a los artículos 147, 157 y 171 del Código Civil?*", ni nada que se parezca; sino más bien, abstrayendo la o las instituciones jurídicas deducidas del argumento fundamentador del recurso, se distinguirá la interrogante inducida de esos contenidos, por lo que el fallo viaja desde lo deductivo con los contenidos generales, para llegar a la interrogante conclusiva específica y desde esta inductivamente con la o las premisas particulares, llegará a una conclusión general solucionadora del problema jurídico, que a su vez, mantiene un fin integrador de unificación de criterios jurídicos. Así se tiene:

12.1.- Primer componente: En lo puntual, se denuncia que estaría sin estimarse que la sociedad conyugal ha contraído deudas y por ende, debiesen restituirse; pues, ni en el antecedente de esta causa pero en esta, se habría considerado a una indemnización de cesantía a favor del demandado, la cual estaría constatada pericialmente, datando qué al formarse el inventario, esos rubros estarían sin verificarse, cuando tales valores, debiesen separarse de la partición, ya que con estos, se habrían satisfecho deudas de esta sociedad.

12.2.- Segundo componente: De la abstracción realizada, en el párrafo precedente, se tiene que en la causal asignada para el Recurso de Casación, lo denunciado, evidencia de manera irrefutable, una sola variante irrevocable y constante en toda la temática, que es: "*acervo de la sociedad conyugal*", cual variable independiente, que en la especie, emerge acompañada de dos factores dependientes a saber: **a)** liquidación y **b)** partición. En este caso, ambas clases de variables atienden a una institución jurídica y su régimen. Este encaminamiento, induce a distinguir al problema jurídico a resolver (unas veces son varios); que en la especie inductivamente, se concreta en una sola pregunta (la interrogante siempre debe ser abierta y nunca cerrada), que aterriza en la siguiente cuestión: ¿**Cuál es el acervo de la sociedad conyugal, considerable en la liquidación y partición?**; la interrogante planteada, se resuelve en los siguientes párrafos:

¿Cuál es el acervo de la sociedad conyugal, considerable en la liquidación y partición**?**

13.- Sobre la sociedad conyugal: La sociedad conyugal es una propiedad en mano común; pues como lo dicta el artículo 139 del Código Civil, por el hecho del matrimonio celebrado conforme a las leyes ecuatorianas, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges. Por lo que mayoritariamente se dice que "*...es en esencia y no en carácter, un régimen legal basado en el matrimonio y que rige*

exclusivamente para éste, y que como tal no puede descender a la condición de una estipulación cualquiera...".[1] En su virtud se hacen comunes de los cónyuges aquellos bienes que se adquieran durante el matrimonio. Cualquiera de los cónyuges puede administrar la sociedad conyugal previa autorización – a su falta – siempre se requerirá ratificación o mutua intervención de los cónyuges en dicha administración. Comprende el haber de la sociedad conyugal, como lo dicta el artículo 157 del Código Civil: 1. los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio; 2. todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucro de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio; 3. el dinero que cualquiera de los cónyuges aportare a la sociedad, o durante ella adquiriere; obligándose la sociedad a la restitución de igual suma; 4. las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a restituir su valor, según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición; y, 5. todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio, a título oneroso. Esta termina con el divorcio, la muerte o la disolución de la sociedad conyugal. En la especie, se requiere a lo puntual que no se debe considerar como parte de los bienes que han sido de la sociedad conyugal una indemnización de cesantía a favor del demandado, por parte del ISSFA.

14.- Sobre el seguro de cesantía: El seguro de cesantía, acorde al Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, es una "*protección económica en caso de desempleo a la que tienen derecho los trabajadores… que han iniciado o reiniciado actividades laborales después de la entrada en vigencia de la ley respectiva. La acción protectora del seguro de cesantía se compone de prestaciones financiadas con cargo a la cuenta individual por cesantía y otras financiadas con cargo al fondo de cesantía solidario. En ambos casos se trata de prestaciones pecuniarias consistentes en giros de determinadas cantidades de dinero de la cuenta o fondo pertinente…*"; la cesantía – entonces – es una prestación de seguridad social; y acorde al artículo 371 de la Constitución, estas "*...prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado...*". Es así que, el dinero que acumula la persona en relación de dependencia, garantiza un bienestar en caso de terminación de esa relación de dependencia; acorde al artículo 43 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, "*El seguro de cesantía protege al militar que se separa del servicio activo mediante la baja y acredita al menos dos años de servicio activo y efectivo en la institución*"; para el caso en concreto, como lo dicta el artículo 44 de la Ley en mención, "*El seguro de cesantía se hace efectivo por una sola vez en un valor equivalente al fondo acumulado en su cuenta individual de cesantía, que obtendrá como rendimiento financiero la tasa pasiva referencial del Banco Central del Ecuador, siempre que reúna los requisitos y condiciones señalados por la Ley...*"; esta prestación, se financia con el ocho punto cinco por ciento del sueldo del militar en servicio activo (Art. 93.c de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas), más el aporte del Ocho punto cinco por ciento, por parte del Ministerio de Defensa (Art. 95.c *ibídem*). En fin, entonces este fondo, se caracteriza en el artículo 157.1 del Código Civil al distinguirse como un emolumento producto de un empleo que se ha devengado durante el matrimonio, el cual pasa a formar parte del acervo de la sociedad conyugal y es considerable por ende al momento de su liquidación.

15.- Acerca de proceso de inventario: Cuando termina la sociedad conyugal, por cualquiera de las formas establecidas en la ley, los bienes que la conforman deben repartirse a cada parte que la haya integrado o que la represente. En caso de desacuerdo o controversia, ha de entablarse en proceso de inventario; entendiéndose por este al asiento de los bienes y demás cosas pertenecientes a una persona, hecho con orden y distinción,[2] cuyo objeto es enlistar activos y pasivos del patrimonio, debiendo

[1] FASSI, SANTIAGO. C. - BOSSERT, GUSTAVO. A. *"Sociedad conyugal. 1 Comentario de los artículos 1217 a 1275 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia"*, pág. 84, primera edición, pág. 87, Buenos Aires, Astrea, 1977.
[2] Osorio Manuel, Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales. Versión electrónica.

agregarse a este detalle la tasación o valor de cada cosa,[3] para que se realice la posterior partición o establecimiento de responsabilidades del administrador de los bienes. Opera como un requisito previo de algunos actos – entre ellos – la liquidación de la sociedad conyugal, una vez disuelta. Cabe agregar que además de ser un requisito elemental, también es una herramienta para excluir los bienes propios o personales al momento de la partición. Intervienen en la formación del inventario, en uno y otro caso, cualquier persona que tenga interés o crea tener derecho; debiendo contener según el artículo 407 del Código Civil: 1) La relación de todos los bienes raíces y muebles de quien cuya hacienda se inventaría: 2) La particularizándolos uno a uno, o señalando colectivamente los que consisten en número, peso o medida; 3) La expresión de la cantidad y calidad, con explicación necesaria para poner a cubierto la responsabilidad del guardador de ser el caso. En ese contexto, el proceso de inventario no se considera un juicio propiamente dicho, es un trámite voluntario a petición de parte interesada, que no crea ni extingue derechos, pero los precautela con el enlistamiento, que se solemniza por la intervención del juez. Inicia con la solicitud que debe contener los mismos requisitos de la demanda; luego se convoca a audiencia para escuchar a los interesados y practicar las pruebas que se considere convenientes, debiendo el juzgador aceptar o negar la solicitud; en caso de existir oposición, esta debe formularse por escrito hasta antes de la convocatoria a la diligencia y con los mismos requisitos de la contestación a la demanda. Acorde al artículo 336 del COGEP, la oposición se tramita en proceso sumario.

15.1.- En el presente caso, señala el recurrente, que existirían valores que se consideraron como parte del inventario de la extinta sociedad conyugal habida entre los hoy litigantes, cuya sociedad es objeto de actual liquidación; que no deberían ser objeto de partición, al haber servido para pagar deudas contraídas por los excónyuges. Dicha alegación ha motivado el recurso de apelación del hoy recurrente, ante lo cual, la Sala de apelación, en el apartado 6.2.2, señala: "...*Respecto de la alegación por cuanto el perito no constató la existencia de los valores de la cesantía, oponiéndose a su partición... el Art. 1338 del Código Civil sostiene: "Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular estará obligado a permanecer en la indivisión. La partición del objeto asignado podrá siempre pedirse con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario. (...)". En tal sentido la partición corresponde a un acto jurídico que da por finalizado la situación de indivisión. Al efecto, es necesario referirse a la prueba documental consistente en el oficio... de... 27 de noviembre del 2020; documentación adjunta... de la cuenta... correspondiente a Edison... Cadena... y cuando ha realizado el inventario por parte del perito... dentro del juicio de inventario... llevado a cabo el peritaje... también existe el... oficio en el mismo sentido sobre el pago de la cesantía de la cual se desprende que el demandado... recibió la cantidad de USD 43.101,25 depositados en la cuenta de ahorros del accionado, quien ha dicho que los ha utilizado en bienes de la sociedad conyugal y gastos de trámites judiciales, sin embargo tales asertos no han sido justificados en forma debida y legal, ya que no constan en el informe del perito; por lo que al haber ingresado los haberes a la sociedad conyugal vigente y al incorporarse al inventario aprobado por el juez mediante sentencia ejecutoriada procede la partición de los bienes como parte de la sociedad conyugal...".* De esto, no se encuentra el yerro que dice el casacionista contiene la sentencia impugnada, ya que lo que se persigue con la disolución de la sociedad conyugal, es poner fin al régimen de comunidad de bienes, lo cual se logra con la respectiva liquidación que implica la partición y adjudicación de éstos, para ello, necesariamente 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.[4] Concretando, la liquidación de la sociedad conyugal exige: a) la formación del inventario y tasación de bienes y b) la partición y adjudicación de éstos. Así, el artículo 191 del Código Civil, refiere que una vez

