

REGISTRO OFICIAL

Organo del Gobierno del Ecuador



Suplemento del Registro Oficial

Año II- Quito, Sábado 17 de Mayo del 2008 - N° 339



Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República
Responsabilidad de la Dirección del Registro Oficial



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año II -- Quito, Sábado 17 de Mayo del 2008 -- N° 339

DR. RUBEN DARIO ESPINOZA DIAZ
DIRECTOR

Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez
Dirección: Telf. 2901 - 629 -- Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540
Distribución (Almacén): 2430 - 110 -- Mañosca N° 201 y Av. 10 de Agosto
Sucursal Guayaquil: Malecón N° 1606 y Av. 10 de Agosto -- Telf. 2527 - 107
Suscripción anual: US\$ 300 -- Impreso en Editora Nacional
1.500 ejemplares -- 96 páginas -- Valor US\$ 2.50

S U P L E M E N T O

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
FUNCION EJECUTIVA			
		del Ministerio de Energía y Minas y otros	4
	ACUERDO:		
	MINISTERIO DE DESARROLLO URBANO Y VIVIENDA:	157-2007 Enrique Oswaldo Rivera Rivera en contra del Alcalde de la Municipalidad del Cantón Centinela del Cóndor y otro	6
0031	Deléganse a los subsecretarios de Vivienda y de Desarrollo Organizacional para que dentro de sus áreas de competencia autoricen los trámites administrativos, técnicos y financieros, que la Unidad de Asesoría Técnica (UAT) requiera y solicite para el cabal desempeño de sus funciones	158-07 Compañía Ingeniería Andina Bromco INABROMCO Cía. Ltda., en contra de la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito	6
		159-07 Yolanda Sevillano Andrade en contra del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	8
	FUNCION JUDICIAL	160-07 María Isabel Trujillo Torres en contra del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	9
	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:	161-07 David Fernando Mogrovejo Zapata en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	11
	Recursos de casación en los juicios seguidos por las siguientes personas e instituciones:	162-07 Sonia Cecilia González Medina en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	13
156-07	Miguel Angel Alquina Morales en contra	163-07 Fanny Palmira Marcillo Panta en contra	

del Rector del Colegio Nacional "Abdón Calderón Muñoz"	16		
		Págs.	
164-07 Ingeniero Carlos Cueva Ordóñez en contra del Ministerio de Bienestar Social ..	17		
167-07 Víctor Hugo Moreno Torres en contra de la Ilustre Municipalidad de Pucará	19		
168-07 Florencio Antonio Andrade Medina en contra de la Empresa Eléctrica Manabí S.A., EMELMANABI y otros	21		
169-07 Jorge Washington García Chávez en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	31		
170-07 Janeth Fabiola Castanier López en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	33		
173-07 Ab. Galo Guido Vera Alcívar en contra del Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura	36		
174-07 Ing. Néstor Aurelio Pauta Astudillo en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	37		
175-07 Hipatia de la Nube López Vintimilla en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	39		
176-07 Samuel Daniel Castro Palma en contra del Gerente General del Banco Central del Ecuador y otro.....	42		
177-07 Franklin Peñaranda Corrales y otros en contra del Ministerio de Energía y Minas y otro	46		
178-07 María del Cielo Matamoros Vélez en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	48		
179-07 Lauro Raúl López Bustamante en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	50		
180-07 José Octavio Zambrano Vera en contra del Instituto Forestal de Areas Naturales y Vida Silvestre -INEFAN-	52		
181-07 Juan Bosco Copiano Rodríguez en contra de la Contraloría General del Estado	53		
182-07 Doctor Freddy Sánchez Cajas en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	54		
183-07 Gregorio Neptalí Amador Contreras en			
184-07 Víctor Manuel Suárez Guevara en contra del Ministro de Economía y Finanzas y otros	57		
		Págs.	
185-07 Víctor Atocha Cedillo en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	59		
186-07 Francisco Eduardo León Cáceres en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	61		
191-07 Silvia Margarita Córdova Vásconez en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	63		
192-07 Jorge Alberto Hidalgo Piedra en contra de la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito	65		
			TERCERA SALA DE LO PENAL:
			Recursos de casación, revisión y apelación en los juicios penales seguidos en contra de las siguientes personas:
196-2005 Patricia del Carmen Lucas Santana por el delito tipificado en el Art. 494 del Código Penal	69		
302-2005 Silvio Ricardo Farías Zambrano por el delito culposo que tipifica y reprime el Art. 76 de la Ley de Tránsito	70		
480-2005 Gilberto Manuel Barre Zambrano por el delito de violación en perjuicio de Angela Narcisa Barre González	71		
568-2005 Marisol del Rocío Naranjo Moposita por el delito de tenencia y posesión ilícita de droga	72		
670-2005 Juan Chulca Chiliquina por el delito de enriquecimiento ilícito	73		
58-2006 Juan Evangelista Vera Montiel por el delito de homicidio simple	78		
130-2006 Jorge Enrique León Rea por el delito de violación en perjuicio de Viviana Noemí Huilca Rea	79		
140-2006 Marcelo Ojeda Moreno por el delito de lesiones en perjuicio de Jorge Washington Pilataxi Guano y otra	80		
191-2006 Mario Islao Medina Guailas por el delito Que tipifica y sanciona el Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas	81		

275-2006 Dr. Luis Remigio Serrano Serrano por el delito de lesiones inintencionales a Mariángel Calvache Torres	83
320-2006 Adán Isidro Arias Espín por el delito previsto en el Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas	86
323-2006 Luis Armando Cevallos Guamanzara y otro por el delito de robo agravado	88
Págs.	
330-2006 Carlos Daniel Montero por el delito de posesión ilícita de drogas	90
365-2006 Magda Palacios Paredes y otros por el delito de usurpación	90
369-2006 Ana Lucila Cobo Chévez por el delito de abuso de confianza	91
406-2006 Lidia Zulema Palma Tanicuchi por el delito de tenencia ilícita de estupefacientes	92
576-2006 Julio Albino Morán Espinoza por el delito de usurpación	94
583-2006 Angela Narcisca Páez Murillo por el delito de injurias a Rosa Esmeralda Córdova Sobeni	95

No. 0031

Arq. María de los Angeles Duarte Pesantes
MINISTRA DE DESARROLLO URBANO Y VIVIENDA

Considerando:

Que, la Constitución Política de la República del Ecuador en su artículo 179, numeral 6, faculta a los señores ministros de Estado, expedir las normas, acuerdos y resoluciones que requiere la gestión ministerial;

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, los ministros de Estado son competentes para conocer y dar trámite legal a todos los asuntos inherentes a sus ministerios sin necesidad de contar con la autorización del señor Presidente de la República, salvo los casos

expresamente señalados en la Constitución Política del Estado y las leyes;

Que, el artículo 55 del Estatuto del Régimen Jurídico, Administrativo de la Función Ejecutiva, de los procesos administrativos de descentralización y desconcentración, delegación y avocación establece que las atribuciones propias de las entidades y autoridades de la Administración Pública Central e Institucional serán delegables a las autoridades u organismos de inferior jerarquía excepto las que se encuentren establecidas por ley o por decreto ejecutivo;

Que, con el fin de agilizar los trámites que son de competencia del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, es necesario implementar mecanismos para la descentralización de funciones; y,

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 179, numeral 7 de la Constitución Política de la República del Ecuador; y, el artículo 17 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva,

Acuerda:

Artículo 1.- Delegar a los subsecretarios de Vivienda y de Desarrollo Organizacional para que dentro de sus áreas de competencia autoricen los trámites administrativos, técnicos y financieros, que la Unidad de Asesoría Técnica (UAT) del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda requiera y solicite para el cabal desempeño de sus funciones.

Artículo 2.- En virtud de la delegación en el ámbito de sus competencias los subsecretarios podrán:

2. a.- Atender requerimientos de aprobación de los vistos buenos de los informes de labores de los profesionales contratados para que trabajen en la Unidad de Asesoría Técnica (UAT).

2. b.- Suscribir a nombre del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda las aprobaciones de procesos de viáticos de los profesionales contratados para que trabajen en la Unidad de Asesoría Técnica (UAT).

2. c.- Autorizar el pago de honorarios de los profesionales contratados para que trabajen en la Unidad de Asesoría Técnica (UAT).

2. d.- Aprobar los informes técnicos de las comisiones de servicio de los profesionales contratados para que trabajen en la Unidad de Asesoría Técnica (UAT).

2. e.- Autorizar a los profesionales contratados para que trabajen en la Unidad de Asesoría Técnica (UAT) los desplazamientos a las diversas provincias del país para que cumplan sus tareas de supervisión en las diferentes direcciones provinciales a nivel nacional que se necesite y deban ser cumplidas dentro de sus actividades específicas y que requiera el Ministerio.

Artículo 3.- Se exceptúa de esta delegación aquellos actos administrativos relacionados a nombramientos, destitución y renovación de los servidores públicos del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda MIDUVI, cuyos actos serán suscritos por la máxima autoridad del Portafolio.

Artículo 4.- Los subsecretarios de Vivienda y de Desarrollo Organizacional como delegados de la Ministra de Desarrollo Urbano y Vivienda responderán directamente civil, administrativa y penalmente de los actos realizados en ejercicio de tal delegación.

Artículo 5.- Los señores subsecretarios Vivienda y de Desarrollo Organizacional en atención a la presente delegación presentarán de manera mensual un informe detallado y pormenorizado de las aprobaciones y autorizaciones conferidas a la señora Ministra de Desarrollo Urbano y Vivienda.

Artículo 6.- En virtud de la delegación y en atención a lo dispuesto en el presente acuerdo el delegado adoptará las decisiones y resoluciones correspondientes con sujeción a las políticas y directrices que dicte la señora Ministra de Desarrollo Urbano y Vivienda.

De la ejecución del presente acuerdo encárguese los señores subsecretarios de Vivienda y de Desarrollo Organizacional.

El presente acuerdo ministerial entrará en vigencia desde su suscripción, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial y deroga cualquier otro que existiere sobre esta misma materia.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano a los 21 días de junio de 2007.

f.) Arq. María de los Angeles Duarte Pesantes, Ministra de Desarrollo Urbano y Vivienda.

CERTIFICACION

CERTIFICACION QUE: El texto que antecede, en tres fojas útiles, del Acuerdo Ministerial No. 031, de 21 de junio de 2007, **Acuerda: Delegar a los subsecretarios de Vivienda y de Desarrollo Organizacional para que dentro de sus áreas de competencia autoricen los trámites administrativos técnicos y financieros, que la Unidad de Asesoría Técnica (UAT) del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda requiera y solicite para el cabal desempeño de sus funciones.** Suscrito por la señora arquitecta María de los Angeles Duarte Pesantes, Ministra de Desarrollo Urbano y Vivienda, es igual a su original que reposa en el archivo de esta Cartera de Estado, al cual me remito en caso necesario.

La presente certificación la emito en mi calidad de Secretario del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda. En San Francisco de Quito D.M., a los 25 días de junio de 2007.

Atentamente,

f.) Rubén Castillo Puga, Secretario del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 2 de abril del 2007; las 15h00.

VISTOS (175-2004): El recurso de casación que consta a fojas 126 y 133 del proceso, interpuesto por el señor Miguel Angel Alquinga Morales, por sus propios derechos, en contra de la sentencia expedida por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, el 29 de marzo de 2004, a las 09h00, dentro del proceso signado con el número 9918-EG, propuesto por el recurrente contra el Ministerio de Energía y Minas y otros, sentencia en la que se “*rechaza, sin costas, la demanda*”.- El recurrente fundamentó su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos: 1, 4 y 5 del Reglamento para la supresión de puestos y su correspondiente indemnización, publicado en el Registro Oficial No. 236, de 20 de julio de 1993; 36 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 1731 del Código Civil; 132 del Reglamento General de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 23, numerales 3, 17, 26 y 27; 35, numerales 2 y 4; y, 124, inciso segundo, de la Constitución Política. El recurrente invocó también la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil.- Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, con su actual conformación, avoca conocimiento de aquél y para resolver considera: PRIMERO: La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interponen contra las sentencias o autos de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación en vigencia.- SEGUNDO: Se ha agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad alguna que declarar.- TERCERO: El recurrente ha invocado la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil (en su numeración entonces vigente), sin justificar su pertinencia. Esta Corte ha señalado, en múltiples ocasiones, que la valoración de la prueba es una atribución de los tribunales distritales, y que la Sala está facultada únicamente a controlar que esta tarea del Tribunal *a quo* se haya efectuado sin contravenir el ordenamiento jurídico. Por tal razón, para que prospere un recurso fundado en la causal tercera, es imprescindible que el recurrente identifique la prueba o pruebas respecto de las cuales el Tribunal Distrital ha infringido el ordenamiento jurídico; establezca la norma o normas de tasación o procesales que estima infringidas; demuestre razonadamente la manera en que el Tribunal ha incurrido en la infracción; señale la norma o normas de derecho sustantivo que, por efecto de la violación de orden procesal, han dejado de ser aplicadas o han sido aplicadas defectuosamente; y, la manera en que esto último se ha producido.- Por lo manifestado, esta Sala no puede acoger la acusación que el recurrente hace del fallo por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.- CUARTO: El recurrente sostiene, al fundamentar la invocación de la causal primera, que el Tribunal *a quo* ha infringido los artículos: 1, 4 y 5 del Reglamento para la supresión de puestos; 36 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 1731 del Código Civil; 132 del Reglamento

General de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 23, numerales 3, 17, 26 y 27; 35, numerales 2 y 4; y, 124, inciso segundo, de la Constitución Política, por las siguientes consideraciones: a) No podía efectuarse la supresión de su partida sin practicarse una “auditoría administrativa”; b) En el caso puesto a consideración de esta Sala, no se efectuó esta auditoría, y esa circunstancia habría provocado la nulidad del acto administrativo materia del proceso; y, c) Al haberse producido un acto administrativo nulo, por violación del trámite previsto para la supresión de un cargo, se han afectado los derechos de los trabajadores, reconocidos y garantizados en la Constitución Política.- A este respecto, la Sala considera: a) No cabe duda que “la auditoría administrativa” prevista en el Reglamento de Supresión de Puestos, en su artículo 1, busca evitar las arbitrariedades en la adopción de decisiones que pueden afectar los intereses y derechos de los funcionarios públicos. Sin embargo, lo relevante en el instrumento, más allá de su valor técnico, es su función dentro del sistema jurídico. En este sentido, el artículo 4 del mismo Reglamento de Supresión de Puestos, que define los criterios y prioridades en este tipo de procedimientos administrativos, establece que, de modo previo a la emisión de la resolución de supresión de puestos se considerará, entre otros, la “4. Identificación de las reales necesidades de personal a través de la auditoría administrativa”. El sentido de la “auditoría administrativa”, según esta norma, es identificar las necesidades de personal de la entidad de la que se trate; b) A la idea precedente se debe agregar el hecho de que la supresión de cargos en la administración pública puede tener varios orígenes. Se pueden considerar, por ejemplo la simple definición de una política de reducción de personal, regulada en sus aspectos operativos por el Decreto No. 928, publicado en el Registro Oficial No. 236, de 20 de julio de 1993; sin embargo, es también posible concebir una eliminación de una entidad o la reestructuración orgánica de la administración pública, como en el caso que motiva la demanda impugnatoria. En cualquiera de los casos, lo que se busca en el ordenamiento jurídico es suprimir el mero voluntarismo en las decisiones públicas, aunque los mecanismos y procedimientos no sean únicos. Frente a la posibilidad de que el supuesto no se encuentre regulado en sus aspectos meramente operativos, se deberá aplicar, en cualquier caso, las normas de superior jerarquía que definen las reglas básicas.- c) De conformidad con el artículo 179, numerales 6 y 7, de la Constitución Política y el artículo 17 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, es competencia de los ministros de Estado la gestión de las carteras a su cargo. La Acción de Personal No. RH-2002-465, de 30 de octubre de 2002, bajo ningún concepto puede ser considerada arbitraria, pues, de su texto se desprende que se emite: “...de conformidad a lo establecido en los artículos 109 literal d), 59 literal d), de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; y, Resoluciones Nos. 017 y 070 del Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público de 27 de julio y 29 de diciembre de 2000, publicadas en e Suplementos de Registro Oficial Nos. 139 y 248 de 11 de agosto de 2000 y 19 de enero de 2001, respectivamente; Resolución No. 003 SDO-RH-2002 de 25 de octubre de 2002; y, Resolución Presupuestaria No. 401207 de 30 de octubre de 2002, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas” (fs. 3). En lo que respecta a la base técnica de la que se desprenden las necesidades de personal de la entidad, esto es, el instrumento que cumple la función jurídica prevista para la denominada “auditoría administrativa”, en los casos de reestructuración orgánica y funcional, se la

puede apreciar sin mayor esfuerzo en las reformas al Estatuto Orgánico por Procesos del Ministerio de Energía y Minas, publicadas en el Registro Oficial No. 685, de 17 de octubre de 2002, que merecieron la aprobación del órgano de la Administración Central que sustituyó a la Dirección Nacional de Personal, a la que se refiere el Reglamento de Supresión de Puestos (artículos 1, 4 y 5) y el Reglamento a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (artículo 132). d) Todo cuanto se ha referido muestra que no existe afectación en el procedimiento administrativo del que se pueda derivar su nulidad, en los términos del literal b) del artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El hecho de que, en razón del origen de la supresión de las partidas en el presente caso, exista un instrumento técnico aprobado por autoridad competente, que por ello se ajusta a las reglas previstas en el artículo 132 del Reglamento a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y que cumple la función jurídica de la auditoría administrativa (artículo 4 del Reglamento de Supresión de Partidas), no puede suponer una violación del procedimiento administrativo que influya en la decisión. En principio, el procedimiento seguido conforme a la Ley y el Reglamento de Servicio Civil y Carrera Administrativa, no corresponde exactamente al supuesto regulado por el Decreto No. 928, publicado en el Registro Oficial No. 236, de 20 de julio de 1993.- e) Dado que no existe arbitrariedad o ilegalidad que se pueda acusar en el presente caso, no se puede sostener que han sido vulnerados de modo alguno los derechos reconocidos y garantizados en la Constitución para los trabajadores, como lo ha sostenido el recurrente. En efecto, de conformidad con el artículo 124, inciso segundo, de la Constitución Política, “la ley garantizará los derechos y establecerá las obligaciones de los servidores públicos y regulará su ingreso, estabilidad, evaluación, ascenso y cesación” (el subrayado es de la Sala); y, los artículos 109, literal d), y 59, literal d) de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, entonces vigentes, establecieron que la supresión de puesto produce la cesación definitiva del funcionario público y el derecho a ser indemnizado según lo previsto en el artículo 54 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 181, de 30 de abril de 1999 (aplicable al caso). f) Los artículos 36 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 1731 del Código Civil son normas que no resultan pertinentes a la sentencia materia del presente recurso, pues, la primera se refiere a los requisitos de la contestación a la demanda y, la segunda, a los efectos de la nulidad declarada judicialmente.- Por las consideraciones vertidas, que se constriñen a lo que ha sido materia del presente recurso, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso interpuesto.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

RAZON: En esta fecha, a partir de las diecisiete horas, notifiqué con la nota de relación y sentencia anteriores, a Miguel Alquina Morales, en el casillero judicial No. 1825; al señor Ministro de Energía y otros, en el casillero judicial No. 1331; y Procurador General del Estado, en el casillero judicial No. 1200.- Quito, a 2 de abril de 2007.

f.) La Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en cuatro (4) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 156-07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Miguel Angel Alquina Morales contra el Ministerio de Energía y otros, al que me remito en caso necesario.- Certifico.- Quito, a 12 de abril de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 157-2007

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, a 2 de abril del 2007; las 10h30.

VISTOS (233-04): Los señores doctores Felipe Francisco Merino Cueva y Jorge Luis Ruiz Armijos en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico, respectivamente, de la Ilustre Municipalidad del cantón Centinela del Cóndor, provincia de Zamora Chinchipe, interponen recurso de casación respecto a la sentencia expedida el 12 de mayo de 2004 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, dentro del juicio que sigue contra el referido Consejo Cantonal el señor Enrique Oswaldo Rivera Rivera, para impugnar la resolución número 9, de 24 de abril del 2003, emitida por el Alcalde de esa Municipalidad y la acción de personal número 001, de 25 del día siguiente, 25 de abril del 2003, mediante la cual se destituye al actor del cargo de Guardalmacén Municipal. El recurso fue admitido a trámite por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, con la integración que tenía para el 7 de octubre del 2004, mediante auto de esa fecha. Al encontrarse la causa en estado de dictar sentencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, con su actual conformación, avoca conocimiento de la indicada causa, y, para resolver considera: PRIMERO: La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interponen respecto de sentencias de tribunales distritales de lo contencioso administrativo, en virtud de lo previsto en el artículo 200 de la Constitución Política del Estado y en la Ley de Casación.- SEGUNDO: Se ha agotado el trámite previsto por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad por declarar.- TERCERO: Los recurrentes estiman que las normas jurídicas que se han infringido en la sentencia objeto del recurso son las previstas por los artículos: 58, letras b, f y h, 61, y 114, letra f), de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 32 y 77 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, y 119 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 77 de la mencionada Ley de la Jurisdicción Contencioso

Administrativa.- Fundamenta su recurso en el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, y, "en los artículos 2 y 3, causales 1, 2 y 3 de la Ley de Casación", que enuncian en forma general, y, además, sin referirlas a aspectos específicos de la sentencia, aun cuando tales normas contemplan situaciones diversas y precisas, que no puedan darse simultáneamente, en un mismo caso.- CUARTO: Del proceso constan que en él actuó un representante de la Procuraduría General del Estado.- QUINTO: Asimismo de autos aparece que se sometió al mencionado señor Enrique Oswaldo Rivera Rivera a interrogatorios e investigaciones administrativas sin que él pudiera contar con la asistencia de un abogado, lo cual entraña violación de la norma prevista en el numeral 5 del artículo 24 de la Constitución Política.- SEXTO: El Alcalde del cantón Centinela del Cóndor, electo en diciembre del 2004 y en funciones para marzo del 2005, señor ingeniero José Rubén Valladares González, así como el Procurador Síndico de dicha Ilustre Municipalidad, abogado Gautama Cueva Arias, a nombre y representación de ella, desistieron, en escrito presentado el 4 de marzo del 2005, del recurso de casación que habían deducido los funcionarios de la administración precedente.- Sin necesidad de otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación presentado por los señores doctores Felipe Francisco Merino Cueva y Jorge Luis Ruiz Armijos, en las calidades de Alcalde y Procurador Síndico, respectivamente, de la Ilustre Municipalidad del cantón Centinela del Cóndor, provincia de Zamora Chinchipe, que tenían al dos de junio del 2004, y, en consecuencia, queda, en firme la sentencia del Tribunal *a quo*, que dispone el reintegro del señor Enrique Oswaldo Rivera Rivera a las funciones que desempeñaba en la indicada Municipalidad.- Notifíquese, publíquese, Devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy lunes dos de abril del año dos mil siete a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden a Enrique Rivera Rivera en el casillero judicial No.1232, a la Municipalidad del cantón Centinela del Cóndor en el casillero judicial No. 836 y al Delegado de la Procuraduría General del Estado en Cuenca en el casillero judicial No.1200.- Certifico (PG).

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

RAZON: siento como tal que las fotocopias que en dos (2) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 157/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Enrique Rivera Rivera contra la Municipalidad del cantón Centinela del Cóndor, al que me remito en caso necesario.- Certifico.- Quito, a 30 de abril de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 158-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, a 2 de abril de 2007; las 09h00.

VISTOS (396-2004): La Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, EMAAP-Q representada por el Ing. Juan Neira Carrasco, en su calidad de Gerente General, interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada el 30 de junio de 2004 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, que acepta, en parte, la demanda planteada por la Compañía Ingeniería Andina Bromco, INABROMCO CIA. LTDA., representada por el Ing. Leonardo Abraham Galarza Izquierdo, contra la recurrente. La Sala de lo Contencioso Administrativo, con fecha 8 de marzo de 2005, no calificó el recurso, por lo que la EMAAP-Q solicitó la revocatoria de dicha providencia, argumentando que el recurso estaba debidamente fundamentado, ante lo cual la Sala, con su actual conformación, mediante providencia de 01 de febrero de 2006, revocó el auto de 8 de marzo del 2005, y admitió a trámite el recurso interpuesto, que se fundamenta en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 1588 y 11 del Código Civil, y aplicación indebida del artículo 1062 del Código de Procedimiento Civil; así como en la causal tercera del artículo 3 de la propia Ley de Casación, por falta de aplicación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil. Mediante escrito presentado el 15 de febrero de 2007, la compañía INABROMCO CIA. LTDA. cede, a título gratuito, a favor de su abogado defensor, doctor Hernán Gonzalo Sánchez Valdivieso, los derechos litigiosos objeto de la presente causa; se reconocen las respectivas firmas el 28 de marzo de 2007, por lo cual se cuenta con el cesionario, a quien se le notificará, por sus propios derechos la presente sentencia. Por encontrarse la causa en estado de resolver, se considera: PRIMERO: La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, es competente para conocer y resolver este recurso, en virtud de lo que disponen el artículo 200 de la Constitución Política, y la Ley de Casación, que regula el ejercicio de dicha norma constitucional.- SEGUNDO: En la tramitación del recurso de casación se han observado todas las solemnidades inherentes a él, por lo que se declara su validez procesal.- TERCERO: El artículo 1588 (actualmente 1561) del Código Civil dice: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, y no podrá ser invalidado sino por consentimiento mutuo o causas legales”*, la EMAAP-Q sostiene que esta disposición no ha sido aplicada en la sentencia, por cuanto la contratista INABROMCO, en la Carta de Presentación y Compromiso declaró que: *“ 5. Conoce las condiciones de la obra y ha estudiado los planos, especificaciones técnicas y demás documentos precontractuales, inclusive sus alcances, como*

consta por escrito en el texto de esta carta, y se halla satisfecho del conocimiento adquirido en relación con la obra que ha de realizarse. Por consiguiente, renuncia a cualquier reclamo posterior, aduciendo desconocimiento de los documentos, del lugar o de las características del terreno donde se efectuará el trabajo.” Y dicho documento forma parte del contrato y se halla protocolizado con éste. Al respecto, es necesario señalar que, sin embargo de que los contratos celebrados con el Estado o las instituciones públicas son de adhesión, es decir que, en ellos, una de las partes tiene establecidas, de antemano, todas las condiciones y la otra las acepta tácitamente a través de un acto relacionado, tales contratos son de obligatorio cumplimiento. En el presente caso y en general en este tipo de contratos, la una parte es el Estado o la institución pública, que tiene preestablecidas las condiciones, y la otra parte, el contratista, las acepta, cuando se somete al concurso o licitación, lo cual, además, se demuestra cuando suscribe el contrato y en él se determinan de manera expresa los documentos que forman parte de dicho contrato, como sucede en el celebrado entre actora y demandada el 30 de mayo de 1997, ante la Notaria Vigésimo Sexta de Quito, cuya cláusula tercera: DOCUMENTOS DEL CONTRATO, estipula *“TRES PUNTO UNO (3.1) Forman parte del Contrato, los siguientes documentos que deben incorporarse al protocolo en el mismo instrumento notarial:....; y, g) la carta de presentación y compromiso.”* El hecho que se trate de un contrato de adhesión, de ninguna manera significa o implica que se exonere a las partes y específicamente al contratista del cumplimiento de sus obligaciones y menos que a una declaración u obligación expresamente señalada en los documentos del contrato se pueda calificar de írrita, o lo que es lo mismo decir que es inválida o que carece de fuerza u obligación de cumplirla. El contrato es un acuerdo de voluntades por el cual se establecen derechos y obligaciones entre las partes a cuyo cumplimiento éstas pueden ser compelidas, tanto es así que el Código Civil en el citado artículo 1561 anterior (1588) dispone que el contrato es ley para los contratantes y resulta antijurídico sostener que, porque se trata de un contrato de adhesión, alguna de sus estipulaciones es írrita; más aún si se refiere a la renuncia de un derecho legalmente renunciante, de conformidad con el artículo 11 del Código Civil, ya que tal renuncia únicamente mira el interés individual de la contratista. Además que dicha renuncia proviene o es consecuencia de una declaración, completamente lógica y legal, de conocimiento de las condiciones de la obra objeto del contrato y de los documentos del mismo, luego que el contratista, antes oferente, conoció y analizó todos los documentos precontractuales y, más todavía, si después, en su calidad ya de contratista, durante la ejecución del contrato no presentó reclamo alguno sobre ello (no aparece del proceso que lo haya hecho). En virtud de lo indicado se infiere que el Tribunal a quo no aplicó el artículo 1588 (actual 1561) del Código Civil, bajo el criterio de que por ser un contrato de adhesión, *“en el cual el contratista no puede hacer objeciones de ninguna naturaleza es írrita la denominada renuncia..”* todo lo cual, además nada tiene que ver con la garantía constitucional de la libertad de trabajo y menos constituye una forma de realizar un trabajo gratuito o forzoso.- CUARTO: Con respecto a la indebida aplicación del artículo 1062 del Código de Procedimiento Civil, invocada por la recurrente, en el sentido que el Tribunal Distrital ha empleado en su sentencia el criterio de equidad que solamente le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, analizada la parte pertinente de la sentencia, que

dice: *“la Sala luego de examinar detenidamente los argumentos de las partes, considera ajustada a la equidad la conclusión a la que llega el perito Ing. Carlos Muirragui”*; se entiende que no es el Tribunal quien recurre al criterio de equidad, sino el perito y, por tanto, no se ha producido una indebida aplicación del indicado artículo 1062 del Código de Procedimiento Civil.- QUINTO: Con referencia a la causal de falta de aplicación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, invocado por la EMAAP-Q la cual considera que para, emitir la sentencia en la forma en que lo hizo el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, únicamente tomó en consideración el informe del perito Ing. Carlos Muirragui y no las demás pruebas, incluyendo el informe ampliatorio del mismo perito del que aparece que no pudo determinar *“cual de los planos geológicos preparados durante y después de la Construcción era el más cercano a la realidad; puesto que para realizar este trabajo sería necesario realizar un levantamiento geológico de detalle del túnel, cosa imposible de hacerlo puesto que se encuentra completamente revestido de hormigón”*, se concluye que efectivamente no se examinó esta prueba, lo cual lógicamente influye en la decisión de la causa. Por las consideraciones expuestas. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR LA AUTORIDAD DE LA LEY, atenta la facultad otorgada por el artículo 16 de la Ley de Casación, y por lo expuesto en los considerandos tercero y quinto, se acepta el recurso de casación interpuesto por la Empresa de Alcantarillado y Agua Potable de Quito EMAAP-Q, y en tal virtud se casa la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito y se rechaza la demanda incoada por la Compañía Ingeniería Andina BROMCO, INABRONCO CIA. LTDA., quien cedió sus derechos litigiosos al Dr. Hernán Gonzalo Sánchez Valdivieso. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome, Secretaria Relatora.

En Quito, hoy día lunes dos de abril de dos mil siete, a partir de las diecisiete horas, notifiqué, mediante boletas, la nota en relación y sentencia que anteceden, al actor, doctor Hernán Gonzalo Sánchez Valdivieso, por sus derechos, en el casillero judicial No. 3003 y a los demandados, por los derechos que representan, señores: Gerente General de la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, EMAAP-Q, en el casillero judicial No. 1233 y Procurador General del Estado, en el casillero judicial No. 1200. Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal, que las fotocopias de la sentencia que en tres fojas útiles anteceden, son iguales a su original. Certifico.- Quito, 23 de abril de 2007.

f.) Secretaria Relatora.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 17 de abril del 2007; las 08h25.

VISTOS (396-04): a fin de proveer el escrito presentado por el ingeniero Juan A. Neira Carrasco, en calidad de Gerente General de la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito EMAAP-Q, se considera: 1) En cuanto a la solicitud de que en el considerando quinto se indique que el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil corresponde al actual artículo 115 de la codificación de dicho cuerpo legal, se recuerda al recurrente, que esta Sala hizo mención a la norma citada como infringida en su recurso de casación y que estaba vigente a la fecha de interposición del mismo (fs. 691), por lo que la referencia a la norma actualmente vigente no resulta pertinente.- 2) Se corrige el error mecanográfico en el que se ha incurrido en la parte resolutive de la sentencia expedida por esta Sala el 2 de abril de 2007 a las 09h00 de la siguiente manera: en lugar de *“Empresa de Alcantarillado y Agua Potable de Quito EMAAPQ”* debe decir *“Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito – EMAAP-Q”* Y EN LUGAR DE *“Compañía Ingeniería Andina Bromco, INABRONCO CIA. LTDA.”* debe decir *“Compañía Ingeniería Andina Bromco, INABROMCO CIA. LTDA.”*. De esta manera queda corregido el error mecanográfico en el que incurrió esta Sala.- 3) De la solicitud de aclaración presentada, no se señala qué parte de la sentencia emitida por esta Sala el 2 de abril de 2007 a las 09h00 está oscura, por lo que, por improcedente, se la rechaza.- Notifíquese.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, hoy día martes diecisiete de abril de dos mil siete, a partir de las dieciséis horas, notifiqué mediante boletas la providencia que antecede al actor, doctor Hernán Gonzalo Sánchez Valdivieso en el casillero judicial No. 3003 y a los demandados por los derechos que representan, señores, Gerente General de la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, EMAAP-Q y Procurador General del Estado en los casilleros judiciales Nos. 1233 y 1200, respectivamente.- Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome, Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal, que las fotocopias del auto de aclaración de sentencia que en dos fojas útiles anteceden, son iguales a su original. Certifico.- Quito, 23 de abril de 2007.

f.) Secretaria Relatora.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, a 5 de abril del 2007; las 10h30.