[3] Larrea Holguín, J. (2008). Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.
[4] Méndez María. Derecho de familia. Santa Fe , Rubinzal y Culzoni, pág. 434.

disuelta la sociedad, se procederá de inmediato a la formación de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte; una vez efectuado el inventario procede la división de los bienes sociales; y más aún, siendo que el haber de la sociedad conyugal lo constituyen: a) los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio; b) todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucro de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio; c) el dinero que cualquiera de los cónyuges aportare a la sociedad, o durante ella adquiriere; obligándose la sociedad a la restitución de igual suma; e) las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a restituir su valor, según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición; y, f) todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio, a título oneroso. Esta es la regla general acorde al artículo 157 de la norma *ibídem*, siempre que los cónyuges no las modifiquen según su voluntad mediante capitulaciones matrimoniales. Así mismo, según el artículo 171 del Código invocado, la sociedad está obligada al pago: 1. De las pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges, y que se devenguen durante la sociedad; 2. De las deudas y obligaciones que correspondan conforme al artículo 147 y que no fuesen personales de uno de los cónyuges, como las que se contrae para el establecimiento de los hijos de uno de ellos; 3. De las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello; 4. De las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge; y, 5. Del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de cualquiera otra carga de familia. Si bien es cierto, cuando actúan conjuntamente los dos cónyuges, o uno de ellos con la autorización del otro, respecto de los bienes sociales, obligan al patrimonio de la sociedad conyugal y, subsidiariamente, su propio patrimonio, hasta el monto del beneficio que les hubiere reportado el acto o contrato, no obstante dicha actuación debe ser demostrada, cosa no develada en el presente caso, en que el demandado en el proceso de partición, pretende que se excluyan haberes que fueron insertos previamente en el inventario como activos de la sociedad conyugal, lo que implicaría retrotraerse al enlistamiento de activos y pasivos de la sociedad, cuya fidelidad ha pasado por autoridad de cosa juzgada en el juicio de inventario 04334-2020-0009, en el cual el oponente no logró demostrar que efectivamente los valores por cesantía a los que hace referencia, fueron utilizados para cubrir obligaciones dinerarias de la comunidad de bienes, razón por la cual, exigir su exclusión en el proceso de partición constituye un despropósito. Bajo estas consideraciones corresponde rechazar el cargo.

RAZÓN PARA DECIDIR (Ratio decidendi)

16.- La sociedad conyugal, es una propiedad en mano común, formada por el matrimonio, siendo un régimen propio y exclusivo a este, salvo la fijación de otro régimen, sin el cual, es común a los cónyuges los bienes adquiridos durante su vigencia, que se administran por cualquier cónyuge, previa autorización y a su falta, requiere ratificación o mutua intervención. El haber conyugal, se compone de: 1) salarios y emolumentos de todo género, de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio; 2) todo fruto, rédito, pensión, intereses y lucro proveniente ya de los bienes sociales o de los de cada cónyuge, devengado en el matrimonio; 3) dinero aportado por cualquier cónyuge o adquirido durante la sociedad, que se obliga a restituirlo; 4) cosas fungibles y especies muebles que cualquier cónyuge aporte o adquiriera; obligándose la sociedad a restituir su valor, según el tiempo del aporte o adquisición; y, 5) bienes que cualquier cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso. Culmina por divorcio, muerte o disolución. El seguro de cesantía nace de relaciones económico-jerárquicas de subordinación salarial, compuesta por prestaciones financiadas a cargo de la cuenta individual del subordinado, siendo giros de valores dinerarios del trabajador o subordinado; por ende, es un emolumento generado por el empleo o trabajo ejercido durante el matrimonio e integra la sociedad conyugal y su liquidación. Al terminar esta, sus bienes deben repartirse a cada parte; en caso de discordia o controversia, surge el inventario, para fijar el asiento de su acervo, con orden y distinción, enlistándose activos y pasivos

patrimoniales, con tasación pormenorizada para su futura partición o fijación de responsabilidades del administrador; es un requisito para liquidarla al disolverse; se excluyen bienes propios o personales; siendo legitimados a intervenir en su formación, todo quien tenga o crea tener interés o derecho; es un trámite voluntario, sin crear o extinguir derechos, precautela la lista solemnizada judicialmente; y de haber oposición, el trámite muta a proceso sumario. Al disolverse, culmina el régimen social de bienes y su liquidación, implica la partición y adjudicación; para ello, se fijan activos y pasivos a liquidarse y partirse, sentándose el valor de los bienes, las deudas de la sociedad, el ajuste de relaciones patrimoniales entre esposos y separación de bienes propios; por ello su inventario, tasación, partición y adjudicación. La sociedad, está obligada: a) pagar pensiones e intereses ya contra la sociedad o cualquier cónyuge devengados durante ésta; b) cubrir deudas y obligaciones, menos las personales o contraídas para hijos de uno de los cónyuges; c) sufragar deudas personales de cada cónyuge, quien en cuyo caso, se obliga a compensarla en esa inversión; d) satisfacer cargas y reparaciones usufructuarias de bienes sociales o de cada cónyuge; y, e) las del mantenimiento de los cónyuges, de la educación y establecimiento de descendientes comunes u otra carga familiar. De actuar en conjunto o con autorización los cónyuges, obligan al patrimonio conyugal, como al propio, hasta el monto del beneficio reportado por el acto o contrato, lo cual debe demostrarse en instancia, para que en la partición, se excluyan éstos haberes insertos previamente en el inventario como parte de esta sociedad.

RESOLUCIÓN

17.- Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta Sala Especializada de 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**, decide:

17.1.- Rechazar el recurso de casación planteado por el señor Edison Cadena Chiliquinga, respecto de la sentencia de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia del Carchi de 1 de julio de 2021.

16.2.- Devolver los expedientes de instancia para la ejecución de la sentencia, con la razón de ejecutoría de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.- **Notifíquese y cúmplase.-**

f) Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (PONENTE), Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL; Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL.

III

Juicio Nro. *10332-2019-00500*
Resolución Nro. *236-2022*
Fecha: *30 de diciembre del 2022, las 11h28*

TEMA: Naturaleza de la acción de impugnación de paternidad.

ASUNTO

El actor presenta acción de impugnación de paternidad, demandando a su ex cónyuge y a su hijo, pues aduce no ser el padre biológico del niño, tras haberse realizado una prueba de ADN.

En el presente caso, se analiza la naturaleza de la acción de impugnación de paternidad, cuando deviene de una presunción legal (matrimonio), pues en estos casos el tema medular de discusión es la verdad biológica, que se acredita *"mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico"* (ADN).

RESUMEN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Cotacachi, provincia de Imbabura, señala que conforme a las pruebas aportadas en el proceso se colige que el actor tuvo conocimiento del parto de su mujer, pues inmediatamente después del nacimiento del menor y a su regreso a su hogar, lo inscribió voluntariamente en el Registro Civil del cantón Cotacachi. El juzgador añade que si bien la prueba de ADN demostró la inexistencia de un vínculo biológico entre el actor y el niño, no se ha demostrado la presencia de ningún vicio establecido en la ley que afecte el reconocimiento voluntario efectuado, por lo tanto, niega la demanda de impugnación de paternidad.

RESUMEN DE SEGUNDA INSTANCIA

El tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura indica que la presente acción se basa en lo dispuesto en los artículos 233 y 233A del Código Civil, que se refiere a los hijos concebidos en matrimonio y a la acción de impugnación de paternidad o maternidad y a quien puede impugnar este hecho. Por lo tanto, el tribunal determina que esta acción es un derecho que la ley ha establecido a ciertas personas, como en el presente caso, a quien consta registrado como padre y, al haberse demostrado científicamente que no existe lazo biológico entre las personas, prospera la acción formulada, por tratarse de una prueba científica que ha determinado la falta de filiación de sangre entre las partes procesales.

Por lo expuesto, el tribunal resuelve aceptar el recurso de apelación y revocar la sentencia subida en grado, por lo cual, acepta la demanda de impugnación de paternidad propuesta por el actor y declara que no es padre biológico del niño.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 10332-2019-00500

Juez Ponente: Dr. David Jacho Chicaiza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.