VISTOS (324-04): El ingeniero Jorge Madera Castillo, director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y como tal su representante legal, interpone recurso de casación respecto de la sentencia expedida el 18 de mayo de 2004, por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, la cual declara ilegal el acto administrativo impugnado por la señora Yolanda Sevillano Andrade y acepta la demanda. Concedido el recurso y por encontrarse la causa en estado de resolver, la Sala, con su actual conformación, avoca conocimiento del caso y considera: PRIMERO: La competencia de esta Sala para conocer y resolver este asunto, quedó establecida al momento de la calificación del recurso; y en su tramitación se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de juicios, por lo que se declara la validez procesal.- SEGUNDO: El recurrente, en la interposición del recurso de casación que ha sido aceptado al trámite, argumenta errónea interpretación del artículo 99 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y falta de aplicación del artículo 17 del Estatuto del IESS. La causal en la que funda su recurso es la determinada en el numeral primero del artículo 3 de la Ley de Casación.- TERCERO: El artículo 99 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (vigente a la época) disponía que los empleados de nuevo nombramiento están sujetos a un período de prueba de seis meses, el mismo que podía restringirse a tres meses o ampliarse a un año.- Esta disposición, que no ofrece ambigüedad ni presenta obscuridad, debía haber sido aplicada al presente caso en su tenor literal, tomando en consideración los aspectos fácticos. Consta en autos que la actora entró a laborar, en el IESS de Ibarra, el 15 de octubre de 1997 como oficinista 1 y que, después de una evaluación positiva, el 27 de abril de 1998 se le designó como Auxiliar de Oficina 2, es decir que habían transcurrido los seis meses de prueba que determina el referido artículo 99 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y no existe constancia de que el período de prueba se haya ampliado a un año. La actora siguió laborando normalmente hasta el 22 de diciembre de 1998, fecha en la que se le notificó con la terminación de sus funciones el 31 de dichos mes y año.- Por lo expresado, se desecha que en la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* exista errónea interpretación del artículo 99 *ibídem*.- CUARTO: Respecto a la falta de aplicación del artículo 17 del Estatuto Codificado del IESS, que señala el recurrente, la referida disposición establece los deberes y las atribuciones del Director General del IESS; entre estas últimas consta la de nombrar y remover al personal del instituto; pero, como señala esta misma norma, la facultad de remoción del personal –que interesa a este caso- debe realizarse en armonía con la Ley y el Reglamento de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Cuestión que es obvia y que debe practicarse en un Estado social de derecho.- La Sala no encuentra que no se haya aplicado la disposición mencionada; además, observa que para situaciones como la presente la utilización del recurso de casación afecta gravemente a los derechos básicos de los administrados. Sin que sean necesarias otras consideraciones, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza el recurso de casación interpuesto por

el Director General del IESS.- Sin costas.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

En Quito, hoy día jueves cinco de abril del 2007, a partir de las 16h00 notifiqué mediante boletas nota en relación y la sentencia que anteceden a la actora Yolanda Sevillano Andrade, por sus derechos, en el casillero judicial 1266; y, a los demandados por los derechos que representan señores: Director General del IESS en el casillero judicial 932, y Procurador General del Estado, en el casillero judicial 1200.- Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome, Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal, que las dos fotocopias de la sentencia que anteceden son iguales a sus originales, que constan en el juicio contencioso administrativo No. 324-2004, seguido por Yolanda Sevillano Andrade, en contra de los señores: Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y Procurador General del Ecuador. Certifico.- Quito, 12 de abril del 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome, Secretaria Relatora.

No. 160-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, a 5 de abril del 2007; las 11h30.

VISTOS (449-2004): Tanto la actora, señora María Isabel Trujillo Torres, en escrito presentado el 21 de octubre del 2004, como el doctor Carlos Ortuño Arévalo, en calidad de abogado defensor del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, en escrito cursado el 4 de noviembre del 2004, que es ratificado por dicho Director General el 10 de ese mismo mes, deducen sendos recursos de casación respecto de la sentencia expedida por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito el 14 de octubre del 2004, en la que se acepta, en parte, la demanda de la indicada señora María Isabel Trujillo, y se ordena que el IESS *“pague a la actora los beneficios laborales que estuvieron vigentes al 27 de octubre del 2000, sin que quepa el pago de otras indemnizaciones correspondientes al perjuicio económico por falta de pago, recargos ni intereses determinados por los artículos 94 y 611 del Código de Trabajo. En la liquidación de haberes que se hará en forma pericial, se*

descontará (sic) las sumas entregadas por el IESS a la actora por concepto de indemnización".- Los recursos fueron calificados y admitidos a trámite el 1° de febrero del 2006.- Por hallarse la causa en estado de dictar sentencia, la Sala avoca conocimiento del caso, y, para resolverlo, considera: PRIMERO: La Sala es competente para conocer de los recursos de casación, en virtud de lo que disponen el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación, que regula el ejercicio de lo previsto en dicha norma constitucional.- SEGUNDO: Con oportunidad de la calificación de los recursos antes mencionados, la Sala de lo Contencioso Administrativo admitió la competencia específica de esta Sala para conocerlos y resolverlos; precedente procesal que no ha variado.- TERCERO: La recurrente María Isabel Trujillo Torres funda su recurso en el artículo segundo, así como en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; y sostiene que en la sentencia objeto del recurso se registra falta de aplicación de los artículos: 35, números 1, 3, 4; 12, 272 y 273, así como de la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución Política de la República; 121 y 125 del Código de Procedimiento Civil; y además aplicación indebida de la Resolución número 880, expedida por el Consejo Superior del IESS el 14 de mayo de 1996; falta de aplicación del artículo 6 del colectivo de trabajo vigente a la fecha de supresión de su cargo.- El defensor del IESS sustenta su recurso en las causales primera y tercera de la Ley de Casación; y sostiene que en la resolución objeto del recurso se da una errónea interpretación de los artículos: 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; primero de la Resolución número 880 del Consejo Superior del IESS, antes mencionada; y falta de aplicación de las normas contenidas en: los incisos segundo y tercero del numeral 9 del artículo 35 de la Constitución Política de la República; el artículo segundo de la referida Resolución 880; y en el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil.- CUARTO: El Consejo Superior del IESS, el 14 de mayo de 1996, expidió la Resolución 880, que dispone que "*Los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, adquiridos por los trabajadores del IESS, incluida la jubilación patronal, se mantienen en beneficio de todos los actuales servidores del Instituto que cumplan los requisitos establecidos por la Ley.- Los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que ingresaren a la institución a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, no están amparados por este último beneficio.*". Sobre la base de esta resolución y a fin de aplicar los nuevos regímenes laborales que empezaron a regir al interior de la institución a partir del 14 de mayo de 1996, el Consejo Superior del IESS, mediante Resolución No. 882, de 11 de junio del mismo año, realizó una clasificación, por series, de los cargos subordinados al Código del Trabajo; y, con Resolución No. 019, de 19 de febrero de 1999, para adecuar el sistema remunerativo de todos sus servidores, bajo los criterios de racionalidad y equidad, estableció una clasificación por grupos ocupacionales, según los niveles de escolaridad, y un ajuste salarial con rangos mínimo y máximo para cada categoría de los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.- En virtud de estas resoluciones, la actora, María Isabel Trujillo Torres, Asistente 6 del Departamento Nacional de Racionalización de Procesos del IESS, quedó sometida al régimen de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y, en consecuencia, al sistema remunerativo de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos.- Es incuestionable que la Resolución

880, ya referida, reconoce a los servidores del IESS y en el caso, a la actora antes referida, los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, previstos en los convenios colectivos, incluida la jubilación patronal; pero, exclusivamente, hasta el 14 de mayo de 1996, fecha en la que los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y los sujetos al Código del Trabajo pasaron a gozar de los beneficios correspondientes a cada régimen; pues, es inadmisibles, legal y moralmente, que el grupo sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa pretenda seguir disfrutando tanto de los derechos económicos que por ley les corresponden según su régimen, como de los que se deriven de pactos colectivos celebrados al interior de la entidad con el grupo amparado por el Código del Trabajo; tanto es así que el artículo 2 de la misma Resolución 880 prescribe que "*La Contratación Colectiva se celebrará con los trabajadores sujetos al Código del Trabajo*".- Interpretar de otro modo tal resolución, en forma que haga perennes los beneficios para unos y limitados para otros al interior de una misma entidad, es discriminatorio y, por lo mismo, violatorio de elementales principios constitucionales.- Con el propósito de adecuar legal y técnicamente los nuevos regímenes de relación laboral entre el IESS y sus servidores, imperantes a partir del 14 de mayo de 1996, dicha institución, desde esa misma fecha y todos los años sucesivos, según se desprende del estudio de la normativa institucional en lo que a este aspecto se refiere, mediante resoluciones números 061, 062, 070, 071, 089, 092, 097, 131, 132, 134 y 142, y en acatamiento de las emitidas por el CONAREM, había efectuado alzas salariales a todos sus servidores, incrementando sus remuneraciones en la escala de sueldos básicos y sus componentes y, además, en los beneficios sociales, que corresponden, entre otros, a los siguientes rubros: escalafón, bono de comisariato, bono vacacional, subsidio educacional, refrigerio, gratificación de diciembre, que es distinta del aguinaldo navideño, ropa de trabajo, uniformes y equipo de protección, ayuda por fallecimiento de familiares, y bonificación por responsabilidad.- QUINTO: En cuanto a la falta de aplicación del artículo 6 del Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el IESS y el Sindicato Nacional Unico de Trabajadores del IESS, suscrito el 2 de febrero de 1999, es necesario resaltar que esta norma no es aplicable a la actora, ya que ella misma, en su demanda, reconoce que desde el año de 1996, "*el Consejo Superior del IESS... resolvió "unilateralmente cambiarme del régimen del Código del Trabajo al de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa..."*". Por lo tanto, si desde mayo de 1996 ya no estaba sujeta al régimen del Código del Trabajo, mal puede pretender beneficios que no le corresponden.- En lo que concierne a la alegación de falta de aplicación del Art. 35 de la Constitución Política del Estado, que se refiere a las normas y garantías laborales, la Sala debe analizar los numerales que se mencionan al efecto: el primero se refiere a que la legislación del trabajo se sujetará a los principios del derecho social; el tercero, a que el Estado garantizará la intangibilidad de los derechos de los trabajadores; el cuarto, a que los derechos del trabajador son irrenunciables; y el sexto, al *in dubio pro operario*. Esta Sala considera que ninguno de los numerales antes señalados -que enunciara la recurrente- ha sido infringido, toda vez que a la actora se le han reconocido todos los derechos que tenía de conformidad con la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.- La pretensión de la actora en el sentido de que las normas constitucionales no fueron aplicadas para, con este argumento, percibir beneficios que no le corresponden, como son los

establecidos por el Código del Trabajo, implicaría una duplicación de pagos, que esta Sala no puede admitir.- En cuanto a la infracción de los artículos 272 y 273 de la Carta Suprema, referentes a la supremacía de la Constitución, no es posible analizar el planteamiento de la actora y recurrente, ya que ella no ha determinado, en su recurso de casación, las actuaciones específicas que infringirían normas de nivel inferior aplicables a su situación de empleada sujeta a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa o que se hallarían en contradicción con preceptos de la Carta Suprema.- SEXTO: Con respecto al recurso de casación presentado a nombre del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, procede el análisis correspondiente.- Así el artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos establece el régimen nacional de remuneraciones, y preceptúa que es el sistema de pago de los servidores públicos que ocupen puestos del Servicio Civil Ecuatoriano, de conformidad con lo que dispone la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.- SEPTIMO: Respecto a la objeción de que la sentencia incurría en errónea interpretación del artículo 125 de la Ley de Servicio y Carrera Administrativa, que se refiere a la prescripción, cabe recordar que la norma vigente a la fecha de presentación del recurrente expresa: *“Los derechos contemplados en esta Ley a favor del servidor público caducarán en el plazo de sesenta días, contado desde la fecha en que pudieron hacerse efectivos, salvo que tuvieren otro plazo especial para el efecto”*.- En relación con el tema, el artículo 65 de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, norma especial aplicable para el evento del litigio *“El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.”* En el caso en examen, si la notificación del oficio con el cual se negó el pedido a la actora se realizó el 7 de febrero del 2001 y la demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se presentó el martes 5 de junio del 2001 como consta en el proceso, tal presentación se efectuó dentro de tiempo establecido por el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, ello no puede exonerar del cumplimiento de los otros requisitos exigidos por la ley para el trámite del recurso de casación.- OCTAVO: En lo concerniente a la acusación de que en el fallo se registra falta de aplicación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil (actual artículo 115 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil) y de normas relativas a la valoración de prueba, a la carga de la prueba, si bien su estimación es atributo privativo del Juez *a quo*, al haberse acusado la infracción de la ley con fundamento en esta causal, luego del análisis respectivo y puesto que el representante del IESS, como recurrente, ha cumplido los presupuestos que la doctrina estima necesarios para la procedencia del cargo bajo esta causal: precisión del medio probatorio defectuosamente valorado, determinación de las normas procesales infringidas en relación con la prueba indebidamente valorada, la Sala acepta la procedencia del cargo imputado a la sentencia, por haberse configurado lo que la doctrina conoce como violación indirecta por transgresión de normas sustantivas.- Sin necesidad de otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se

rechaza el recurso de casación interpuesto por la actora y se acepta el recurso de casación que interpone la institución demandada. Por lo tanto, se casa la sentencia objeto del recurso, y se rechaza la demanda presentada por la señora María Isabel Trujillo Torres.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria

RAZON: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy jueves cinco de abril del año dos mil siete a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden a María Trujillo Torres en el casillero judicial No. 2123, al Director General del I.E.S.S. en casillero judicial No. 588 y al Procurador General del Estado en el casillero judicial No. 1200.- Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en cinco (5) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 160-07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue María Isabel Trujillo Torres contra el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, al que me remito en caso necesario. Certifico.

Quito, a 14 de mayo de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 161-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, 9 de abril del 2007; las 11h45.

VISTOS (75-2005): El doctor Julio Farfán Matute, abogado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, debidamente facultado para el efecto por el Director General de dicho instituto, conforme, interpone recurso de casación de la sentencia expedida el 26 de octubre del 2004, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, que, al aceptar parcialmente la demanda, declara ilegales los actos administrativos impugnados dentro del juicio propuesto por David Fernando Mogrovejo Zapata

contra el representante legal del instituto en mención. Concedido el recurso y por encontrarse la causa en estado de resolver, la Sala, con su actual conformación, avoca conocimiento del caso y considera: PRIMERO: La competencia de esta Sala para conocer y decidir este asunto, quedó establecida al momento de la calificación del recurso y en su tramitación se han observados todas las solemnidades inherentes a esta clase de juicios, por lo que se declara la validez procesal.- SEGUNDO: El instituto demandado, en su escrito de interposición del recurso de casación, con fundamento en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa al fallo dictado por el Tribunal *a quo*, de incurrir en las infracciones que se detallan a continuación. Respecto de la causal primera, falta de aplicación del artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos; aplicación indebida de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994, y errónea interpretación de la Resolución 880 dictada por el Consejo Superior del IESS y del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En relación con la causal tercera, errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil y falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal, que ha dado lugar a la no aplicación del artículo 1 de la Ley de Remuneraciones del Servidor Público, equivocada aplicación de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo y de las Resoluciones 905 dictada por el Consejo Superior del IESS y C. I. 019. 070, 089 y 097, expedidas por la Comisión Interventora del mismo instituto. Y, en lo relativo a la causal quinta, afirma que en la sentencia objeto del recurso se adoptan disposiciones contradictorias e incompatibles, que violan la garantía constitucional prevista en el Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República y artículo 278 del Código Adjetivo Civil. Por su parte, el actor, señor David Mogrovejo Zapata, impugnó ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 2000121-3656 A. N., de 6 de septiembre del 2001, suscrito por el Director de Recursos Humanos (E) del IESS, y 3003101.749, de 5 de noviembre del mismo año, suscrito por el Director Regional del IESS, que niegan sus pretensiones dirigidas a que se le pague, entre otros, los siguientes rubros: 1) Incrementos al sueldo base, 2) Diferencia en los valores no pagados de la bonificación por responsabilidad, 3) Reliquidación del 13vo., 14vo., 15to. y 16to. sueldos, 4) El valor de la diferencia del pago de vacaciones y bono vacacional, 5) El valor de la diferencia existente en las gratificaciones en los rubros no pagados, 6) Diferencia de la bonificación por tiempo de servicio, 7) El valor de la diferencia existente en el subsidio de antigüedad, 8) Diferencia en los valores no pagados por bonificación complementaria, 9) Diferencia en los valores no pagados por costo de vida, 10) Reliquidación de la diferencia del pago de cesantía y fondos de reserva, 11) Reliquidación en la diferencia del aporte patronal, 12) Pago del índice inflacionario o bonificación por rendimiento individual, 13) reliquidación del aguinaldo navideño, comisariato y ropa de trabajo, 14) Reliquidación de la bonificación por años de servicio, subsidio familiar, subsidio de alimentación, transporte y bono educacional, 15) Retroactivo por resoluciones del CONADES y del CONAREM; y, 16) Retroactivo por la aplicación de la Resolución No. 880, de las resoluciones o disposiciones que se hayan emitido a favor de los servidores públicos, así como de los actuales derechos económicos y sociales de la contratación colectiva

del IESS, Código de Trabajo, decretos ejecutivos, etc.; rubros que el demandado afirma no tener pendientes de pago.- TERCERO: Expuesto el asunto, procede el análisis correspondiente. Así, el artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, cuya falta de aplicación acusa el recurrente, establece el régimen nacional de remuneraciones, y dice que es el sistema de pago de los servidores que ocupan puestos del Servicio Civil Ecuatoriano, de conformidad con lo que dispone la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, norma legal que guarda relación con la Resolución 879 expedida por el Consejo Superior del IESS, el 14 de mayo de 1994, que determina que, "*Las relaciones entre el IESS y sus servidores se regulan por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, con excepción de los obreros que están amparados por el Código del Trabajo, de acuerdo con el artículo 31, inciso tercero del literal g) de la Norma Suprema*". Complementariamente, el Consejo Superior del IESS, en la misma fecha expidió la Resolución 880, que dispone que "*Los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, adquiridos por los trabajadores del IESS, incluida la jubilación patronal, se mantienen en beneficio de todos los actuales servidores del instituto que cumplan con los requisitos establecidos por la Ley. Los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que ingresaren a la institución a partir de la fecha de expedición de la presente resolución, no están amparados por éste último beneficio*". Sobre la base de estas resoluciones y a fin de implementar los nuevos regímenes laborales que empezaron a regir al interior de la institución a partir del 14 de mayo del 1996, el Consejo Superior del IESS, mediante Resolución No. 882, de 11 de junio del mismo año, realiza una clasificación por series, de los cargos subordinados al Código del Trabajo; y, con Resolución No. 019, de 19 de febrero de 1999, para adecuar el sistema remunerativo de todos sus servidores, bajo los criterios de racionalidad y equidad, establece una clasificación por grupos ocupacionales, según los niveles de escolaridad y un ajuste salarial con rangos mínimos y máximo para cada categoría de los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, inclusive de los profesionales sujetos a la Ley de Escalafón para Médicos. En virtud de estas resoluciones, el actor, señor David Fernando Mogrovejo Zapata, quedó sometido al régimen de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y, en consecuencia, al sistema remunerativo de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Es incuestionable que la Resolución 880, ya referida, reconoce a los servidores del IESS y en el caso, el actor antes nombrado, los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, incluida la jubilación patronal, pero, exclusivamente, hasta el 14 de mayo de 1996, fecha en que los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y los sujetos al Código de Trabajo, pasan a gozar de los beneficios correspondientes a cada régimen; pues, es inadmisibles, legal y moralmente, que el grupo sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa pretenda seguir gozando tanto de los derechos económicos que por ley les corresponde según su régimen, como los que se derivan de pactos colectivos celebrados al interior de la entidad con el grupo amparado por el Código del Trabajo; tan es así que el artículo 2 de la misma Resolución 880 prescribe que "*La Contratación Colectiva se celebrará con los trabajadores sujetos al Código del Trabajo*". Interpretar de otro modo tal resolución, haciendo perennes los beneficios para unos y limitados para otros al interior de una misma entidad, es discriminatorio y, por lo mismo,

violatorio de elementales principios constitucionales. En el mismo propósito de adecuar legal y técnicamente los nuevos regímenes de relación laboral entre el IESS y sus servidores, imperantes a partir del 14 de mayo de 1996, esta institución, conforme obra de autos, desde esa misma fecha y todos los años sucesivos, según se desprende del estudio de la normativa institucional en lo que a este aspecto se refiere, mediante resoluciones Nos. 061, 062, 070, 071, 089, 092, 097, 131, 132, 142, y en acatamiento de las emitidas por el CONAREM, ha efectuado alzas salariales a todos sus servidores, incrementando sus remuneraciones en la escala de sueldos básicos y sus componentes y, además, en los beneficios sociales, que corresponden, entre otros, a los siguientes rubros: escalafón, bono de comisariato, bono vacacional, subsidio educacional, refrigerio, gratificación de diciembre, que es distinto del aguinaldo navideño, ropa de trabajo, uniformes y equipo de protección, ayuda por fallecimiento de familiares, y bonificación por responsabilidad.- CUARTO: El artículo 75 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994, establece la vigencia de los derechos enunciados en dicho contrato, en el caso de cambio de nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del comité central o de las organizaciones laborales integrantes del mismo o si se modificare el régimen jurídico que norma las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, añadiendo que para los años subsiguientes, los derechos adquiridos en materia económica, serán incrementados en un porcentaje equivalente al índice infraccionario. El artículo 76 establece que el Comité Central Unico de Trabajadores a Nivel Nacional es el único con competencia legal para efectos de la vigilancia y aplicación de dicho contrato y que las partes declaran que no se imputarán beneficios que sean decretados por instancias del Estado, para los trabajadores del país. Es pertinente señalar que, producido el cambio de régimen jurídico de las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, circunstancia prevista en el artículo 75 ya citado, los derechos consignados en dicho contrato colectivo, por ser adquiridos, efectivamente y por lo expresado en los considerandos precedentes, se mantienen, pero hasta la fecha de dicho cambio de régimen, esto es hasta el 14 de mayo de 1996; y, en lo relativo al incremento en un porcentaje equivalente al índice inflacionario, al tratarse éste de un mero factor de cálculo, no cuantificable, y en consideración a que el IESS ha efectuado sucesivos incrementos a los sueldos, a sus componentes y a los beneficios sociales de todos los servicios de la institución, que inclusive alcanzan valores superiores a los reclamados, se concluye que, efectivamente, el Tribunal a quo aplicó indebidamente los artículos mencionados.- QUINTO: El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo prescribe que: *"El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyan materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna"*; si conforme obra de autos, los actos administrativos impugnados fueron notificados al accionante el 5 de noviembre del 2001 y la demanda se ha presentado el 19 de diciembre del mismo año, es evidente que no operó la caducidad; en cuya virtud la invocación del recurrente, de que se ha interpretado erróneamente el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, es inadmisibile.- SEXTO: En lo concerniente a la acusación del fallo por errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento

Civil y por falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal (actuales artículos 115, 113 y 165, en el orden invocado, de la Codificación del Código de Procedimiento Civil) normas relativas a la valoración de la prueba, a la carga de la prueba y a los instrumentos públicos que hacen fe y constituyen prueba, en su orden, si bien su estimación es tributo privativo del Juez *a quo*, al haberse acusado la infracción de la ley con fundamento en esta causal, luego del análisis respectivo y considerando que el recurrente ha cumplido los presupuestos que la doctrina establece para la procedencia del cargo bajo esta causal: precisión del medio probatorio defectuosamente valorado, determinación de las normas procesales infringidas en relación con la prueba indebidamente valorada, estableciendo la correspondiente relación e identificación de las normas violadas por defecto de la infracción, la Sala acepta la procedencia del cargo imputado a la sentencia, por haberse configurado lo que la misma doctrina conoce como violación indirecta por transgresión de normas sustantivas. En tal virtud y sin que sea necesario considerar las demás alegaciones, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, atenta la facultad otorgada por el artículo 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia efecto del recurso y rechaza la demanda presentada por David Fernando Mogrovejo Zapata. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

RAZON: En esta fecha, a partir de las diecisiete horas, notifiqué con la nota de relación y sentencia anteriores, al Director General del IESS, en el casillero judicial No. 932; y, Procurador General del Estado, en el casillero judicial No. 1200.- No se notifica a David Mogrovejo Zapata, por no señalar casillero judicial para el efecto.- Quito, a 9 de abril del 2007.

f.) La Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en cuatro (4) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 161/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue David Mogrovejo Zapata contra el Director General del IESS, al que me remito en caso necesario.

Certifico.

Quito, a 18 de abril de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 162-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, 10 de abril del 2007; las 08h15.

VISTOS (133-2005): El doctor Julio Farfán Matute, abogado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, debidamente facultado para el efecto por el Director General de dicho instituto, conforme la ratificación de fojas 259 del cuaderno de instancia, interpone recurso de casación de la sentencia dictada el 18 de abril del 2005, por el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, que, al aceptar parcialmente la demanda, declara ilegales los actos administrativos impugnados dentro del juicio incoado por la actora, señora Sonia Cecilia González Medina contra el representante legal del instituto en mención. Concedido el recurso y por encontrarse la causa en estado de resolver, la Sala, con su actual conformación, avoca conocimiento del caso y considera: PRIMERO: La competencia de esta Sala para conocer y decidir este asunto, quedó establecida al momento de la calificación del recurso y en su tramitación se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de juicios, por lo que se declara la validez procesal. SEGUNDO: El instituto demandado, en su escrito de interposición del recurso de casación, con fundamento en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa al fallo dictado por el Tribunal *a quo*, de incurrir en las infracciones que se detallan a continuación. Respecto de la causal primera, falta de aplicación del artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos; aplicación indebida de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994, y errónea interpretación de la Resolución 880 dictada por el Consejo Superior del IESS, artículo 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En relación con la causal tercera, errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil y falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal, que ha dado lugar a la no aplicación del artículo 1 de la Ley de Remuneraciones del Servidor Público, equivocada aplicación de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo y de las resoluciones 905 dictada por el Consejo Superior del IESS y C.I. 019, 070, 089 y 097, expedidas por la Comisión Interventora del mismo Instituto. Y, en lo relativo a la causal quinta, afirma que en la sentencia objeto del recurso se adoptan disposiciones contradictorias e incompatibles, que violan la garantía constitucional prevista en el Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República y artículo 278 del Código Adjetivo Civil. Por su parte, la actora, señora Sonia Cecilia Gonzalez Medina, impugnó ante el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 2000121-3656 A.N., de 6 de septiembre del 2001, suscrito por el Director de Recursos Humanos (E) del IESS, y 3003101.746, de 05 de noviembre del mismo año, suscrito por el Director Regional del IESS, que niegan sus pretensiones dirigidas a que se le pague, entre otros, los siguientes rubros: 1) Incrementos al sueldo

base, 2) Diferencia en los valores no pagados de la bonificación por responsabilidad, 3) Reliquidación del 13vo., 14vo., 15to. y 16to. sueldos, 4) El valor de la diferencia del pago de vacaciones y bono vacacional, 5) El valor de la diferencia existente en las gratificaciones en los rubros no pagados, 6) Diferencia de la bonificación por tiempo de servicios, 7) El valor de la diferencia existente en el subsidio de antigüedad, 8) Diferencia en los valores no pagados por bonificación complementaria, 9) Diferencia en los valores no pagados por costo de vida, 10) Reliquidación de la diferencia del pago de cesantía y fondos de reserva, 11) Reliquidación en la diferencia del aporte patronal, 12) Pago del índice inflacionario y bonificación por rendimiento individual, 13) Reliquidación del aguinaldo navideño, comisariato y ropa de trabajo, 14) Reliquidación de la bonificación por años de servicio, subsidio familiar, subsidio de alimentación, transporte y bono educacional, 15) Retroactivo por resoluciones del CONADES y del CONAREM; y, 16) Retroactivo por la aplicación de la Resolución N° 880, de las resoluciones o disposiciones que se hayan emitido a favor de los servidores públicos, así como de los actuales derechos económicos y sociales de la contratación colectiva del IESS, Código del Trabajo, decretos ejecutivos, etc.; rubros que el demandado afirma no tener pendientes de pago. TERCERO: Expuesto el asunto, procede el análisis correspondiente. Así, el artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, cuya falta de aplicación acusa el recurrente, establece el régimen nacional de remuneraciones, y dice que es el sistema de pago de los servidores públicos que ocupen puestos del Servicio Civil Ecuatoriano, de conformidad con lo que dispone la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, norma legal que guarda relación con la Resolución 879 expedida por el Consejo Superior del IESS, el 14 de mayo de 1994, que determina que "*Las relaciones entre el IESS y sus servidores se regulan por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, con excepción de los obreros que están amparados por el Código del Trabajo, de acuerdo con el artículo 31, inciso tercero del literal g) de la Norma Suprema.*". Complementariamente, el Consejo Superior del IESS, en la misma fecha, expidió la Resolución 880, que dispone que "*Los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, adquiridos por los trabajadores del IESS, incluida la jubilación patronal, se mantienen en beneficio de todos los actuales servidores del Instituto que cumplan los requisitos establecidos por la Ley. Los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que ingresaren a la institución a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, no están amparados por este último beneficio.*". Sobre la base de estas resoluciones y a fin de implementar los nuevos regímenes laborales que empezaron a regir al interior de la institución a partir del 14 de mayo de 1996, el Consejo Superior del IESS, mediante Resolución N° 882, de 11 de junio del mismo año, realiza una clasificación por series, de los cargos subordinados al Código del Trabajo; y, con Resolución N° 019, de 19 de febrero de 1999, para adecuar el sistema remunerativo de todos sus servidores, bajo los criterios de racionalidad y equidad, establece una clasificación por grupos ocupacionales, según los niveles de escolaridad y un ajuste salarial con rangos mínimo y máximo para cada categoría de los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, inclusive de los profesionales sujetos a la Ley de Escalafón para Médicos. En virtud de estas resoluciones, la actora, señora "*Sonia Cecilia González Medina, Tecnóloga Médica del IESS*", quedó