Quito, viernes 30 de diciembre del 2022, las 11h28,

VISTOS.- En virtud del recurso de casación interpuesto por Carla Cristina Ubidia Gavilanes, demandada, en contra de la sentencia emitida el martes 16 de marzo del 2021, por el Tribunal *Ad quem*, que acepta la apelación deducida por el actor, y revoca la sentencia emitida por el Juez *a quo*[1], declarando procedente la demanda de impugnación de paternidad; la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa; el doctor Pablo Loayza Ortega, Conjuez Nacional, admitió a trámite el medio de impugnación planteado, mediante auto de 30 de agosto de 2021; en ese contexto, el Tribunal de Jueces, convocó a audiencia oral, pública y de contradictorio para la fundamentación del remedio procesal; instalada referida diligencia judicial, escuchados los sujetos procesales, en función de los principios de tutela judicial efectiva, defensa y más, de conformidad con lo establecido en los artículos 268 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), se estimó improcedente el recurso de casación; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

PRIMERO:
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, dictada por el Pleno de esta Alta Corte, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo[2], Himmler Roberto Guzmán Castañeda[3], y David Isaías Jacho Chicaiza[4], Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de los doctores Vicente Robalino Villafuerte, María Rosa Merchán Larrea, y Carlos Ramírez Romero, ex Jueces Nacionales, respectivamente, por ausencia definitiva de los indicados operadores de justicia.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 10 de noviembre del 2021, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda y Wilman Gabriel Terán Carrillo, Jueces Nacionales (E); y, doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) ponente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 189 numeral 1 del COFJ, por lo que asumimos conocimiento de la presente causa.

La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la CRE; 189 numeral 1 del COFJ; y, artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la CRE, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver el recurso de casación planteado

[1] Sentencia suscrita por el abogado Oscar Alfredo Coba Vayas, Juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Cotacachi.
[2] Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[3] Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.
[4] Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

y admitido; el lugar, fecha y hora en que se dicta la sentencia constan al inicio del presente acto jurisdiccional.

SEGUNDO:
LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE AL CASO *IN EXAMINE*.

2.1) 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 el 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 dicho cuerpo normativo.

TERCERO:
VALIDEZ PROCESAL.

3.1) El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya *error in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

CUARTO:
ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

4.1) El ciudadano Alexander Israel Salazar Sánchez, en procedimiento ordinario, mediante acción de impugnación de paternidad, demanda a Carla Cristina Ubidia Gavilanes y al menor de iniciales C.A.S.U., en el siguiente contexto:

> *"(...) 5.1.- Es el caso señor/a Juez/a que el compareciente Alexander Israel Salazar Sánchez mantuve relaciones conyugales con la hoy demandada señora Carla Cristina Ubidia Gavilanes, hasta el mes de marzo del año 2018, que decidí abandonar de manera voluntaria nuestro hogar, por situaciones de peleas incomprensiones, e infidelidades, de lo cual procedí en instaurar la respectiva demanda de divorcio por causal, el mismo que luego del trámite respectivo la Corte Provincial de Justicia de Imbabura Sala Multicompetente, con fecha 01 de abril del 2019, las 14h58, mediante sentencia decide declarar el divorcio entre los señores Alexander Israel Salazar Sánchez y Carla Cristina Ubidia Gavilanes.*
>
> *5.2.- Es menester poner bajo su entero conocimiento, que la hoy demandada dentro de nuestro matrimonio mantuvo relaciones sexuales con otra persona, fruto del cual quedo embrazada, teniendo actualmente un niño que responde a los nombres de Carlos Alexander Salazar Ubidia, de un año nueve meses a la fecha, en razón de ser nacido el 15 de agosto del año 2017, mentado menor fue inscrito con mis apellidos en el respectivo Registro Civil, haciendo creer a todos los que le rodean que soy el padre biológico de referido menor, lo que es completamente falso, es más lo que hace presumir que existió adulterio por parte de ella dentro de nuestro extinto matrimonio.*
>
> *5.3.- El Título VII del Libro I del Código Civil se llama "DE LOS HIJOS CONCEBIDOS EN MATRIMONIO", encontramos la regla general: si el hijo nace posterior a los ciento ochenta días siguientes a la celebración de matrimonio o unión de hecho, éste hijo se reputa concebido dentro de las instituciones señaladas, como fuere el caso, por lo tanto, tendrá por padre al marido o conviviente de la mujer es por aquello y ante la duda, que me permito impugnar su paternidad mediante el examen de ADN, que solicitare en su momento procesal oportuno.(...)*
>
> *Con los antecedentes expuesto y en amparo a lo que determina los artículos 233, 233 A, Art. 242 del Código Civil, acudo ante su Autoridad y demando la impugnación de la paternidad del menor Carlos Alexander Salazar Ubidia, por no ser mi hijo biológico (...)" (Sic)*

Estableciendo como pretensión lo siguiente:

> *"(...) Solicito que mediante sentencia, se acepte mi demanda en todas sus partes, y se declare*

[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 (...)".*

que el compareciente Alexander Israel Salazar Sánchez no soy el padre biológico del menor Carlos Alexander Salazar Ubidia, quien deberá llevar los apellidos de la madre, la misma que una vez Ejecutoriada que sea por el Ministerio de Ley, se dignará ordenar se inscriba en el Registro Civil de la Ciudad y cantón Cotacachi, provincia de Imbabura (...)"

4.2) Al contestar la demanda, la accionada Carla Cristina Ubidia Gavilanes, plantea lo siguiente:

"(...)El día 22 de agosto del 2017, salí de la clínica Moderna de la ciudad de Ibarra, provincia de Imbabura, lugar donde di a luz a mi hijo CARLOS ALEXANDER SALAZAR UBIDIA, y tomamos junto con SALAZAR SANCHEZ ALEXANDER ISRAEL rumbo a la ciudad de Cotacachi, al momento de pasar por el Registro Civil del citado cantón, procede el demandante a ingresar al Registro Civil y voluntariamente sin presiones de ninguna índole inscribe el nacimiento de nuestro hijo con los nombres de CARLOS ALEXANDER SALAZAR UBIDIA conforme se le pone a su conocimiento con la inscripción de nacimiento otorgada por el Registro Civil y Cedulación (...).

Con los antecedentes expuestos señor Juez, resulta sorprendente que el demandante exija a través de su defensa técnica la práctica del examen de ADN a sabiendas de que quien reconoció voluntariamente fue SALAZAR SANCHEZ ALEXANDER ISRAEL, haciendo caso omiso a lo indicado y dispuesto por la Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 05-2014, que en su parte pertinente manifiesta claramente "EL RECONOCIMIENTO VOUNTARIO DE HIJOS E HIJAS TIENE EL CARÁCTER DE IRREVOCABLE (...)" (Sic)

4.3) Desarrollado el proceso, llevadas a efecto las audiencias correspondientes, encontrándose la causa para resolver, el abogado Oscar Alfredo Coba Vayas, Juez de la Unidad Judicial Multicompetente con Sede en el Cantón Cotacachi, emite su sentencia, negando la demanda, la misma que es reducida a escrito el 11 de diciembre del 2020, a las 09h57, en el siguiente sentido:

"(...) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANDO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se niega la demanda de impugnación de paternidad, presentada por el señor ALEXANDER ISRAEL SALAZAR SÀNCHEZ en contra de CARLOS ALEXANDER SALAZAR UBIDIA(...)" (Sic)

4.4) Frente al recurso de apelación interpuesto por el demandante Alexander Israel Salazar Sánchez, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, en sentencia de 16 de marzo del 2021, las 14h30, acepta el remedio procesal, en el siguiente contexto:

"(...)ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, aceptando el recurso de apelación interpuesto por el actor de la causa, REVOCA la sentencia venida en grado dictada por el señor juez de primera instancia y en su lugar acepta la demanda de Impugnación de Paternidad propuesta por el señor ALEXANDER ISRAEL SALAZAR SÁNCHEZ, con respecto al niño CARLOS ALEXANDER SALAZAR UBIDIA y se declara que este último no tiene como padre biológico al actor de esta causa; en consecuencia se dispone Notificar a la Dirección Provincial del Registro Civil Identificación y Cedulación de Imbabura a fin de que se proceda con la marginación en la Inscripción de Nacimiento del niño Carlos Alexander Salazar Ubidia, constante en el Tomo/Pagina/Acta 20/87/87, del Registro de nacimientos de la ciudad y Cantón Cotacachi. (...)." (Sic)

4.5) Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, Carla Cristina Ubidia Gavilanes, demandada, interpone recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

4.6) El doctor Pablo Fernando Loayza Ortega, Conjuez Nacional, de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 30 de agosto del 2021, las 11h35, admitió a trámite el recurso de casación planteado, bajo los siguientes parámetros:

"(...) RESOLUCIÓN. - Por lo expuesto, considerando que el recurso interpuesto por CARLA CRISTINA UBIDIA GAVILANES, ha sido presentado dentro del término legal y que cumple con Los requisitos de los Arts. 266 y 267 del COGEP, se lo ADMITE a trámite

por el caso 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, con la contestación o sin ella, remítase el expediente a la Sala de Familia Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia (...)". (Sic)

Mediante auto de 25 de octubre del 2022, aclara lo siguiente:

"(...) aclaro señores jueces que la admisión del recurso de casación, por haber sido presentado dentro del término legal el escrito con el que aclara la impugnación, se lo admite a trámite por los casos 4 y 5; y en razón del Art. 248 del Código Civil la acusación se la efectúa al amparo de la causal quinta, conforme aclara la parte casacionista en escrito de 5 de agosto de 2021 que corre a fojas 6 del expediente de casación. Notifíquese y devuélvase al Tribunal (...)"(Sic)

4.7) 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.

QUINTO:

LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA ECUATORIANA.

5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

La CRE, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es *"...un Estado constitucional de derechos y justicia..."*. Esta declaración, lejos de configurarse en un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

"...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos..."[6].

Es decir, la Constitución materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la CRE, establece lo siguiente:

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

Este derecho, *per se,* es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado constitucional.

Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial, que como parte del Estado, está llamado a garantizar 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[7]; y, en

[6] Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado,* V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

[7] **Constitución de la República del Ecuador: Art. 182:** *"(...) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito."; Art. 184: "Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (...)".*

sentido estricto, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, 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[8].

En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado constitucional.

b) Adicionalmente, resulta menester destacar que el Ecuador es un Estado de derechos, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

> *"...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (...) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (...) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica..."*[9].

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la CRE, acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

> ***"...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación****. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos..."* (Énfasis añadido).

En concordancia con el precepto transcrito, el artículo 11.7 ibídem declara lo siguiente:

> *"...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...".*

En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: *"...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...".*

En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, pues, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que *"...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...".*

En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

c) Finalmente**,** la CRE, determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

> *"...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia).*

---

[8] **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 189:** *"Art. 189.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.- La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones;(...)"*

[9] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho)."[10], concluye sobre el tema indicando que *"(…) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa…"*[11].

En razón de lo expuesto, se avizora que el Estado de justicia tiene como fin último 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 con el objetivo de cristalizar los fines de este instituto procesal en la justicia especializada en materia de Familia, Niñez y Adolescencia.

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

"…La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (…) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad…". [12]

La garantía normativa de la casación está determinada 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 lo siguiente:

"Art. 266.- Procedencia. *El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.*

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración".

Art. 268.- Casos. *El recurso de casación procederá en los siguientes casos:*

1. *Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.*
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.*
3. *Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se*

[10] Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.
[11] Ibídem, Pág. 28
[12] Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia.

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.*
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.*

***Art. 269.- Procedimiento**. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley (...)"*

Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: *"Art. 250.- (...) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"*; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *"...La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas..."*[13].

El principio de taxatividad *(numerus clausus)* limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el COGEP, conforme lo dispuesto en su artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non,* para determinar la violación a la ley en la resolución impugnada.

Es preciso indicar que, "*la casación (...) 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."*[14]

El recurso extraordinario de casación, tiene por objeto ejercer el control de legalidad de los actos jurisdiccionales establecidos en las garantías normativas desarrolladas para el efecto, y su naturaleza extraordinaria lo vuelve de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso. Mario Nájera, lo define como un "*recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".* [15]

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*". [16]

Ahora bien, las garantías normativas del 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*

[13] Orlando Rodriguez Ch., Casacion y Revision, Temis, Bogota, 2008, p. 67
[14] Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Quito, 2005, pag. 41.
[15] Mario Nájera, Derecho Procesal Civil, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, pág. 649.
[16] Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada".

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: *"...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica..."*[17].

Por su parte, el jurista 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..."*.[18]

En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *"in iudicando"* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción de Familia, Niñez y Adolescencia, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

SEXTO:
ARGUMENTACIÓN Y EXAMEN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS CARGOS CASACIONALES Y EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

6.1) La casación, al tratarse de un recurso extraordinario, se encamina a corregir los *errores in iudicando,* los errores de derecho, existentes, en el caso concreto, en la sentencia del Tribunal *ad quem*; por ello, *per se,* 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.

A través de este medio de impugnación, corresponde al órgano jurisdiccional determinar procesalmente si existe la violación de la ley en la sentencia impugnada, por una de las causales previstas en el COGEP, aplicable al caso.

En el *in examine*, el Conjuez Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral **4.6)** de la presente sentencia, se aceptó a trámite el recurso de casación limitando el mismo a los cargos descritos en los numerales 4 y 5 del artículo 268 del COGEP; ergo, inexorablemente la recurrente debía referirse en su fundamentación exclusivamente a estas causales, siendo por lo tanto, improcedente, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

6.2) Estudio de la causal cuarta prevista en el artículo 268 del COGEP, en relación con el argumento planteado por la recurrente.

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".

[17] Fernando de la Rua, El Recurso de Casacion, Victor P. de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20
[18] Piero Calamandrei, La casación, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aíres, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

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[19]".*

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.

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.

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*

[19] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos,* Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pag. 120

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.[20]*"*

6.2.1) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente, quien sostiene lo siguiente:

"(...) Por lo expuesto, las normas procesales de valoración de la prueba que han sido erróneamente interpretadas por parte de los juzgadores de segunda instancia, son los artículos 164, 195, 199 y 208, del Código Orgánico General de Procesos, lo cual ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de Derecho Sustantivo en la sentencia impugnada, esto es el artículo 248 del Código Civil (...)

De lo trascrito se llega a determinar que los juzgadores de segunda instancia han realizado una errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que son los artículos 164, 195, 199 y 208 del Código Orgánico General de Procesos, que expresamente disponen:

Artículo 164.- Valoración de la prueba [...]

Artículo 195.- Eficacia de la prueba documental [...]

Artículo 199.- Indivisibilidad de la prueba documental [...]

Artículo 208.- Alcance probatorio [...].

Como consecuencia de la violación de dichas normas adjetivas de valoración de las pruebas anteriormente referidas, han conducido a que los juzgadores de segunda instancia hayan incurrido en una equivocada aplicación 233 y 233A del Código Civil (...)

Por lo expresado anteriormente, los jueces de segunda instancia, han hecho una valoración de la prueba ilegal, ilegitima y arbitraria, en particular de la prueba documental y pericial presentada por la parte actora consistente en una partida de matrimonio de la cual se desprende la existencia del vínculo matrimonial entre el actor y la demandada; la partida del nacimiento del menor Carlos Alexander Salazar Ubidia donde consta como hijo de Alexander Israel Salazar Sánchez y Carla Cristina Ubidia Gavilanes; la copia certificada de la sentencia de divorcio, con su ejecutoria con lo que se justifica la terminación del vínculo matrimonial entre el actor y la demanda; y la prueba de ADN practicada en las personas, el actor, la demandada, y el menor Carlos Alexander Salazar Ubidia donde se determina que no es hijo de Alexander Israel Salazar Sánchez, prueba que no tiene relación con la presente causa porque no se está discutiendo la verdad biológica del niño sino la impugnación de la paternidad la cual es improcedente por cuanto el reconocimiento lo realizó de manera voluntaria ante el Registro Civil el señor Alexander Israel Salazar Sánchez el cual es irrevocable de conformidad con la ley y la jurisprudencia de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia.

En ese sentido se concluye que la Sala (...) comete un error de Derecho, al valorar erróneamente las pruebas antes referidas, violando las normas legales de valoración de la prueba anteriormente indicadas y que forman parte del Código Orgánico General de Procesos, porque no cumple con las reglas de la sana crítica, esto es, que no hizo un razonamiento lógico jurídico, en base a la experiencia en el momento de valorar las pruebas, adoptando por lo tanto una decisión contraria a Derecho a la que debió haberse arribado, llegando a configurarse la violación de los artículos 164, 195, 199 y 208 del Código Orgánico General de Procesos, lo cual ha conducido a una equivocada aplicación de normas del derecho sustantivo tales como los artículos 233 y 233A

[20] Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos*, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito – Ecuador, pág. 120 -121.

del Código Civil como normas sustantivas; de no haberse violado las normas jurídicas antes referidas los juzgadores de segunda instancia hubiesen llegado a la conclusión de rechazar el recurso de apelación presentado por la parte actora y confirmar la sentencia dictada por el juez de primera instancia, en la cual se niega la demanda de impugnación de paternidad (...)" (Sic).

En síntesis, la parte recurrente, señala que en la resolución del *ad quem*, se produjo una errónea interpretación de los artículos 164, 195, 199 y 208 del COGEP, en la valoración de la partida de matrimonio de actor y demandada, la partida de nacimiento del menor de iniciales C.A.S.U., la copia certificada de la sentencia de divorcio, y la prueba de ADN, como medios prueba practicados, lo que condujo a la violación directa de los artículos 233 y 233 A del Código Civil.

6.2.2) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **errónea interpretación**, el mismo que opera cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente para la resolución del caso concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal, soslayando el ámbito teleológico de la norma cuestionada.

El autor Jorge Carrión Lugo explicando esta causal señala:

"*Habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla*"[21].

Per se, la errónea interpretación de las normas de derecho, consiste en la falta que incurre el juzgador al dar desacertadamente a la norma jurídica aplicada, un alcance mayor o menor o distinto, que el descrito por el legislador, que utiliza para resolver la controversia judicial[22].