sometida al régimen de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y, en consecuencia, al sistema remunerativo de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Es incuestionable que la Resolución 880, ya referida, reconoce a los servidores del IESS y en el caso, a la actora antes nombrada, los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, incluida la jubilación patronal, pero, exclusivamente, hasta el 14 de mayo de 1996, fecha en que los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y los sujetos al Código del Trabajo, pasan a gozar de los beneficios correspondientes a cada régimen; pues, es inadmisibles, legal y moralmente, que el grupo sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa pretenda seguir gozando tanto de los derechos económicos que por ley les corresponde según su régimen, como los que se deriven de pactos colectivos celebrados al interior de la entidad con el grupo amparado por el Código del Trabajo; tan es así que el artículo 2 de la misma Resolución 880 prescribe que *“La Contratación Colectiva se celebrará con los trabajadores sujetos al Código del Trabajo”*. Interpretar de otro modo tal resolución, haciendo perennes los beneficios para unos y limitados para otros al interior de una misma entidad, es discriminatorio y, por lo mismo, violatorio de elementales principios constitucionales. En el mismo propósito de adecuar legal y técnicamente los nuevos regímenes de relación laboral entre el IESS y sus servidores, imperantes a partir del 14 de mayo de 1996, esta institución, conforme obra de autos, desde esa misma fecha y todos los años sucesivos, según se desprende del estudio de la normativa institucional en lo que a este aspecto se refiere, mediante resoluciones Nos. 061, 062, 070, 071, 089, 092, 097, 131, 132, 134 y 142, y en acatamiento de las emitidas por el CONAREM, ha efectuado alzas salariales a todos sus servidores, incrementando sus remuneraciones en la escala de sueldos básicos y sus componentes y, además, en los beneficios sociales, que corresponden, entre otros, a los siguientes rubros: escalafón, bono de comisariato, bono vacacional, subsidio educacional, refrigerio, gratificación de diciembre, que es distinto del aguinaldo navideño, ropa de trabajo, uniformes y equipo de protección, ayuda por fallecimiento de familiares, y bonificación por responsabilidad. CUARTO: El artículo 75 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994, establece la vigencia de los derechos consignados en dicho contrato, en el caso de cambio de nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del Comité Central o de las organizaciones laborales integrantes del mismo o si se modificare el régimen jurídico que norma las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, añadiendo que para los años subsiguientes, los derechos adquiridos en materia económica, serán incrementados en un porcentaje equivalente al índice inflacionario. El artículo 76 establece que el Comité Central Unico de Trabajadores a Nivel Nacional es el único con competencia legal para efectos de la vigilancia y aplicación de dicho contrato y que las partes declaran que no se imputarán beneficios que sean decretados por instancias del Estado, para los trabajadores del país. Es pertinente señalar que, producido el cambio de régimen jurídico de las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, circunstancia prevista en el artículo 75 ya citado, los derechos consignados en dicho contrato colectivo, por ser adquiridos, efectivamente y por lo expresado en los considerandos precedentes, se mantienen, pero hasta la fecha de dicho cambio de régimen, esto es hasta el 14 de mayo de 1996; y, en lo relativo al incremento en un

porcentaje equivalente al índice inflacionario, al tratarse éste de un mero factor de cálculo, no cuantificable, y en consideración a que el IESS ha efectuado sucesivos incrementos a los sueldos, a sus componentes y a los beneficios sociales de todos los servidores de la institución, que inclusive alcanzan valores superiores a los reclamados, conforme se desprende del oficio N° 3003-307-450, suscrito por el doctor Jorge Fernández de Córdova J., responsable de Recursos Humanos de la Dirección Regional 3, que obra de fojas 68 a 71 del expediente, se concluye que, efectivamente, el Tribunal a quo aplicó indebidamente los artículos mencionados. QUINTO: El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribe que: *“El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyan materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna”*; si conforme obra de autos, los actos administrativos impugnados fueron notificados a la accionante el 5 de noviembre del 2001 y la demanda se ha presentado el 19 de diciembre del mismo año, es evidente que no operó la caducidad; en cuya virtud la invocación del recurrente, de que se ha interpretado erróneamente el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es inadmisibles. SEXTO: En lo concerniente a la acusación del fallo por errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil y por falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal (actuales artículos 115, 113 y 165, en el orden invocado, de la Codificación del Código de Procedimiento Civil), normas relativas a la valoración de la prueba, a la carga de la prueba y a los instrumentos públicos que hacen fe y constituyen prueba, en su orden, si bien su estimación es atributo privativo del Juez *a quo*, al haberse acusado la infracción de la ley con fundamento en esta causal, luego del análisis respectivo y considerando que el recurrente ha cumplido los presupuestos que la doctrina establece para la procedencia del cargo bajo esta causal: precisión del medio probatorio defectuosamente valorado, determinación de las normas procesales infringidas en relación con la prueba indebidamente valorada, estableciendo la correspondiente relación e identificación de las normas violadas por efecto de la infracción, la Sala acepta la procedencia del cargo imputado a la sentencia, por haberse configurado lo que la misma doctrina conoce como violación indirecta por transgresión de normas sustantivas. En tal virtud y sin que sea necesario considerar las demás alegaciones, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, atenta la facultad otorgada por el artículo 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia objeto del recurso y rechaza la demanda presentada por la señora Sonia Cecilia González Medina.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, el día de hoy martes diez de abril del dos mil siete, a partir de las dieciséis horas, notifiqué mediante

boletas la nota en relación y sentencia que anteceden, a los demandados, por los derechos que representan, Director General y Provincial del IESS y Procurador General del Estado, en los casilleros judiciales Nos. 932 y 1200 y no se notifica a la actora Sonia Cecilia González Medina, por cuanto de autos no consta que haya señalado domicilio para efectos de este recurso.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en cuatro (4) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 162/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Sonia Cecilia González Medina contra el Director General del IESS, al que remito en caso necesario. Certifico.

Quito, a 18 de abril de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 163-07

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 10 de abril de 2007; las 08h50.

VISTOS (251-2004): El doctor Jorge Isaac Garay Delgado, en su calidad de procurador judicial de Fanny Palmira Marcillo Panta, conforme lo acredita con el poder que obra a fojas 18 de autos, interpone recurso de casación respecto de la sentencia expedida el 4 de marzo de 2004 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Portoviejo, la cual declara sin lugar la demanda propuesta a nombre de la recurrente contra el abogado Milton Perdomo Hidalgo, Rector del Colegio Nacional "Abdón Calderón Muñoz".- Calificado el recurso de casación el 28 de octubre de 2004 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de aquella época, y admitido a trámite, accede a esta Sala, que, con su actual conformación, avoca conocimiento de la causa y, para resolver, formula las siguientes consideraciones: PRIMERO: Con oportunidad de la calificación de la procedencia del recurso, se estableció la jurisdicción y competencia de la Sala para conocerlo y resolverlo, precedente procesal que no ha variado.- SEGUNDO: El recurso de casación interpuesto por el Dr. Jorge Isaac Garay Delgado se funda en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, y sostiene que en la sentencia impugnada se registra la falta de aplicación de los artículos: 23, número 15, de la Constitución Política de la República; 28, inciso primero, de la Ley de Modernización; 12 de la Ley para la Promoción para la Inversión y Participación Ciudadana; 38 de la Ley de Modernización del Estado; 52 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 46, letra c), del Reglamento de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 119 del Código de Procedimiento Civil; 36 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 5 del Decreto número 41, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 11, de 25 de agosto de 1998; y de los precedentes

jurisprudenciales contenidos en la sentencia número 382, expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema el 25 de octubre de 2002, y publicada en el Registro Oficial número 49, de 27 de marzo de 2003.- TERCERO: El Dr. Jorge Isaac Garay Delgado demanda, en calidad de Procurador Judicial de Fanny Palmira Marcillo Panta, al Rector del Colegio Nacional "Abdón Calderón Muñoz" y dice: "*Mediante el presente recurso impugno en forma expresa el Acto Administrativo, producido por el Silencio Administrativo de parte del señor Abg. Milton Perdomo Hidalgo, en la calidad de Rector del Colegio 'Abdón Calderón Muñoz', en el requerimiento que le hiciera para que le reconozca el derecho que tiene por efectos de la petición del oficio de fecha 24 de abril de 2001 y recibido el 30 de abril de 2001 a las 09h16, como consta de la fe de presentación sentada por Secretaría, en el que le solicito (sic) nuevamente Comisión de Servicios sin sueldo, se desprende que no dio cumplimiento a lo requerido y por haberse producido la negativa (sic) - resaltado por la Sala- de este requerimiento y transcurrido (sic) treinta días sin que la autoridad le conteste, se produjo la negativa (resaltado por la Sala) del acto administrativo, que es lo que impugno por medio de este recurso conforme lo prevé el Art. 31 parte final de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...*" (fojas 93, 93 vuelta).- CUARTO: Como puede colegirse fácilmente del párrafo transcrito, el procurador judicial de Fanny Palmira Marcillo Panta no pide que, con el supuesto silencio administrativo que solicita se aplique, se considere atendida la solicitud de su representada, sino, **por el contrario estima que ese silencio habría determinado una negativa a la solicitud de su representada.**- QUINTO: De autos se desprende que existen dos comunicaciones remitidas por Fanny Marcillo Panta: la primera (fs. 5 a 6) presentada el 2 de abril de 2001, mediante la cual solicita al Rector del Colegio Nacional "Abdón Calderón Muñoz" se le conceda comisión de servicios con sueldo por el tiempo de dos años; y la segunda cursada el 24 de abril de 2001 (fs. 11), mediante la que pide que se deje sin efecto la comunicación antes referida, de 2 de abril de 2001, y solicita, en el mismo documento, que se le conceda comisión de servicios sin sueldo.- SEXTO: Con el propósito de establecer si ha operado el silencio administrativo positivo dentro de la presente causa, esta Sala hace las siguientes reflexiones en derecho: a) El silencio administrativo positivo debe haberse requerido correctamente ante el órgano jurisdiccional respectivo y dentro del término que la ley le franquea para que se lo aplique en el caso específico, pues, se trata de un derecho autónomo que, no tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen; y en esa acción de ejecución, bien puede ocurrir que la petición que no fue atendida en el término señalado por la ley no sea de competencia de la autoridad a quien se ha dirigido la petición, o contenga pretensiones o aspiraciones absurdas o contrarias a derecho; b) Según se desprende de otros párrafos del escrito de demanda presentado a nombre de la señora Fanny Palmira Marcillo Panta por su procurador judicial (fojas 26, fojas 28), la pretensión de la actora sería la de que se declare ilegal la situación producida por el silencio administrativo de parte del Rector del Colegio Nacional "Abdón Calderón Muñoz", y que se dicte la acción de personal que le concede la comisión de servicios sin sueldo, solicitada mediante oficio de 24 de abril de 2001, como efecto de la denominada aceptación tácita producida por el silencio administrativo, que pretende se habría configurado al fenecer el término señalado por la ley (quince días) para que la autoridad competente resuelva su

petición, conforme lo determina el artículo 28 de la Ley de Modernización: *"Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administradores. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante"*; c) Al analizar los efectos del silencio administrativo y las diversas posiciones que al respecto existen, se nota que ellas coinciden en advertir la complejidad de la aplicación que plantea el silencio positivo, y se refieren a la necesidad de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenidas por ese medio.- SEPTIMO: Para que el silencio administrativo surta efectos jurídicos, aparte del cumplimiento de los requisitos formales que le son propios, es necesario que la pretensión del interesado tenga un fundamento jurídico-legal.- En el presente caso, la recurrente, por medio de su procurador judicial, doctor Jorge Isaac Garay Delgado, pretende que se le reconozcan a su favor, por efectos del silencio administrativo, los derechos que expresamente determinan los artículos 40 y 46, letra c), del Reglamento de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigentes a la época de presentación del reclamo, que dicen: *"Art. 40.- Las vacaciones, licencias y permisos para estudios, docencia y lactancia se concederán mediante acción de personal, previo dictamen del Director de Recursos Humanos o Jefe de la Oficina Departamental de Personal.- Art. 46: Se podrá conceder licencia sin sueldo a los servidores públicos en los siguientes casos:... c)... Para efectuar estudios regulares en Instituciones de Educación Superior (resaltado por la Sala) en el exterior o el País como complemento a la licencia con sueldo por estudios, prevista en el literal d) del Artículo 44 de este Reglamento, hasta por el período de dos años, la misma que podrá ser autorizada simultáneamente con la licencia con sueldo, con informe favorable de la Dirección Nacional de Personal"*.- El artículo 52 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa manifiesta: *"Licencias sin sueldo.- Con sujeción a las necesidades del servicio, el jefe de una oficina podrá conceder licencia sin sueldo, hasta por quince días del calendario; y, con aprobación de la autoridad nominadora respectiva, hasta por sesenta días, durante cada año de servicio..."*.- OCTAVO: Del examen de las peticiones planteadas por la señora Fanny Palmira Marcillo Panta se desprende que ella solicitó al Rector del Colegio Abdón Calderón del cantón Jipijapa, en primer término, licencia con sueldo, y después licencia sin sueldo. No satisfizo los requerimientos para obtener la concesión de la licencia sin sueldo que, a la postre, planteó, modificando su petición inicial, ni tampoco objetó las exigencias que le hacían las competentes autoridades del colegio en el que prestaba sus servicios.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Decreto número 41, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 11, de 25 de agosto de 1998, las unidades de personal de las entidades públicas quedaron obligadas a realizar las comprobaciones y revisiones que fueren necesarias ante peticiones o reclamos formulados ante la entidad correspondiente.- NOVENO: De fojas 146 y 147 del proceso consta que el procurador judicial de la señora Fanny Palmira Marcillo Panta desistió del juicio que seguía

contra el Rector del Colegio Abdón Calderón del cantón Jipijapa; y de fojas 168, que dicha señora cambió de abogado para su defensa ante el Tribunal Distrital de Portoviejo, pese a lo cual el doctor Jorge Garay Delgado presentó con posterioridad escritos a nombre de dicha señora, como su procurador judicial.- DECIMO: La señora Fanny Palmira Marcillo Panta y sus representantes tuvieron posibilidad de ejercer sus derechos en apoyo de las peticiones y planteamientos de comisión de servicios sin sueldo que se plantearon a nombre de dicha señora.- UNDECIMO: Como puede desprenderse de los enunciados precedentes, no se han violado las normas contempladas en los artículos: 32, numeral 15, de la Constitución Política en vigencia, que consagra el derecho de petición; 28, inciso uno, y 38 de la Ley de Modernización, el primero de los cuales se refiere al derecho de petición, y el segundo a las normas que han de aplicarse para los procesos que se ventilen ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal; 12 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, concerniente al silencio administrativo; 52 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, relativo a las condiciones de otorgamiento de licencia sin sueldo, según el texto vigente para el año 2001; 46 del Reglamento General de dicha ley, aplicable para tal época, concerniente al tema enunciado en el mencionado artículo 52 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 119 del Código de Procedimiento Civil que exige la apreciación de la prueba en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; 36 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, relativo a los documentos que ha de presentar el demandado; ni otras normas de carácter reglamentario que menciona el recurrente, doctor Jorge Garay Delgado.- Sin necesidad de otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso presentado a nombre de la señora Fanny Palmira Marcillo Panta.- Sin costas. Notifíquese, publíquese, y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, hoy día martes diez de abril de dos mil siete, a partir de las diecisiete horas, notifiqué, mediante boletas, la nota en relación y sentencia que anteceden, a la actora, señora Fanny marcillo Panta (Dr. Jorge Garay Delgado, Procurador Judicial), por sus derechos, en el casillero judicial No. 3768 y al demandado, por los derechos que representan, señor Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Manabí, en el casillero judicial No. 1200. No se notifica al demandado, señor Rector del Colegio "Abdón Calderón Muñoz", por cuanto de autos no consta que haya señalado domicilio para efectos de este recurso.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal, que las fotocopias de la sentencia que en cuatro fojas útiles anteceden, son iguales a su original. Certifico.- Quito, 18 de abril de 2007.

f.) Secretaria Relatora.

No. 164-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, 9 de abril del 2007; las 08h40.

VISTOS (138-04): A nombre del señor ingeniero Carlos Cueva Ordóñez, su abogado, el señor doctor Iván Rengel Espinosa, interpone, el primero de abril del 2004, recurso de casación respecto de la sentencia expedida, el 17 de febrero del 2004, por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, fallo que quedó ejecutoriado el 31 de marzo de ese año, y que rechaza la demanda propuesta por el recurrente ingeniero Cueva Ordóñez, en contra del Ministerio de Bienestar Social, la cual pretendía que, por no existir razones legales para la terminación unilateral del contrato que el referido ingeniero Cueva celebrara con dicho Ministerio, se disponga que se continúen los trabajos contratados para la ejecución del tramo "El Milagro-La Hachira", dentro del camino vecinal El Milagro-Palo Blanco, en la provincia de El Carchi, y se ordene que el Ministerio realice pagos o efectúe actividades que pretende el demandante.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, con la integración que tenía al 5 de julio del 2004, admitió, en dicha fecha, el recurso propuesto.- Al encontrarse la causa en estado de dictar sentencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo, con su actual conformación, avoca el examen del caso, y para resolver, considera: PRIMERO: La Sala es competente para conocer de los recursos de casación, en virtud de lo que dispone el artículo 200 de la Constitución y la Ley de Casación, que regula dicha norma constitucional.- SEGUNDO: No ha variado el precedente procesal de admisión de la competencia específica de la Sala para conocer y resolver del recurso.- TERCERO: El recurso se ha fundamentado en las causales primera y tercera de la Ley de Casación. El recurrente expresa, en general, que se han infringido las normas contenidas en los artículos: 23, numerales 26 y 27 de la Constitución Política del Estado; 1588, 1589 y 1595 del Código Civil; 119 del Código de Procedimiento Civil; 14, 58, 109 y 110 de la Ley de Contratación Pública, según el texto vigente a la época de la celebración del contrato.- Con ánimo de completar este enunciado general, el doctor Rengel manifiesta que la indebida aplicación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil que considera se ha producido en el fallo "contraviene las disposiciones contempladas en los artículos 23, numerales 26 y 27; (sic) la Constitución Política y ha sido determinante al momento de resolver en contra de los hechos probados en demasía por el actor".- La representante de la Procuraduría General del Estado resalta, de su parte, que el recurrente ha mencionado las normas que, a su criterio, no fueron aplicadas en la sentencia; pero que no sustenta ese enunciado con las

justificaciones jurídicas y fácticas correspondientes.- CUARTO: En la carta de presentación de su oferta, el recurrente afirmó haber examinado los lugares en los que se ejecutaría la obra, así como haber estudiado en forma detenida los planos y demás documentos anexos al contrato. Por tanto, no se han infringido los artículos 1588 y otros del Código Civil.- QUINTO: De los informes de peritos, se desprende que el actor y recurrente demoró más de quince días en iniciar la obra; que, si bien hubo demora en entregarle el anticipo previsto en el contrato, aquél lo recibió, sin objeciones; que no ha utilizado en ella el personal y los equipos técnicos que se había comprometido a utilizar, ni dispuso de ellos; ha suspendido por más de sesenta días los trabajos, por su sola decisión; ha ejecutado los trabajos enunciados en el contrato en una proporción que no llega al 2% del total.- SEXTO: De los hechos mencionados en los considerando precedentes se desprende que no ha habido en la sentencia objeto del recurso infracción de los numerales 26 y 27 del artículo 23 de la Constitución, pues, el recurrente tuvo oportunidad, en su momento, de sustentar y defender sus puntos de vista, ante las autoridades competentes. En lo que respecta a la aplicación de los artículos 14, 58, 109 y 110 de la Ley de Contratación Pública, según los textos vigentes a la época de celebración del contrato y presentación de la demanda, cabe mencionar lo que a continuación se detalla. El artículo 14 de dicha ley se refiere a la disponibilidad de estudios, diseños, especificaciones; el recurrente suscribió un documento en el cual declara haberlos recibido. El artículo 58 (cuyo texto corresponde al del actual artículo 53) alude a los casos de nulidad de los contratos sujetos a la Ley de Contratación Pública. No resulta aplicable al caso en examen.- Los artículos 109 y 110 de aquella época (que corresponden a los actuales 104 y 105) se refieren a los casos de terminación unilateral del contrato y a los requisitos de notificación y trámite aplicables de forma previa, para declarar esa terminación.- Del proceso consta que el Ministerio de Bienestar Social y la Procuraduría General del Estado alegaron y comprobaron situaciones de retraso y otras de incumplimiento del contrato por parte del recurrente.- El Supervisor de Campo se refiere a defectos de la maquinaria con la que contaba el contratista, insuficiente realización de trabajos; en la diligencia de inspección judicial de la obra (fojas 272 y siguientes), realizada tres años después de que el contratista recibió un anticipo equivalente al 30% del valor de la obra, había ejecutado un cero punto cuarenta y ocho por ciento (0,48%) del total de la obra contratada, y se expresa que la declaratoria de terminación unilateral del contrato se adoptó porque el ingeniero Cueva Ordóñez había "incurrido en las causales determinadas de los literales a) y d) del artículo 109 de la Ley de Contratación Pública y literales a), f), i), k) del apartado 17.2 de la Cláusulas Décimo Séptima del Contrato".- El representante de la Procuraduría General del Estado, manifiesta que "a la fecha de terminación del contrato, había transcurrido diez meses desde su suscripción y no había huellas de una obra de interés social y de servicio, a un importante sector de la provincia del Carchi" (fojas 286 del proceso).- En el informe del perito designado a petición del demandado se indica que el valor de los trabajos realizados alcanzó una proporción del 1,96% con relación al costo total del contrato.- SEPTIMO: En la casación no puede efectuarse una revisión exhaustiva de las pruebas presentadas, como lo pretende el recurrente.- Sin necesidad de otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se

rechaza el recurso de casación deducido a nombre del ingeniero Carlos Cueva Ordóñez.- Sin costas.- Notifíquese.- Publíquese.- Devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, hoy día martes diez de abril de dos mil siete, a partir de las diecisiete horas, notifiqué, mediante boletas, la nota en relación y sentencia que anteceden, al actor, ingeniero Carlos Cueva Ordóñez, por sus derechos, en el casillero judicial No. 731 y a los demandados, por los derechos que representan, señores: Ministro de Bienestar Social, en el casillero judicial No. 1173, Mauro Moya Gerente General de Compañía Aseguradora El Dorado, en los casilleros judiciales Nos. 667 y 36 y Procurador General del Estado, en el casillero judicial No. 1200.- Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal, que las fotocopias de la sentencia que en tres fojas útiles anteceden, son iguales a su original.

Certifico.- Quito, 18 de abril de 2007.

f.) Secretaria Relatora.

No. 167-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, a 10 de abril del 2007; las 11h00.

VISTOS (375-04): El señor Víctor Hugo Moreno Torres interpone recurso de casación respecto de la sentencia expedida el 1° de julio del 2004 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, que rechaza la demanda por aquél presentada contra la Ilustre Municipalidad de Pucará, provincia del Azuay, por haberle removido del cargo de Director Financiero, que desempeñaba hasta el 8 de septiembre del 2003.- Funda su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Estima que el fallo ha infringido los artículos: 24, numerales 1, 5, 10, 12, 13, 14, 17, y, además, 196 de la Constitución Política de la República; 138 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal; 1 y 5, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 47 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.- Alega, adicionalmente, que en la sentencia se registra una indebida aplicación del artículo 38 de la Ley de Modernización.- Esta Sala de lo Contencioso Administrativo admitió a trámite el recurso, mediante auto

de 9 de enero del 2006.- Al encontrarse la causa en estado de dictar sentencia, se considera: PRIMERO: Cuando se calificó la procedencia del recurso, se admitió la competencia de la Sala para conocerlo y resolverlo, precedente procesal que no ha variado.- SEGUNDO: En la tramitación del recurso se han observado las solemnidades inherentes a él.- TERCERO: Como se podrá apreciar con más detalle en los considerandos que figuran a continuación, el recurrente estuvo en posibilidad de ejercer los derechos que se consagran en los numerales 1, 5, 10, 12, 13, 14 y 17 del artículo 24 de la Constitución Política, así como en el 196 de ella. El trámite de este recurso demuestra que tuvo posibilidad de tal ejercicio, si bien, por las características de sus funciones, que lo ubicaban como funcionario del más alto nivel directivo y que debía merecer la confianza de sus directivos, podía ser separado de su cargo, siempre que se justificaran causas graves para ello, a juicio del Alcalde y el Concejo. Cabe anotar, además, que el recurrente no era funcionario de carrera.- CUARTO: En razón de que el objetivo fundamental del sistema de casación es resguardar la legalidad, proteger el mantenimiento del sistema jurídico aplicable respecto a los procesos que se examinan, cabe tener presente que, de conformidad con la parte final del inciso primero del artículo 192 de la Ley de Régimen Municipal, según el texto vigente a la época en que el Concejo de Pucará tomó la resolución de separar de su cargo al señor Víctor Hugo Moreno Torres, los concejos municipales estaban facultados para nombrar funcionarios a períodos fijos. El recurrente fue objeto de uno de esos nombramientos por parte del Concejo de Pucará.- De otro lado, en conformidad con el inciso segundo del referido artículo 192 de la Ley de Régimen Municipal, aplicable en dicho tiempo, *“El Alcalde podrá solicitar al Concejo la remoción de un funcionario elegido por éste, antes de la terminación del período (el resaltado corresponde a la Sala), cuando a su juicio existan causas plenamente comprobadas que justifiquen tal decisión”*.- Como se podrá notar, el texto de la disposición consagra una facultad discrecional del Alcalde: *“cuando a su juicio”* existan tales causas.- QUINTO: A fojas 19 y 20 del proceso constan las causas que, a criterio del Alcalde del cantón Pucará, fundamentaban la decisión de dar por terminadas las funciones del Director Financiero de la entidad.- El Alcalde enunció varias situaciones comprobadas según documentos constantes en el proceso, que, en concepto de dicha autoridad, justificaban la referida resolución.- Entre las situaciones mencionadas por el Alcalde se incluían: el hecho de que el recurrente hubiera dispuesto pagos de facturas manifiestamente alteradas, para favorecer a personas en las que dicho recurrente, señor Víctor Hugo Moreno Torres, “tenía confianza” (cabe anotar que una o algunas de ellas fueron objeto de acciones penales); la falta de entrega de información contable al Ministerio de Finanzas, que determinó la suspensión de suministro de recursos a la Municipalidad, por parte de esa Secretaría de Estado, y, en consecuencia, graves limitaciones económicas para el Municipio; emisión de cheques de la Municipalidad, sin que en la cuenta respectiva hubiera fondos suficientes; inasistencia, por más de tres días, del recurrente a su trabajo; concurrencia en estado étlico a sus actividades administrativas.- El personero municipal presentó al Concejo los documentos que justificaban esas aseveraciones. El Concejo, luego de escuchar al Alcalde y al recurrente - que ejerció en tal oportunidad, su derecho de defensa, en la forma que lo consideró entonces adecuado - resolvió, por **voto unánime** de los integrantes de ese Concejo, dar por terminado el nombramiento a período fijo

que tenía el referido recurrente Víctor Moreno Torres, Director Financiero de la Municipalidad.- SEXTO: El recurrente impugna la sentencia objeto del recurso por errónea interpretación del artículo 138 de la Ley de Régimen Municipal, según el texto vigente a la época del reclamo. Es necesario recordar que dicha norma establecía: *“Excepto en lo contencioso tributario, toda persona natural o jurídica que se creyere perjudicada por una ordenanza, acuerdo o resolución de la municipalidad, podrá elevar su reclamo al correspondiente concejo, el cual obligatoriamente lo resolverá en el plazo máximo de quince días.”* Es útil tener presente que el propio Concejo resolvió la remoción del recurrente. Este no hizo uso de la opción y las posibilidades de pedir reconsideración de esa resolución, ni de recurrir ante el Consejo Provincial, según lo admitía el entonces artículo 138 (en la actualidad 134), de la Ley de Régimen Municipal.- SEPTIMO: Del proceso se desprende que el recurrente señor Víctor Hugo Moreno Torres optó por acogerse a lo previsto en el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, el cual disponía que: *“No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa.”*- El mismo artículo 38 de la indicada Ley de Modernización del Estado establecía que *“Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público.”*- Como se concluye de lo antes manifestado, los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo son competentes para conocer las demandas como la del presente caso, sin que, para el efecto, sea necesario agotar la vía administrativa.- Las disposiciones mencionadas eximen, pues, al administrado de la obligación de agotar la vía administrativa, lo cual fue ya un avance en esta materia.- La referida Ley de Modernización, publicada en el Registro Oficial 349, de 31 de diciembre de 1993, estableció los principios y la base legal necesarios para regular la racionalización y eficiencia de la gestión administrativa del Estado Ecuatoriano, en todas sus instituciones, así como en los procedimientos e instancias respectivos, con la finalidad de mejorar la gestión pública.- Después, la propia Constitución codificada de 1998 dispondrá, en su artículo 196, la posibilidad de impugnar los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las instituciones del Estado, ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.- El señor Víctor Hugo Moreno Torres ha hecho uso de los derechos antes mencionados, al plantear sus acciones contra la Municipalidad de Pucará y sus personeros, ante el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo.- OCTAVO: Vale la pena reiterar y resaltar que el artículo 192 de la Ley de Régimen Municipal (en la actualidad 175), según el texto vigente a la época en la que fue removido de su cargo el recurrente, establecía: *“Los funcionarios y empleados municipales serán nombrados y removidos por el Alcalde con las excepciones previstas en esta Ley. Los nombramientos que para desempeñar puestos administrativos efectúe el Concejo, serán para el período de cuatro años, pudiendo los funcionarios ser reelegidos.- El Alcalde podrá solicitar al Concejo la remoción de un funcionario elegido por éste, antes de la terminación del período, cuando a su juicio existan causas plenamente comprobadas que justifiquen tal*

decisión.”- Como consta en el proceso, el actor fue nombrado por el Concejo Municipal del Cantón Pucará para desempeñar las funciones de **Director Financiero**, con sujeción al referido artículo 192 de la Ley de Régimen Municipal, que fija un período de cuatro años para este tipo de cargo.- En el presente caso, debía buscarse la armonización de dos normas legales que pueden ser divergentes, pero que se complementan y que figuran en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y el reglamento de ella, y la Ley de Régimen Municipal, según los textos vigentes para la época en que se separó de sus funciones al recurrente. El artículo 90 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y, consecuentemente, el artículo 136 del reglamento a esta ley disponen simplemente que los funcionarios que realicen labores de dirección serán de libre remoción, sin que se determinen limitaciones o requisitos para que la autoridad correspondiente adopte tal decisión. La Ley Orgánica de Régimen Municipal (artículo 192, inciso segundo) exige, en cambio, que **existan causas comprobadas** que justifiquen la remoción de un funcionario. Por ser las de la Ley de Régimen Municipal, en la materia que se examina en el presente caso, normas de carácter especial, ellas prevalecen sobre las de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y exigirían la existencia de causas comprobadas para la destitución de un funcionario, lo que ha ocurrido en el caso en examen.- NOVENO: Cabe también resaltar que el Concejo de Pucará alegó, en forma expresa (lo que no ha ocurrido en el caso de procesos contra otras municipalidades, por actuaciones que guardan cierta similitud con la que se ventila en el presente caso) que, para la época en que adoptó la resolución concerniente al señor Víctor Hugo Moreno Torres, tenía aplicación la resolución del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, publicada en el Registro Oficial número 901, de 25 de marzo de 1992, que establecía: *“Artículo 1.- Las autoridades administrativas nominadoras se hallan facultadas para remover libremente de sus cargos a los servidores públicos determinados en el literal b) del artículo 90 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y a los demás señalados como de libre remoción en la Constitución y leyes de la República.- Art. 2 “El ejercicio de la mencionada facultad no constituye destitución, ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza, razón por la cual no son aplicables a dicha remoción las formalidades y requisitos señalados en el Título II, del Reglamento General a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que trata del régimen disciplinario, ni más disposiciones pertinentes a éste” .- Art. 4.- “La presente resolución –que se promulgará en el Registro Oficial– registrará para el futuro con carácter obligatorio, mientras la ley no disponga lo contrario”* (Los resaltados son de la Sala).- Caber recordar que, en ese tiempo, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tenía la más alta jerarquía jurídica en su campo de acción específico.- DECIMO: En todo caso, al funcionario que había sido objeto de la remoción (según la Municipalidad) o de la destitución (según el recurrente), debía reconocérsele el efectivo ejercicio de la garantía constitucional del debido proceso, que incluye el derecho de defensa, que prevalece, por su jerarquía constitucional, respecto a lo que pudieran prever normas de jerarquía inferior.- UNDECIMO: El alcance del derecho de defensa se configura en el numeral 10 del artículo 24 de la Carta Manga, que textualmente consagra: *“Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento”* (el subrayado es de la Sala). Este texto no excluye cualquier

procedimiento judicial o administrativo, por ejecutivo que fuere.- Las autoridades de la Municipalidad, para prescindir de los servicios del funcionario separado de su cargo, debían iniciarle un *procedimiento* administrativo para determinar responsabilidades y comprobar las causas que justifiquen su separación. Ese proceso, que, dadas las funciones de Director de un área y funcionario de confianza que tenía el recurrente, no tenía que ser forzosamente un *sumario* administrativo, se cumplió.- A este respecto, en el escrito mediante el que el actor y recurrente señor Víctor Hugo Moreno Torres pide la expedición de la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca (fojas 223), en el juicio planteado por él contra la Municipalidad de Pucará, el recurrente menciona que se inició contra él un sumario administrativo.- Expresa que en tal trámite no actuó un abogado que lo defendiera.- Vale la pena tener en cuenta que en el proceso consta que tal sumario no se llevó adelante, en razón de que las correspondientes autoridades municipales consideraron que por la jerarquía de Director Financiero del actor y recurrente, con la más alta posición en dicha área y, como tal, funcionario de confianza de las más altas autoridades municipales, no era necesaria la realización del mencionado sumario.- No consta tampoco en el proceso que se hubiera impedido al recurrente pedir los servicios de un abogado, durante la actuación administrativa de investigación de actos que se le imputaban, o para la sesión del Concejo Municipal de Pucará en la que hizo una larga exposición de sus puntos de vista y de defensa de sus derechos, ni que el actor ejercitara sus opciones de solicitar reconsideración de las resoluciones del Concejo de Pucará, ni que recurriera de ellas ante el Consejo Provincial, por lo cual no es procedente su alegación de que en la sentencia del Tribunal *a quo* que es objeto del recurso se hubieren infringido las normas constantes en los artículos 1 y 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como él pretende.- En cambio, consta del proceso, que, según la libre decisión del actor y recurrente señor Víctor Hugo Moreno Torres, al amparo de lo previsto en la Ley de Modernización, él planteó su acción directamente ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, como se menciona en el considerando séptimo.- DECIMO SEGUNDO: En modo adicional a las consideraciones de tipo jurídico que se han enunciado en los considerandos precedentes, puede ser útil también reparar en que por las graves y comprobadas acusaciones de las que fuera objeto el actor y recurrente, en relación con el modo y la forma en que cumplía sus obligaciones de funcionario de muy alta jerarquía como *Director* en el área financiera (lo que no había ocurrido en casos similares) admitir su actuación en la Municipalidad, después de que fuera removido por resolución unánime del Concejo Municipal de Pucará, determinaría graves problemas operativos en dicha Municipalidad.- Con los antecedentes expuestos y sin necesidad de otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia y, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación, se rechaza la demanda, en el juicio seguido por el recurrente, señor Víctor Hugo Moreno Torres, contra la Municipalidad de Pucará.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, hoy día martes diez de abril de dos mil siete, a partir de las diecisiete horas, notifiqué, mediante boletas, la nota en relación y sentencia que anteceden, al actor, señor Víctor Hugo Moreno Torres, por sus derechos, en el casillero judicial No. 2364 y al demandado, por los derechos que representan, señor Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Cuenca, en el casillero judicial No. 1200. No se notifica a los demandados, señores Alcalde y Procurador Síndico del Municipio del cantón Pucará, provincia del Azuay, por cuanto de autos no consta que hayan señalado domicilio para efectos de este recurso.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal, que las fotocopias de la sentencia que en cinco fojas útiles anteceden, son iguales a su original.- Certifico.- Quito, 18 de abril de 2007.

f.) Secretaria Relatora.