Por consiguiente, deviene en preciso estudiar el contenido de los argumentos esgrimidos por la objetante, al tenor de los estándares técnicos que rigen el medio impugnatorio, ejercicio que lo hace en ulteriores líneas el suscrito Tribunal.

6.3) La otra causal elegida, por la recurrente, para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem,* es la establecida en el numeral 5 del artículo 268 del COGEP; referida norma, establece:

"Art. 268.- Casos. *El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (...)*

5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto".

En el mentado caso, "*no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación se llama en la doctrina subsunción del hecho en la norma. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: la primera un supuesto, y la segunda una consecuencia. Muchas veces una norma no contiene esas dos partes sino que se complementa con una o más normas, con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotético contenido en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal (...) se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto factico diferente al hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en*

[21] Jorge Carrión Lugo, El Recurso de Casación en el Perú, Volumen I, Segunda Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, p. 218.

[22] Sala de lo Civil y Mercantil, Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2558. (Quito, 20 de enero de 1998)

la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene.(...)"[23]

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).
- El cargo casacional elegido (*aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación*), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho sustancial o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (*debida fundamentación y demostración*)
- La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra,* debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (*principio de trascendencia*).

La causal 5 del artículo 268 del COGEP, contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutiva, sobre la misma, esta Alta Corte ha señalado:

> "*...se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente"*[24]

Frente a esta causal, es preciso analizar el concepto de norma sustantiva, al respecto, esta Alta Corte, ha indicado lo siguiente:

> *"(...) Norma sustancial que la doctrina actual la concibe como aquella…que declara o regla la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material" (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería de Profesional, Bogotá, 1989, p. 14). La norma sustancial de derecho estructuralmente contiene dos partes: 1) un supuesto de hecho, y, 2) un efecto jurídico. La primera consiste en una hipótesis, un supuesto; en tanto que, la segunda viene a ser una consecuencia, un efecto. La norma de derecho sustancial, como ya se dijo reconoce derechos subjetivos de las personas, elimina, crea o modifica la relación jurídica sustancial; pero fundamentalmente parte del supuesto para otorgar un efecto; cuando no se encuentren esas dos partes en una norma sustancial de derecho, es porque la norma se halla incompleta, por lo que hay que complementarla con otra norma u otros normas y así formar la proposición jurídica completa, es decir, deben integrarse las normas de derecho complementarias que permitan hacer la proposición de derecho completa para que así tenga el supuesto de hecho y el efecto jurídico. El juez, al fallar, establece una comparación entre el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación (...)"* [25]

Por otra parte, también es de relevancia analizar el ámbito conceptual de precedente jurisprudencial obligatorio.

[23] Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más..
[24] Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta)R.O.S. 211 de 14 de junio de 1999.
[25] Juicio No. 509-2012. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

Los precedentes jurisprudenciales son parámetros interpretativos emitidos por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a partir de criterios desplegados de forma reiterada en la parte resolutiva de las sentencias, estos tienen como objetivo el de fortalecer y afirmar, los derechos al debido proceso, a la igualdad, y a la seguridad jurídica.

El modelo de administración de justicia determina que la Corte Nacional de Justicia tiene como función la de *"Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración".*

La CRE, en los artículos 184 numeral 2 y 185, establece como atribución de la Corte Nacional de Justicia, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, integrados por las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de esta Alta Corte, que repitan por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad, bajo prevención que de no pronunciarse en dicho plazo, o en caso de ratificar el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

El COFJ, en los artículos 180 numeral 2 y 182, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios, fundamentada en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución contener únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio, en tanto la ley no disponga lo contrario.

En relación a la publicación de los fallos de esta Alta Corte, el artículo 197 del COFJ, establece lo siguiente:

> *"Art. 197.- Publicación de los fallos.- Sin perjuicio de la publicación de las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social se publicarán en el Registro Oficial todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia"*

Entonces, solo las resoluciones mediante las cuales se declara la existencia de jurisprudencia obligatoria, originadas en las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, constituyen jurisprudencia imperativa y vinculante.

Por otra parte, sin constituirse como jurisprudencia obligatoria, a efectos de control social, todas las sentencias de casación y de revisión que dicten las diversas Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, se publican en el Registro Oficial, las mismas que pueden emerger como jurisprudencia indicativa, no vinculante.

6.3.1) Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente, quien señala:

> *"(...) En la sentencia impugnada las normas jurídicas que han sido violentadas por parte del juzgador de segunda instancia es:*
> *El artículo 248 del Código Civil (...)*
> *acuso la falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio el cual es determinante en el caso concreto, esta resolución es la 05-2014 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 346 de 02 de octubre de 2014, la cual hace referencia a tres puntos relevantes los cuales son: el reconocimiento voluntario de hijos e hijas tienen el carácter de irrevocable; el reconociente sólo puede impugnar el acto de reconocimiento por vía de nulidad del acto, demostrando que al momento de otorgarlo no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez, la ausencia del vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de AND no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento, en que no se discute la verdad biológica. En el caso concreto el actor Alexander Israel Salazar Sánchez al haber procedido al reconocimiento de su hijo de manera libre y voluntaria, acto que es personalísimo del reconocedor ante el jefe del Registro Civil, según la jurisprudencia de triple reiteración la que es obligatoria para el juzgador de manera expresa dice que esta clase de reconocimiento a su hijo tiene carácter de irrevocable, por lo que los juzgadores de segunda instancia incumplieron con esta jurisprudencia obligatoria llegando a una conclusión totalmente errada y contraria al derecho, la cual debe ser aplicado por el juzgador de casación a fin de garantizar los derechos constitucionales que no existen y en especial la de mi*

hijo Carlos Alexander Salazar Ubidia y es más que en la sentencia impugnada se afirma que mi hijo no tiene como padre biológico al actor de esta causa, pero de manera contradictoria y violando los derechos fundamentales del niño se dice que conservará el apellido "Salazar". De esto se desprende la falta de aplicación de esta jurisprudencia obligatoria que de manera expresa dispone que el reconocimiento voluntario de un hijo tiene el carácter de irrevocable. Así mismo es importante hacer referencia a los artículos 10,44 y 45 de la Constitución de la República del Ecuador. (...) es de relevancia considerar que los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, los específicos de su edad, garantizando la vida, el cuidado y la protección desde su concepción, así como su condición física y psíquica, identidad, nombre, ciudadanía, y disfrutar la convivencia familiar y comunitaria (...)

Lo afirmado por los jueces de segunda instancia que dictaron la sentencia impugnada es en franca violación a la ley, esto es la falta de aplicación del artículo 248 del Código Civil, por lo que me he visto en la necesidad de presentar el presente recurso extraordinario de casación a fin de que los jueces de la Sala Especializada correspondiente de la Corte Nacional de Justicia enmienden estos errores de derecho, en beneficio de una correcta administración de justicia. Como los juzgadores que dictaron la sentencia impugnada, han violado por falta de aplicación en base al caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, llegan en su sentencia a una conclusión errada, en franca violación de la norma jurídica acusada por este caso concreto, lo cual me ocasiona un grave perjuicio. (...)". (Sic)

6.3.2) En lo puntual, la recurrente acusa la violación del artículo 248 del Código Civil, y la falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio establecido en resolución No. 05-2014 de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 346 de 02 de octubre de 2014.

6.3.3) De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **falta de aplicación**, el mismo opera cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales o precedentes jurisprudenciales que ha debido aplicar, y que, de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

6.4) Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen el medio de impugnación, asimismo, si está dotada de sustento y argumento válido:

6.5) Como primera cuestión es de relevancia discriminar si los hechos planteados tienen relación con una demanda de impugnación de paternidad, de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, o una acción de nulidad del acto de reconocimiento de paternidad, para a partir de ello determinar si, en la valoración de los medios de prueba ofertados se interpretaron erróneamente los artículos 164, 195, 199 y 208 del COGEP, y como consecuencia de ello, se vulneraron los artículos 233 y 233ª del Código Civil, y si por otra parte se vulneró el artículo 248 del Código Civil, y se dejó de aplicar el precedente jurisprudencial obligatorio establecido en resolución No. 05-2014 de la Corte Nacional de Justicia, <u>lo cual emerge como el problema jurídico a resolver.</u>

6.6) Tanto la acción de impugnación de paternidad, la de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, o la de nulidad del acto de reconocimiento de paternidad, tienen relación directa con la institución jurídica de la filiación, que tiene ilación con el derecho a la identidad de toda persona, más aún en tratándose de niños, niñas o adolecentes.

6.7) En función del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, previsto en los artículos 44 de la CRE, 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el Estado, la familia y la sociedad entera están obligados a tutelar y garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos humanos de este grupo de la sociedad, reconociéndoles su calidad de sujetos de plenos derechos, y beneficiarios de protección especial atendiendo a su condición de personas en formación; que, implica una noción relacional, es decir, supone que, en caso de conflicto de derechos de igual jerarquía, la prioridad deben tenerla los niños y las niñas, interés que, prevalece por sobre el de los padres, de la sociedad y del Estado; los Jueces y Juezas están obligados a proteger y privilegiarlos en todos los casos en los que sus derechos

se encuentren en juego, de tal modo que se logre la efectiva protección y goce. Ergo, las decisiones que se tomen deben, no solo reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, sino que además en ese proceso de decisión, deberá garantizarse que ellos/ellas lo sepan, lo sientan y lo perciban cotidianamente reafirmando su dignidad, el libre desarrollo de su personalidad, su derecho a una vida de calidad y su derecho a llevar adelante su proyecto de vida. Este principio, está en relación directa con la Doctrina de la Protección Integral, que considera al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo, doctrina que, el Ecuador adoptó a la firma de los instrumentos internacionales y, que han sido debidamente recogidos y adecuados en nuestra legislación[26].

6.8) En el contexto indicado, **la filiación** es el vínculo jurídico que da lugar al parentesco entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre y la otra el hijo o hija, relación que permite a los seres humanos reconocerse como miembro de un grupo o segmento social, de una familia.

El artículo 24 del Código Civil ecuatoriano, refiere que se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.

La determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria y judicial, es decir, existen diferentes formas de filiación: filiación biológica, filiación social y filiación jurídica.

La filiación biológica, surge por el hecho natural de la procreación; la filiación social, es la que nace de la convivencia entre una persona que asume el papel de padre o madre y otra que asume el de hijo o hija; convivencia que genera derechos y obligaciones, así como vínculos afectivos, culturales y sociales; la filiación jurídica, es aquella que se establece por declaración judicial.

La filiación respecto de la madre, se conoce como maternidad, en tanto que la filiación respecto del padre, como paternidad. La primera ofrece certezas cuando es el resultado del parto, mientras que la paternidad, se acredita a través de presunciones, así el hijo de mujer casada lo es del marido de su madre; y, la paternidad del hijo de mujer soltera es incierta por principio y solo puede llegar a establecerse por reconocimiento voluntario del padre o por sentencia que así lo declare.

Sobre el reconocimiento de la filiación, la doctrina mantiene una línea uniforme, considera que es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su voluntad de afirmarse como padre o madre del mismo. Se trata de un acto: 1) unilateral, al constituirse en una declaración única y no recepticia del reconocedor, pues, no precisa de aceptación; 2) se trata de un acto personalísimo del reconocedor (que es el único que conoce y puede declarar tanto las relaciones sexuales habidas con el otro progenitor de las que ha nacido el reconocido (como hijo propio), cuando su condición de ser padre o madre, hechos ambos implícitos en la afirmación que comporta todo reconocimiento); 3) formal y expreso; 4) Se trata de un acto puro, no sometible a condición o termino; 5) Se trata de un acto irrevocable, aunque susceptible de impugnación[27].

6.9) En el contexto señalado *ut supra,* es que emergen las garantías normativas para hacer efectivo el derecho a la identidad, en tratándose de **hijos nacidos dentro del matrimonio o unión de hecho,** por lo cual, el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, esta presunción se extiende al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en la ley.

6.10) Asimismo**, los hijos nacidos fuera de matrimonio** pueden ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozan de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del artículo 63 del Código Civil. Según nuestra estructura normativa, el

[26] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.
[27] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.

reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce. En todos los casos el reconocimiento será irrevocable.

En aras de materializar los principios y derechos antes referidos, es que, emerge el carácter irrevocable del acto de reconocimiento voluntario de los hijos/as; más aún cuando en el Estado constitucional de derechos y justicia, la garantía de ejercicio y goce de los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a la identidad, que deriva de la dignidad, derecho profundamente vinculado a la idea de SER, que incluye el derecho a la identificación; nombre y apellido debidamente registrados y libremente escogidos; conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales, debe materializarse en cada caso; por ello, *prima facie,* resulta un contrasentido dejar al arbitrio del reconociente la modificación del estado civil de la persona por él reconocida, estado civil, que a más de generar lazos de filiación o parentesco por el estatus o condición de hijo o hija, conlleva la generación de vínculos que van más allá de lo jurídico, vínculos afectivos, emocionales, sociales, económicos, culturales, lingüísticos que constituyen la plataforma para el desarrollo de su proyecto de vida; de su forma de ser y estar en este mundo[28].

6.11) Tanto la acción de impugnación de paternidad, la de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, o la de nulidad del acto de reconocimiento de paternidad, cuando se declara su procedencia, enervan la filiación, por ello, la legislación sustantiva civil establece ciertas garantías normativas para la aplicación de dichas instituciones jurídicas, en aras de tutelar al máximo el derecho de identidad y el vínculo jurídico existente entre las personas; ahora bien, para dar respuesta al recurso planteado, es de relevancia el estudio de las instituciones jurídicas aludidas.

6.12) La acción de impugnación de paternidad.- Esta acción está orientada a enervar la filiación de los hijos nacidos dentro del matrimonio o unión de hecho.

Prima facie, hay que considerar que normativamente (artículo 233 del Código Civil), el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, esta presunción se extiende al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en la ley.

El artículo 24 del Código Civil ecuatoriano, refiere que se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad, por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente, de lo cual emerge una presunción legal.

En el tema que nos ocupa, la determinación de filiación del hijo (a) concebido dentro de un matrimonio, legalmente reconocido, presenta tres posibilidades: **a)** que los cónyuges personal y conjuntamente acudan al acto de inscripción del nacimiento; **b)** que solo la cónyuge acuda al acto de inscripción del nacimiento; y, **c)** que solo él cónyuge (marido) acuda al acto de inscripción. En el presente caso nos encontramos frente a un cuadro fáctico que se ajusta a la primera posibilidad.

Independientemente de las posibilidades que puedan presentarse en la inscripción de un hijo nacido dentro del matrimonio, tanto si el padre asiste o no al acto de inscripción, dicha cuestión no es de relevancia en función de la presunción legal establecida en el artículo 24 literal a) del Código Civil, en relación con lo que establece el artículo 233 ibídem, que en su parte pertinente señala:

> *"**El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él**, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).*
> *Esta presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código".* (El énfasis nos corresponde)

Ahora bien, la presunción legal de paternidad, establecida en las normas antes indicadas, es

[28] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.

susceptible de impugnación, en la cual, el tema medular de discusión es la verdad biológica, que se acredita "*mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).*".

En la ilación desarrollada, el artículo 233 A del Código Civil, singulariza las personas que tienen legitimación para incoar esta acción de impugnación de paternidad, en el siguiente sentido:

> *"La acción de impugnación de paternidad o maternidad podrá será ejercida por:*
> *1. Quien se pretenda verdadero padre o madre.*
> *2. El hijo.*
> *3. El que consta legalmente registrado como padre o madre y cuya filiación impugna.*
> *4. Las personas a quienes la paternidad o maternidad impugnable perjudique en sus derechos sobre la sucesión de los que constan legalmente como padre o madre. En este caso, el plazo para impugnar será de ciento ochenta días contados a partir de la defunción del padre o madre".*

Las normas invocadas, establecen con claridad en qué casos opera la impugnación de paternidad, y quienes son los legitimados activos para el efecto; asimismo desde la óptica de la teoría general de la prueba, refieren las garantías normativas que el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), tiene eficacia en esta acción dado que lo que se discute es la verdad biológica.

6.12) La impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad y la acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad. - Estas acciones están orientadas a enervar la filiación de un hijo nacido fuera del matrimonio pero reconocido voluntariamente por el padre o madre.

Los hijos nacidos fuera de matrimonio pueden ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozan de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del artículo 63 del Código Civil. Según nuestra estructura normativa, el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce. En todos los casos el reconocimiento será irrevocable, al tenor de lo analizado en párrafos precedentes.

Según nuestra estructura normativa (artículo 250 del Código Civil), **la legitimación activa para la impugnación del reconocimiento voluntario** la tiene *el hijo o cualquier persona que pueda tener interés en ello,* dentro de esta clasificación se excluye al reconociente.

Ahora bien, en casos concretos, la estructura normativa, establece la posibilidad de que el acto de reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera del matrimonio, pueda ser impugnado por vía de nulidad, otorgando la legitimación activa al reconociente; estos casos tienen estricta relación con la inobservancia de los requisitos indispensables para dotar de validez al acto de reconocimiento, al momento de otorgar el mismo.

En estos casos, la ausencia de vinculo consanguíneo (ADN) con el reconocido no constituye prueba para la impugnación de reconocimiento, ya que no se discute la verdad biológica.

En este sentido esta Alta Corte ha señalado:

> *"SEGUNDO.- El legitimado activo del juicio de impugnación de reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, excepto el reconociente, quien solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, acción que ha de prosperar, en tanto logre demostrar que, al momento de otorgarlo, no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez; la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de <u>la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento</u>, en que no se discute la verdad biológica"*[29]

Ahora bien, "*Sobra decir que, si al acto de reconocimiento no concurre la condición de voluntario, esto es, si se encuentra viciado, o tiene una causa u objeto ilícitos, o ha sido realizado por una persona incapaz carece de valor, por lo que puede declararse su nulidad, previo el trámite correspondiente*"[30].