No. 168-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, a 11 de abril del 2007; las 08h30.

VISTOS (62-2005): Los recursos de casación que constan: el primero, a fojas 279 a 281 del proceso, interpuesto por el ingeniero Jorge Daniel Arteaga Santana, en su calidad de Presidente Ejecutivo y representante legal de la Empresa Eléctrica Manabí S.A., EMELMANABI (en adelante simplemente "EMELMANABI"); el segundo, a fojas 283 a 286 del proceso, planteado por Javier Astudillo Farah, en su calidad de Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Electricidad (en adelante simplemente "CONELEC"); y, el tercero, a fojas 290 a 292 del proceso, interpuesto por el doctor Demetrio Intriago Vélez, Director Distrital de la Procuraduría General del Estado en Manabí; recursos todos ellos propuestos respecto de la sentencia de mayoría expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 4, de 20 de septiembre de 2004, a las 11h50, dentro del proceso signado con el número 40-2003, promovido por el señor Florencio Antonio Andrade Medina, por sus propios y personales derechos y por los que representa del menor de edad Juan Pablo Andrade Bailón.- En la sentencia objeto del presente recurso, el Tribunal *a quo* resolvió: "*Declarar con lugar la demanda e ilegal y atentatorio a la Constitución el acto administrativo impugnado, disponiéndose que los demandados CONSEJO NACIONAL DE ELECTRIFICACION (CONELEC) Y EMPRESA ELECTRICA DE MANABI (EMELMANABI) de manera conjunta y en porcentajes iguales, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado, paguen al actor la suma de un millón de dólares americanos, por concepto de indemnización por los daños físicos, morales y síquicos sufridos por el menor Juan Pablo Andrade Bailón como consecuencia de haber recibido descarga eléctrica a la que no estaba obligado*

jurídicamente a recibir, que le ha ocasionado quemaduras, amputación de miembros superior e inferior e incapacidad de 80%, considerándose como factor para determinar el monto de indemnización la edad del niño, el tiempo transcurrido desde la fecha en que se produjo el hecho lesivo, los gastos realizados en el tratamiento inmediato de las lesiones, los gastos para toda la vida, incluyéndose también en este monto indemnizatorio las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil relacionadas al daño emergente, lucro cesante e intereses a percibirse desde el inicio de la obligación indemnizatoria”.- EMELMANABI fundamentó su recurso en las causales primera y tercera de la Ley de Casación, y considera infringidos en la sentencia objeto de este recurso los artículos: 1 y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (indebida aplicación); 38 de la Ley de Modernización (indebida aplicación); y, 119, 121 y 278 del Código de Procedimiento Civil (falta de aplicación). CONELEC fundamentó su recurso en las causales primera, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, por considerar erróneamente interpretados los artículos 38 de la Ley de Modernización y 133 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; indebidamente aplicados, los artículos 130, 131 y 132 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, 47 y 48 del Código de Menores; así también considera infringidos los artículos 121, 273 y 277 del Código de Procedimiento Civil. Finalmente, la Procuraduría General del Estado, por medio de su Director Distrital, alegó las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, y señaló como normas infringidas, por aplicación indebida, los artículos 38 de la Ley de Modernización, 42 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y, 355, numeral 2, y 277 del Código de Procedimiento Civil. Todas las normas del Código de Procedimiento Civil se han invocado según su numeración anterior a la codificación vigente a la fecha de expedición de este fallo.- Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, con su actual conformación, para resolver considera: PRIMERO: La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interponen contra las sentencias o autos de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación en vigencia.- SEGUNDO: Se ha agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad alguna que declarar.- TERCERO: En función de los efectos que podrían derivarse de los diversos vicios que los recurrentes acusan se habrían registrado en la sentencia objeto del recurso, esta Sala ha de pronunciarse, en primer lugar, sobre las alegaciones referidas a la causal quinta, para luego, de ser necesario, continuar con las causales cuarta, tercera y primera, siguiendo el orden de enunciación. En relación con la causal quinta, el CONELEC afirma, en su recurso (fs. 784): “En el considerando noveno la sentencia mantiene contradictoriamente lo siguiente: dice que el actor 'impugna en sede jurisdiccional el acto administrativo que se circunscribe en la negativa de CONELEC a aceptar el reclamo administrativo indemnizatorio', lo cual no es verdad ya que la demanda no se dirigió en contra el acto administrativo de denegación de la reclamación administrativa, tanto que en el considerando séptimo ustedes expresan que el accionante había propuesto su demanda en contra de un hecho administrativo. La sentencia declara en la parte resolutive

'con lugar la demanda e ilegal y atentatorio a la Constitución el acto administrativo impugnado'...”.- La causal quinta está referida a vicios intrínsecos del fallo materia del recurso que, por tanto, deben desprenderse del análisis del mismo y de ningún otro elemento externo. No se trata de reproches de congruencia del fallo en relación con la materia de la litis (que corresponde a la causal cuarta); mucho menos, con la valoración que hace el Tribunal Distrital de la prueba actuada.- En la sentencia objeto del recurso, esta Sala aprecia, entre otras cuestiones (que serán objeto de examen subsiguiente) lo que se menciona enseguida: a) El Tribunal *a quo* justificó el rechazo de la excepción de incompetencia planteada por los demandados, por medio de una oscura calificación de la materia de la litis, y un argumento condicional y subsidiario. Así, señala que, por efecto del artículo 38 de la Ley de Modernización, en caso de falta del acto administrativo impugnado en el caso, la competencia del Tribunal *a quo* se aseguraría por tratarse de un hecho administrativo (considerando séptimo). b) Al mismo tiempo, el Tribunal de instancia entiende que la demanda se dirige a impugnar el acto administrativo con el que CONELEC (fs. 3 y 4) negó su reclamo administrativo (considerando noveno y décimo cuarto). Nótese que los condenados en la sentencia son el CONELEC y EMELMANABI. c) Por otro lado, definió la naturaleza de la acción efectivamente propuesta por el actor, según el régimen de responsabilidad patrimonial pública prevista en los artículos 20 y siguientes de la Constitución Política (considerando octavo). d) La falta de claridad conceptual sobre la materia respecto de la cual el Tribunal *a quo* debía pronunciarse ha tenido efecto, también, en la parte resolutive de la sentencia, en la que se adopta el referido régimen de responsabilidad patrimonial pública, bajo la tesis del deber del Estado de reparar los daños ocasionados en los derechos de los administrados, cuando éste no tiene el deber jurídico de soportar consecuencias de la actividad pública, sin siquiera explicar su pertinencia en la parte considerativa. e) Tampoco se puede apreciar en la resolución los argumentos fácticos o jurídicos para determinar qué corresponde a la indemnización por daños materiales, qué corresponde a la compensación por los perjuicios morales y cuál es la importancia de cada uno de los criterios de cuantificación enunciados en el valor de la condena. f) Pese a que la demanda se presentó por los propios derechos del compareciente y por los que representa de su hijo menor de edad -lo que presupone dos partes actoras-, según consta en las primeras líneas de la sentencia analizada, en la parte dispositiva no se define si la condena beneficia al compareciente por una afectación a sus derechos o beneficia al menor a quien representa el compareciente. g) No se establece de modo alguno la base jurídica para la distribución de las cargas económicas que supone la condena, de la manera en que se ha fijado en la sentencia: “de manera conjunta y en partes iguales”.- Todos estos vicios afectan la motivación de la sentencia materia del presente recurso y, por tanto, son objeto de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación en lo que respecta al cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para una sentencia.- El CONELEC, sin embargo, en un recurso técnicamente defectuoso, confundió la calificación de los casos de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación al invocarla; pero, de las afirmaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso, se desprende que lo que esta Entidad acusó, en la sentencia materia del presente recurso, se constriñe a la contradicción señalada entre los distintos considerandos, y entre éstos y la

resolución adoptada respecto a la materia de la litis y la naturaleza de la acción propuesta; esto es, un vicio de motivación.- En alguna otra ocasión esta Sala ha manifestado (Resolución No. 90-2007 de 27 de febrero de 2007 en el caso 125-2004 Procurador General del Estado c. Germán Venegas) *“A este respecto, esta Sala estima que no es posible en una sentencia, adecuadamente motivada, de conformidad con el artículo 24, numeral 13 de la Constitución Política, que se empleen argumentos condicionales y subsidiarios; es decir, ningún Tribunal podrá considerar que su tarea de hacer efectiva la tutela judicial se ha cumplido, con las exigencias de seguridad jurídica en su vertiente de la predecibilidad en la aplicación del ordenamiento jurídico, si para resolver emplea una fórmula similar a: ‘Si este argumento no es válido y verdadero (condición), entonces este otro sí lo será (en subsidio del primero)’.* Este tipo de vicio deberá ser acusado invocando la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación”.- Cuando el Tribunal a quo no pudo precisar la naturaleza jurídica de la acción propuesta y el contenido de la materia de la litis en la fundamentación de su sentencia, prefirió acudir al mecanismo de emplear respuestas contradictorias entre sí, para atender cada planteamiento de las partes, como si cada respuesta fuese independiente en el caso: se trata de una exposición de argumentos condicionales y subsidiarios. Como se desprende de lo dicho, el fallo materia del recurso no está adecuadamente motivado, y la resolución no guarda coherencia con las razones de derecho y de hecho que se exponen en los considerandos del fallo, por lo que cabe admitir la acusación formulada sobre la base de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación y, en tal virtud, casar la sentencia y dictar, de conformidad con el artículo 16 *ibidem*, la que corresponda.- CUARTO: El señor Florencio Antonio Andrade Medina, por sus propios derechos y por los que representa de su hijo, Juan Pablo Andrade Bailón, presentó el 30 de abril del 2003, una demanda (fs. 35 a 44) por la que pretende *“un resarcimiento compensatorio por los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por las fatales descargas eléctricas que tuvieron su causa directa en la patente deficiencia prestacional del servicio de fluido eléctrico, indemnización que solicito con la legitimación suficiente por ser el padre del menor incapacitado permanentemente”* (el subrayado es de la Sala).- Fundamenta su demanda, principalmente, en los artículos: 1, 18, 20 y 249, inciso segundo, de la Constitución Política del Estado; 12, 13 y 14 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico; 2, letra ch, 209 y 212 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (según su reforma publicada en el Registro Oficial 7333, de 27 de diciembre de 2002); y, 38 de la Ley de Modernización del Estado. El compareciente señala, en su demanda, los siguientes hechos relevantes: a) El día 11 de mayo de 2002, el menor de edad Juan Pablo Andrade Bailón recibió una fuerte descarga eléctrica, proveniente de un cable de alta tensión, localizado frente al balcón del tercer piso de la vivienda de su familia, ubicada en Bahía de Caráquez; b) El menor de edad recibió la descarga en razón del auxilio prestado a otro menor de edad, ahora fallecido, Fernando Quispe Cedeño. Este menor alcanzó el cable con una varilla metálica; c) El cable del que provino la descarga se encuentra a menos de metro y medio y no tiene protección alguna; d) El menor *“fue lesionado con quemaduras de tercer grado en un 16.5% SQC”* (fs. 36), y ha sido *“incapacitado permanentemente”* (fs. 43); e) La peligrosidad de los cables eléctricos que se hallan tendidos en las proximidades del lugar del suceso ha sido de

conocimiento del personal de EMELMANABI.- De otra parte, EMELMANABI propuso las siguientes defensas y excepciones (fs. 65 a 67): a) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. b) Falta de derecho del demandante. c) Incompetencia del Tribunal *“por falta de acto administrativo”*, *“por falta de jurisdicción”* y *“por no ser el juez del domicilio del demandado principal”*.- La Procuraduría General del Estado (fs. 84 y 85) negó los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, argumentó ilegitimidad de personería y, en general, planteó la nulidad procesal, sin que conste en su escrito de contestación fundamentación alguna (*causa petendi*) sobre sus defensas y excepciones. En esta materia, se insiste en que, de conformidad con el artículo 102 del Código de Procedimiento Civil, el demandado no podrá cumplir su propósito de oponerse de manera específica a las pretensiones del actor, con una contestación a la demanda en la que no determine lo que admite o niega de la demanda, o sin que establezca con precisión las razones jurídicas y fácticas por las que propone una determinada defensa o excepción. Las deficiencias en una contestación a la demanda, en la que simplemente se enlistan defensas y excepciones sin fundamentación de ningún tipo, no pueden ser subsanadas por el Juez, a través de la presunción de una *causa petendi* que no consta en la contestación a la demanda, pues, en este caso y en virtud del principio de lealtad procesal y el debido proceso, las partes sólo podrán ejercer su derecho de contradicción durante el proceso, si conocen con claridad lo que alega cada una de ellas en defensa de sus intereses.- Finalmente, el CONELEC interpuso las siguientes defensas y excepciones: a) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; b) Incompetencia del Tribunal; c) Improcedencia de la acción, porque *“los perjuicios sufridos por el administrado fueron causados por su propia negligencia, impericia, culpa... no hubo una deficiente prestación del servicio; hubo una descarga debida al accionar de dos menores, cuya culpa en la generación del siniestro no puede originar indemnización”*; *“...porque si se supusiese que no hubo ese agente externo catalizador de todos estos eventos, la descarga se debió producir por caso fortuito o fuerza mayor”*; *“la demanda no reúne los requisitos previstos en el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, en lo que respecta a la cosa, cantidad o hecho que se exige; y, que EMELMANABI es la única responsable por los efectos dañosos de su actividad, en su calidad de concesionario, por lo que no procede demandar a CONELEC”*.- En estos términos, ha quedado fijada la materia de la litis. Se aclara, por lo tanto, que la acción propuesta no se endereza a impugnar la legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. DE-03 0154 de 4 de febrero de 2003, suscrito por el Director Ejecutivo del CONELEC (fs. 3), con el que se niega la reclamación administrativa que, por la misma causa que originó este proceso, cursó Florencio Antonio Andrade Medina, el 9 de enero de 2003 (fs. 98 a 103).- QUINTO: El *thema decidendum*, en el caso puesto a la consideración de la Sala, se refiere a la responsabilidad extracontractual del Estado, prevista en el artículo 20 de la Constitución Política, norma que establece lo siguiente: *“Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos”* (el subrayado es de la Sala). Evidentemente, la responsabilidad extracontractual del Estado hace parte, pese a la