[29] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.
[30] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.

"*No todo acto de reconocimiento surte efectos jurídicos, para ello es necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1461 del Código Civil, a saber: que la persona que lo otorga sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración; que su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita*."[31]

En el sentido explicado, es claro que uno de los concretos casos en que el reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera del matrimonio, puede ser impugnado vía nulidad, es aquel en el que el acto adolece de un vicio en el consentimiento.

La manifestación de un vicio para hacer valer un acto, tiene como fin el perjudicar o sacar ventaja mediante el engaño, la fuerza, amenazas, o la simple intención de hacer daño, hechos que de manera normal no podrían ser aceptados por el suscribiente si es que se tuviese conocimiento de su existencia; por lo cual la aplicación de estos mencionados vicios de los que puede adolecer el consentimiento se encuentran establecidos en la legislación nacional, para que de esta manera se pueda encontrar su existencia en el acto de voluntad.

El artículo 1461 del Código Civil, señala que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

> *"1. Que sea legalmente capaz;*
> *2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;*
> *3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,*
> *4. Que tenga una causa lícita.*
> *La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra" (El énfasis nos corresponde)*

El Art. 1697 del Código Civil prescribe: "*Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes (...)"*.

Según nuestra legislación sustantiva, los vicios de los que puede adolecer el consentimiento son el error, fuerza, y dolo (artículo 1467 del Código Civil); a su vez el error puede ser de derecho o de hecho. Puede existir error de hecho sobre la persona (artículo 1471 del Código Civil).

El objetivo principal que persiguen los vicios del consentimiento es invalidar la "libre voluntad" de una persona, derivada de la concurrencia de uno de ellos; por tal motivo, la consecuencia directa es la anulación absoluta del acto, ya que el consentimiento estuvo viciado.

En derecho, una persona incurre en el error cuando tiene una idea o concepto equívoco sobre algún aspecto del acto, lo cual da lugar al falso conocimiento. El error puede ocurrir, bien sea por ignorancia o equivocación, pero sin importar cuál es el caso, constituye una falsa recreación de la realidad porque los hechos no han sucedido como se ha pretendido mostrar.

No todos los errores que pueden presentarse tienen el mismo accionar jurídico. Por tanto, el mismo no siempre deriva a la nulidad del acto, salvo que sea un error relevante.

6.14) Ahora bien, revisado el contexto de la acción planteada por Alexander Israel Salazar Sánchez, se establece que, de la narración de los hechos y su súplica, se hace relación a que mantuvo *"relaciones conyugales con la hoy demandada señora Carla Cristina Ubidia Gavilanes, hasta el mes de marzo del año 2018",* que la hoy demandada dentro del matrimonio "*mantuvo relaciones sexuales con otra persona, fruto del cual quedo embrazada, teniendo actualmente un niño que responde a los nombres de Carlos Alexander Salazar Ubidia, de un año nueve meses a la fecha, en razón de ser nacido el 15 de agosto del año 2017, mentado menor fue inscrito con mis apellidos en el respectivo Registro Civil, haciendo creer a todos los que le rodean que soy el padre biológico de referido menor, lo que es completamente falso*".

En ese contexto como fundamentos de derecho plantea lo siguiente: "*Con los antecedentes expuesto y en amparo a lo que determina los artículos 233, 233 A, Art. 242 del Código Civil, acudo ante su Autoridad y demando la impugnación de la paternidad del menor Carlos Alexander Salazar Ubidia, por no ser mi hijo biológico*"

Es decir, los supuestos fácticos y jurídicos planteados estuvieron encaminados a una acción de *impugnación de paternidad,* de un hijo nacido dentro del matrimonio, particular que se consolida con la pretensión que obra de la demanda donde se indica que *"mediante sentencia, se acepte la demanda*

[31] Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial, Resolución No. 05-2014.

en todas sus partes, y se declare que el compareciente Alexander Israel Salazar Sánchez no es el padre biológico del menor Carlos Alexander Salazar Ubidia".
Por su parte, la accionada, en función del contradictorio, al contestar la demanda, y a lo largo del proceso, sostiene que el hoy actor, acudió personalmente al Registro Civil, que, *per se,* hizo un reconocimiento voluntario del niño de iniciales C.A.S.U; el mismo que al tenor de la regla establecida en el artículo 248 el Código Civil, es irrevocable, por lo cual debe aplicarse dicha garantía normativa y el precedente jurisprudencial obligatorio establecido en resolución No. 05-2014 de la Corte Nacional de Justicia.
6.15) Conforme lo fijado en el párrafo que precede, al tratarse de una acción de impugnación de paternidad, la teoría probatoria debía estar encaminada a justificar la existencia de una unión marital, la existencia de un hijo nacido dentro de esa unión conyugal, la filiación paterna derivada de la presunción legal por la existencia del matrimonio, y la prueba de ADN, que concluya sobre la inexistencia de vínculo biológico entre el hijo y el marido de dicho matrimonio.
6.16) Ahora bien, para dar respuesta al fundamento casacional de la recurrente; en lo referente al caso 4 del artículo 268 del COGEP, del examen de los argumentos planteados, se determina que la impugnante orientó su alegato casacional a cuestionar la justipreciación que realiza el *ad quem,* de los medios probatorios aportados, constituidos por instrumentos públicos (partida de matrimonio de actor y demandada, partida de nacimiento del menor de iniciales C.A.S.U., copia certificada de la sentencia de divorcio), y una pericia (examen de ADN), bajo el argumento que el Tribunal de apelación interpretó erróneamente varios preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria. Ahora bien, tal como se ha planteado el recurso, la impugnante incurre en la vulneración del principio de *no debate de instancia*, pues pretende que se valore nuevamente la prueba.
Ergo, este Tribunal advierte que el cargo planteado, incurre en la prohibición establecida en el cuarto inciso del artículo 270 COGEP, que señala: *"No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba";* y, al configurarse tal pretensión, en los enunciados de la formulación propuesta, dicha cuestión deriva en la transgresión del principio de *no debate de instancia*, ya que se evidencia que la parte impugnante procura una nueva valoración probatoria, situación proscrita en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

> *"(...) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente.* ***Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba,*** *sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (...)*
> ***la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia.*** *El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (...)"*[32]

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

[32] Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

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*"[33]. 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.

Sin dejar de lado las imprecisiones técnicas descritas en los párrafos que preceden, corresponde analizar los yerros *in iure* propuestos, en relación a los mismos, desde la órbita del régimen procesal vigente, el Titulo II, del COGEP, hace relación a la prueba, por su parte, el Capítulo I, establece las reglas generales; así, respecto a su valoración, 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.

Frente a lo señalado en el párrafo que precede, es preciso indicar que, en torno al **artículo 164 del COGEP**, dicha norma 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*", 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*"[34].

Por otra parte, en el ámbito de la teoría general de la prueba judicial, se establecen las reglas respecto de la prueba documental, así, para que los documentos auténticos y sus copias o compulsas, hagan prueba es necesario, que no estén defectuosos ni diminutos, que no estén alterados en una parte esencial, de modo que pueda argüirse falsedad, y que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que, con tales documentos, se intente probar (artículo 195 del COGEP -Eficacia de la prueba documental-), asimismo emerge el instituto de la indivisibilidad de la prueba, por ello, la prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, en consecuencia no se podrá aceptar en una parte y rechazar en otra, lo cual comprende aun lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato (artículo 199 del COGEP), a su vez, en relación al documento público y su alcance probatorio, el mismo hace fe, aun contra terceros, de su otorgamiento, fecha y declaraciones que en ellos haga la o el servidor público que los autoriza, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho las o los interesados. En esta parte no hace fe sino contra las o los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento hacen prueba con respecto a las o los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular (artículo 208 del COGEP).

El desarrollo conceptual de las normas 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, y 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

[33] Murcia Ballen, Humberto, *"Recurso de Casación Civil"*, 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59

[34] Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Civil,* Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p. 304

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[35], 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 [36]. 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"[37].

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 prueba, las mismas fueron

[35] Silva Melero, ob.cit., t. I, págs. 29 y 30, nota 4.
[36] 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.
[37] Devis Echandia, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Tomo I, Sexta Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1999, p.109-126.

ordenadas, practicadas e incorporadas al proceso, sin que respecto de ellas, se haya realizado objeción alguna, en el momento procesal oportuno, en torno a su legalidad, pertinencia, conducencia, eficacia y validez, institutos que tienen relación con los principios desarrollados en el párrafo que antecede, cuyo referente es el artículo 76 numeral 4 de la CRE.

Revisado el proceso, se establece que el actor presentó, entre otros medios de prueba, la partida de matrimonio de actor y demandada, la partida de nacimiento del menor de iniciales C.A.S.U., la copia certificada de la sentencia de divorcio, y la prueba de ADN, que establece la inexistencia de vinculo biológico entre el menor de iniciales C.A.S.U., y el demandante.

La recurrente, al sostener que el examen de ADN que obra como medio de prueba *"no tiene relación con la presente causa porque no se está discutiendo la verdad biológica del niño",* construye sus enunciados con falacias argumentativas, ya que *a contrario sensu*, en tratándose de una impugnación de paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio, si se discute la verdad biológica, y el ADN, emerge como un medio pertinente, conducente, eficaz y útil.

Por otra parte, el *ad quem*, luego de la inferencia de los medios de prueba señalados *ut supra*, en relación con los hechos alegados (impugnación de paternidad), consideró que estaba justificada adecuadamente la teoría probatoria en correspondencia con la teoría fáctica y jurídica*;* entonces, el Tribunal *ad quem*, en el marco de sus atribuciones constitucionales y legales, justipreció las pruebas aportadas por las partes, conforme las reglas procesales aplicables; sobre la base de aquello, se respetó la eficacia de las mismas, atendiendo a su integralidad, sin dividir su contenido, y dotándoles a las mismas del alcance probatorio que correspondía, sin haber interpretado erróneamente regla alguna.

Entonces, no se observa que el *Ad quem*, haya interpretado erróneamente las reglas sobre la valoración de la prueba, la eficacia e indivisibilidad de la prueba documental, y menos aún sobre el alcance del instrumento público, pues estos documentos fueron justipreciados como tales, atendiendo a su naturaleza; por ello, lo acusado por la recurrente, se asume como una mera inconformidad respecto de ese ejercicio valorativo realizado en instancia, que poco aporta al debate en sede casacional.

Para ultimar, la recurrente, al sostener su cargo, no explica cuál es la interpretación errada que dio el *Ad quem*, a los preceptos de los artículos164, 195, 199 y 208 del COGEP, y en su defecto, cuál era la interpretación válida que corresponda otorgar a los mismos, lo que deriva en que no exista un proposición jurídica completa en su postulación, incurriendo en la vulneración del principio de debida fundamentación y demostración, esto sumado a que soslayó el principio de no debate de instancia, hace concluir que el cargo de errónea interpretación de los artículos 164, 195, 199 y 208 del COGEP, no está justificado; por ello, al no configurarse la primera violación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, mal puede sostenerse la equivocada aplicación de los artículos 233 y 233 A, del Código Civil, tanto más que dichas normas al tratarse de una acción de impugnación de paternidad, son pertinentes y aplicables al caso, por ello, la censura es improcedente.

6.17) En lo referente a la censura de vulneración del artículo 248 del Código Civil, es menester considerar que dicha garantía normativa se halla circunscrita dentro del Libro I "De las personas", Título VIII, "Del reconocimiento voluntario de los hijos", del Código Civil; en ese contexto, desde una hermenéutica sistémica, la naturaleza jurídica de la norma objeto de análisis, tiene relación directa con el reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera del matrimonio, en correspondencia con el artículo 247 ibídem, en donde cuando se demanda la impugnación del reconocimiento o la nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad, no se discute la verdad biológica, y el ADN, no constituye prueba útil, conducente y pertinente; por ello, el contenido de la norma acusada como soslayada (artículo 248 del Código Civil), no guarda relación con el Título VII del Libro I del Código Civil, que desarrolla las reglas *"De los hijos concebidos en matrimonio";* en donde sí se discute la verdad biológica y el ADN es útil, pertinente, y conducente, cuando se impugna la paternidad, como en el presente caso; ergo, por falta de debida fundamentación y demostración, y por vulnerar el principio de taxatividad, ya que no se adecuó la censura a uno de los cargos casacionales (falta de aplicación, aplicación indebida, o errónea interpretación), previstos en el artículo 268 numeral 5 del COGEP, lo planteado por la recurrente, es improcedente.

6.18) Finalmente, en lo referente a la falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio establecido en resolución No. 05-2014 de la Corte Nacional de Justicia, en la misma ilación

desarrollada en el párrafo anterior, la presente causa tiene su base fáctica, jurídica y probatoria, en una acción de impugnación de paternidad, y no en una acción de impugnación de reconocimiento o de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de paternidad.

Ergo, tomando en cuenta que el precedente aludido, explícitamente cuando señala: "*PRIMERO.- **El reconocimiento voluntario** de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable. SEGUNDO.- **El legitimado activo del juicio de impugnación de reconocimiento** es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, excepto el reconociente, quien solo puede impugnar **el acto del reconocimiento** por vía de nulidad del acto, acción que ha de prosperar, en tanto logre demostrar que, al momento de otorgarlo, no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez; la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de **ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento**, en que no se discute la verdad biológica",* desde un enfoque de hermenéutica literal y teleológica, al dar el carácter de irrevocable al reconocimiento de un hijo, lo hace desde la óptica de la institución jurídica del "Reconocimiento voluntario de los hijos", establecida en el Título VIII, del Libro I, del Código Civil, explicada *ut supra;* es claro que dicha jurisprudencia no es aplicable al conflicto jurídico sometido a la jurisdicción, referente a una impugnación de paternidad, cuyas características según lo analizado en párrafos anteriores son distintas.

6.19) Por todo lo indicado, no se advierte vulneración de normas de derecho sustantivo o precedentes jurisprudenciales, en la labor intelectiva de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por la impugnante, a través del recurso interpuesto, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre las normas o precedente que se consideran violados y por ende provocarían un error de derecho; asimismo, no explica la influencia que han tenido los presuntos *errores in iure*, sobre la parte dispositiva de la resolución cuestionada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del remedio procesal objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado por la parte recurrente, persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbre vulneración del artículo 248 del Código Civil, o que exista una falta de aplicación de la Resolución No. 05-2014 de la Corte Nacional de Justicia, es improcedente.

SÉPTIMO:
DECISIÓN.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**,

RESUELVE:

7.1) Declarar la improcedencia del recurso de casación planteado por Carla Cristina Ubidia Gavilanes, 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.

7.2) Al no verificarse la consignación de ningún valor por concepto de caución, no corresponde pronunciamiento alguno sobre dicha cuestión, por parte de este órgano jurisdiccional.

7.3) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) Dr. David Jacho Chicaiza, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dr. Roberto Guzmán Castañeda, JUEZ NACIONAL (E); Dr. Wilman Terán Carrillo, JUEZ NACIONAL (E).

ECUADOR

GACETA JUDICIAL

PUBLICACION SEMANAL

AÑO I . Quito, 28 de Mayo de 1895 Nº 1

SUMARIO

1 Prospecto.
2 El Ministerio de Justicia comunica a S. E. la Corte Suprema la fundación de la Gaceta y le pide su cooperación.—Respuesta.
3 Despacho diario de la Excma. Corte Suprema.
4 Sentencia de tercera instancia de S. E. la Corte Suprema en la causa que el Sr. Jacinto Fierro sigue contra el Sr. Vidal Enriquez Ante, para obligarle a que reciba el fundo "Papatena".

1

PROSPECTO

Creemos prestar un verdadero servicio al Foro ecuatoriano con la publicación de esta hoja.

En ella se darán a conocer los fallos expedidos por el Supremo Tribunal de Justicia de la República, fallos respetabilísimos, cuya autoridad no puede menos de influir de manera decisiva en la recta interpretación y aplicación de la ley.

Se darán también a conocer las opiniones que, sobre puntos importantes, expongan nuestros más distinguidos jurisconsultos, en los alegatos que presenten ante la Excma. Corte Suprema.

Por último, se publicará una crónica judicial, en la que se manifestará el despacho diario, así de la Corte Suprema, como de la Superior de Quito, y de los Juzados inferiores de este cantón.

El objeto de esta publicación es facilitar a los Tribunales y Juzgados inferiores de la República el conocimiento de las ejecutorias supremas, para que ellas les ilustren en la resolución de las arduas y trascendentales cuestiones que a cada paso se presentan en la práctica del foro, y dar a los profesores de Derecho abundante materia para importantes estudios, sobre todo, para el comparativo de la jurisprudencia práctica con la Legislación, único medio seguro para descubrir las imperfecciones de las leyes, y la manera de mejorarlas.

Ojalá que la Gaceta Judicial alcance el muy levantado fin que se propone, y contribuya al adelanto de la legislación y al progreso de los estudios jurídicos, absolutamente descuidados en nuestra Patria.

2

República del Ecuador.—Ministerio de Estado en el Despacho de Instrucción Pública.—Quito, Mayo 20 de 1895.

Sr. Presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

El Art. 6º, Nº 13, de la Ley de Instrucción Pública me atribuye, por una parte, la facultad de "favorecer la publicación de obras científicas o literarias", y, a más de esto, el hecho de ser Ministro de Justicia me impone el deber de fomentar los sólidos estudios de jurisprudencia; y como para lograr este último objeto no hallo medio más oportuno que el de cooperar a la fundación de un periódico donde puedan registrarse así las decisiones del más alto Tribunal de la República —las cuales constituyen la fuente de nuestro derecho consuetudinario— como también los escritos y opiniones de los más eminentes de nuestros jurisconsultos, he dispuesto que en la oficina de

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta
Judicial

Escanea el código QR
SÍGUENOS
en nuestras redes sociales

/CorteNacionalCNJ @CorteNacional CorteNacional @CorteNacionalCNJ @cortenacional Corte Nacional Corte Nacional de Justicia del Ecuador

www.cortenacional.gob.ec