especialidad derivada del desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en el Derecho Administrativo, de la construcción de una teoría general de la responsabilidad. Los elementos fundamentales de esta teoría, trazados desde la perspectiva del Derecho Privado, han sido ya definidos por la Corte Suprema de Justicia, en múltiples ocasiones.- De manera sintética, esta concepción puede ser expuesta en los siguientes términos: a) Las obligaciones civiles nacen, entre otras fuentes, “a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelito” (artículo 1453 Código Civil); b) La responsabilidad civil extracontractual es directa cuando se deriva de acciones u omisiones, dolosas o culposas, propias del sujeto obligado; c) La responsabilidad civil extracontractual es indirecta cuando los daños son causados por personas que están a cargo, cuidado o dependencia del obligado, o, se derivan de los bienes que son de su propiedad o de los que se sirve; d) Son presupuestos materiales para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, la existencia de un daño material o moral, la culpabilidad del sujeto y una relación de causa-efecto entre el hecho ilícito y el daño producido. e) Es jurídicamente relevante el daño cierto, sea este actual o futuro: se entiende por daño cierto, la afectación probada a un interés jurídicamente protegido; es actual, el daño que ya se ha producido, v. gr., el daño emergente; y, es futuro, el daño que objetivamente se espera, v. gr., el lucro cesante; f) Si se afecta el patrimonio de las personas, se considera que el daño es material; en tanto que si la afectación se refiere a cualquier aspecto extrapatrimonial de la persona, el daño es moral; g) El grado de culpabilidad define la intencionalidad con la que el sujeto actúa en relación con los efectos dañosos que se desprenden de su conducta: se dice que existe dolo cuando el sujeto busca, a través de su conducta, producir la afectación; hay culpa, cuando el sujeto, sin intención de provocar un daño, lo produce en razón de su imprudencia, negligencia o impericia al obrar; la culpa es grave, leve o levisima, según lo previsto en el 29 del Código Civil; h) La responsabilidad es subjetiva, cuando se la hace depender de la culpabilidad del sujeto de cuya conducta se deriva el daño. En el caso de las denominadas actividades riesgosas, la culpa se presume, de tal forma, que le corresponde al sujeto demostrar que su conducta se ha ajustado al nivel de diligencia que la ley le exige en su actividad. De otra parte, la responsabilidad es objetiva, si ella depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado de la conducta del sujeto, por lo que, poco importa si el sujeto ha actuado con dolo o culpa; i) La relación causal entre el hecho ilícito y el daño considerados, se ha de calificar con criterios de razonabilidad por parte de los juzgadores, en cada caso concreto; esta Sala entiende que las distintas teorías sobre la calificación del nexo causal, que han sido proveídas por la doctrina, son para el juzgador una guía importante, pero no limitan su facultad de calificar los hechos relevantes sobre las circunstancias específicas de los asuntos puestos a su consideración.- Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho Público, la doctrina más calificada recomienda, y así lo asume esta Sala, que existen ciertos aspectos de la teoría de la responsabilidad que deben ser adecuados al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. Se examinará con detalle el tema en los literales que se enuncian luego, en párrafos específicos: a) El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente. Así, es principio fundamental en la organización

del Estado, la solidaridad y, en virtud de ella, los administrados se encuentran sujetos a una serie de deberes y responsabilidades generales (entre otros, ver el artículo 97 de la Constitución Política) que permiten hacer efectivo el conjunto de los correlativos derechos de los que somos titulares. En este sentido, el preámbulo de la Constitución Política señala: “El Pueblo de Ecuador... fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana... establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social” (El subrayado es de la Sala). La aplicación del principio de solidaridad, sin embargo, no significa que los restantes principios previstos en la misma Constitución Política no deban ser también efectivos, lo que es posible a través de una adecuada ponderación de los bienes jurídicos que, en apariencia, se encuentran en conflicto. De tal forma que, en la búsqueda de atender a los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual deba ceder ante ellos, la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a reestablecer el balance afectado. Por esta razón, el artículo 20 de la Constitución Política no hace referencia al obrar lícito o ilícito de los funcionarios o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad al Estado en el evento de que se cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento. En efecto, esta norma, en su parte pertinente, establece: “Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia... de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos”. De la misma manera, cuando el referido artículo 20 *ibidem* hace referencia a la “prestación deficiente de servicios públicos” no califica la licitud de los actos o hechos conducentes a la prestación correspondiente sino al defecto funcional del servicio.- b) Consecuencia del enunciado precedente es que el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no pueda ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad, cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones. Ello no significa que esta intencionalidad no sea importante en el sistema de responsabilidad, pues, como lo establece el inciso segundo de la norma analizada (artículo 20 de la Constitución Política) la calificación de la culpabilidad de los funcionarios y empleados públicos determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los

administrados.- En este punto, es importante aclarar que la responsabilidad del Estado, tal como ha sido perfilada, no se adecua, tampoco, a la idea de la culpa presunta, propia, por ejemplo, de la realización de actividades de riesgo o de la responsabilidad por actos de terceros. Esto se debe a que, según la tesis de la culpa presunta, bastaría probar -presuponiendo la reversión de la carga de la prueba- que el efecto dañoso no se deriva de la negligencia, imprudencia o impericia de los sujetos a cargo de la actividad pública o, con más exactitud, que el comportamiento de estos sujetos se ha ajustado a las reglas jurídicas y técnicas previstas para el ejercicio de la actividad pública de la que se trate. Sostener esta posición significaría considerar que los efectos de la actividad pública, socialmente intolerables por su injusticia o ilicitud, son irrelevantes, porque la conducta de los agentes públicos se ha arreglado a las formas determinadas por otros agentes públicos; y que, las instituciones del Estado, con competencias normativas, son irresponsables frente a la deficiencia de la regulación y sus efectos dañosos. c) La responsabilidad patrimonial del Estado es, en todos los casos, directa. En tal virtud, el Estado no responde por los perjuicios que su actividad pueda provocar en las personas, los bienes o el ambiente, como lo hace toda persona por el hecho de los que estuvieran bajo su cuidado o dependencia, según el régimen previsto en los artículos 2220 y siguientes del Código Civil. Esto se debe a que la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, en cuanto sujetos de imputación jurídica, es distinta e independiente a la responsabilidad pública que se deriva del ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de sus deberes como sujetos de la actividad pública. El comportamiento de un funcionario o empleado público es, a efectos del régimen de responsabilidad analizado, atribuible al Estado mismo, cuando se analizan sus relaciones con el administrado. Cosa distinta es la revisión de este comportamiento, personal e individual, para determinar la responsabilidad del funcionario o empleado frente al Estado, por el inadecuado ejercicio de sus competencias. d) Se ha insistido que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene origen en la injusticia o ilicitud de la afectación en las personas, bienes o el ambiente, originada en la actividad pública; por ello, es necesario clarificar el sentido que se adopta al referirnos a la injusticia o ilicitud de la afectación, es decir, delimitar lo que ha de entenderse por daño indemnizable. En principio, el daño indemnizable ha de ser cierto, actual o futuro, material o moral, como ha quedado expuesto por la teoría general de la responsabilidad. Ahora bien, la calificación de un hecho como “*afectación injusta*” es una materia sujeta al criterio judicial, según las reglas de la sana crítica, que puede ser objeto de control en base a la razonabilidad de dicho criterio, esto es, su motivación. Sin embargo, parece conveniente señalar que la injusticia en la afectación se desprende ordinariamente de la vulneración del referido principio de igualdad material en la distribución de las cargas públicas. Se trata, entonces, de una afectación anormal, esto es, un efecto dañoso que excede manifiestamente las consecuencias generales que objetivamente se pueden esperar de la actividad pública en relación con el conjunto de los administrados. En lo que se refiere a una “*afectación ilícita*”, el criterio de calificación está ligado a los deberes constitucionales de los administrados, en el sentido de que nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual si no media un deber constitucional que se lo haya impuesto. En este caso, el deber jurídico de soportar la carga pública no podría provenir únicamente de normas de rango inferior, pues, de

otro modo, se haría impracticable la responsabilidad del Estado que ejerce potestades normativas. Así, por ejemplo, es evidente que no se puede esperar que el administrado deba soportar la expropiación de sus bienes sin el pago del justo precio, aunque legal o reglamentariamente se hubiese admitido esta posibilidad. En este caso ejemplificativo, la expropiación practicada de la manera en que se ha regulado, supone una afectación ilícita en el patrimonio del administrado que debe ser reparada en razón de la responsabilidad extracontractual del Estado como legislador. e) Definido el carácter de la responsabilidad extracontractual del Estado, como una responsabilidad por la injusticia o ilicitud de los efectos de la actividad pública en las personas, bienes o el ambiente, es evidente que, demostrado el daño indemnizable, resta únicamente determinar la vinculación, en una relación de causa-efecto, de la actividad pública de la que se trate con el referido daño. Se trata, pues, de atribuir los efectos dañosos a la realización de una actividad pública específica. En este sentido, las instituciones del Estado únicamente podrán oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado que hubiese sufrido un daño demostrado e indemnizable, si prueban que los efectos dañosos se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima. Se hace notar, sin embargo, que la responsabilidad extracontractual del Estado no se enerva si la afectación a las personas, sus bienes o al ambiente, no son atribuibles de manera exclusiva a las circunstancias eximentes de responsabilidad enunciadas.- SEXTO: EMELMANABI y CONELEC han planteado como excepción la incompetencia del juzgador para conocer el caso. A este respecto, es necesario señalar que toda actividad pública se verifica a través de actos, hechos y contratos; de tal forma que la prestación de cualquier servicio público, en tanto actividad pública, presupone la existencia de una serie de actos, hechos y contratos de los que resulta la prestación del servicio. Cuando se alega que el Estado ha incurrido en responsabilidad extracontractual por deficiencia en la prestación de servicios públicos, no se está atacando únicamente un específico acto, hecho o contrato administrativos, sino el efecto que, en conjunto, todos ellos, los necesarios para la prestación del servicio, han producido. Se evalúa un defecto sistémico, funcional, de la actividad pública (que, se insiste, se efectúa a través de actos, hechos y contratos), en este caso, para la prestación del servicio público que ha dado origen a un daño indemnizable. Ahora bien, a la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 30 de abril de 2003 (fs. 44), se encontraba vigente el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, con la redacción dada por el artículo 1 de la Ley 2001-56, publicada en el Registro Oficial No. 483, de 28 de diciembre de 2001. Esta norma señala que: “*Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o Código Tributario. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa*”. Empero

de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa” (el subrayado es de la Sala).- De tal forma que, de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, cuando el administrado acude a la Función Judicial para hacer valer su derecho a ser indemnizado por la responsabilidad extracontractual del Estado prevista en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado, debe hacerlo ante el Tribunal Distrital de su domicilio, que es competente para conocer “toda demanda que se derive” de actos, hechos y contratos administrativos que, como queda indicado, son considerados en conjunto, sin determinación de ninguna clase, porque se los presupone para toda prestación de un servicio público como actividad pública, cuya deficiencia funcional se sostiene ha causado un daño indemnizable. Esta Sala, de otra parte, funda su competencia en el artículo 200 de la Constitución Política y la Ley de Casación vigente, particularmente en el artículo 16, en lo que respecta a la competencia para dictar la sentencia correspondiente en el caso, luego de haber sido casada aquella que fue materia de un recurso de casación.- Por estas consideraciones no son admisibles las excepciones de incompetencia en razón de la materia o el territorio propuestas por CONELEC y EMELMANABI.- SEPTIMO: La Procuraduría General del Estado y CONELEC han propuesto como excepción la falta de personería. Únicamente en el caso de CONELEC se fundamentó la excepción en el sentido de que el señor Florencio Antonio Andrade Medina no estaría legitimado para comparecer en el proceso a nombre de su hijo, menor de edad, Juan Pablo Andrade Bailón, porque, según lo previsto en los artículos 47 y 48 del Código de Menores, el ejercicio de la patria potestad les correspondería de manera conjunta al padre y la madre. Se hace notar, a este respecto, que el régimen jurídico invocado se encontraba ya derogado por el Código de la Niñez y la Adolescencia, publicado en el Registro Oficial 737, de 3 de enero de 2003. El artículo 104 del Código de la Niñez y la Adolescencia, vigente a la fecha de presentación de la demanda (30 de abril de 2003), establece que: “Respecto a la patria potestad se estará a lo dispuesto en el Código Civil sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes”.- El artículo 28 del Código Civil establece que: “Son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 570” (el subrayado es de la Sala). El inciso primero del artículo 300 del Código Civil señala que: “El hijo de familia no puede comparecer en juicio, como actor contra un tercero, sino representado por el padre o la madre que ejerza la patria potestad” (el subrayado es de la Sala). Finalmente, el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil prevé: “Los que se hallen bajo patria potestad serán representados por el padre o la madre que la ejerza; y los demás incapaces que no estuvieren bajo patria potestad, tutela o curaduría, por el curador que se les dé para el pleito” (el subrayado es de la Sala). En tal virtud, la alegación de que la defensa de los intereses del menor en un juicio (que han de primar en cualquier caso) requiere la intervención del padre y la madre, según el régimen vigente a la fecha de presentación de la demanda, no tiene sustento, por lo que se niega la excepción.- OCTAVO: En lo que respecta a la oportunidad con la que se ha presentado de la demanda (30 de abril de 2003) en relación con el tiempo de caducidad del derecho de acción en la vía contencioso administrativa, se hace notar

que el artículo 2 de la Ley 2001-56, publicada en el Registro Oficial 483, de 28 de diciembre de 2001, con el que se reforma el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estableció que: “El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.- En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años”. El caso concreto está sujeto al último supuesto. En esta materia, es importante definir el momento desde el que se debe computar el plazo de cinco años para que opere la caducidad del derecho de acción. De manera general, este plazo debe ser contado desde el momento en que es posible el ejercicio de la acción, salvo que el procedimiento administrativo iniciado no haya concluido, o se trate de hechos continuados. En el presente caso, el suceso acaeció el 11 de mayo de 2002, el procedimiento administrativo inició el 9 de enero del 2003 (fs. 98) y concluyó el 4 de febrero de 2003 con la resolución del CONELEC No. 0154, que consta a fojas 3. Desde el 4 de febrero del 2003 hasta el 30 de abril del mismo año, fecha en la que se interpuso la demanda, no ha transcurrido el plazo previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.- NOVENO: No existe ninguna otra razón por la que deba ser declarada la nulidad del proceso, por lo que se rechaza la excepción de nulidad planteada por la Procuraduría General del Estado, más allá de que aquella no se encuentra debidamente fundamentada. DECIMO: En lo que respecta al fondo de la controversia, los daños morales y materiales que han sufrido Florencio Antonio Andrade Medina y su hijo menor de edad Juan Pablo Andrade Bailón, se encuentran probados en el proceso: a) Consta de: la historia clínica No. 127564 del Hospital de Niños “Dr. Roberto Gilbert Elizalde”, de la ciudad de Guayaquil (fs. 125 a 134); del resumen clínico de la Unidad de Quemados del Hospital de Niños “Dr. Roberto Gilbert Elizalde”, de la ciudad de Guayaquil, suscrito por la Dra. Margot Orellana (fs. 135 a 137); del informe pericial suscrito por los doctores Gabriel Díaz Llor y Walter Roca Baida (fs. 225 y 226), y de los certificados médicos que figuran a fojas 139 y 140, que Juan Pablo Andrade Bailón tuvo que ser sometido al procedimiento de amputación de sus miembros superior izquierdo e inferior derecho, a causa de las quemaduras en su cuerpo, que son de III grado 16.5 SCQ; b) Del informe pericial que consta a fs. 225 y 226, se desprende, también, que Juan Pablo Andrade Bailón, luego del suceso, tiene un porcentaje de incapacidad del 80%. c) De los mismos certificados incluidos a fojas 139 y 140, se deriva que el menor de edad estuvo sometido a tratamiento médico en la ciudad de Guayaquil del 12 de mayo al 28 de junio de 2002, de lo que se infiere un detrimento patrimonial para atender los gastos médicos, manutención y alojamiento. d) De la incapacidad física demostrada, se desprende que el menor de edad no podrá proveerse de los medios necesarios para sustentar su existencia, por sí mismo, como cualquier otro trabajador. e) De los efectos del suceso en el cuerpo del menor de edad, según queda señalado, se puede inferir razonablemente que Florencio Antonio Andrade Medina, como padre, y Juan Pablo Andrade Bailón como el sujeto

directamente afectado, han sufrido un daño moral vinculado con el cambio trascendental en su forma de vida. Aunque los efectos psicológicos y anímicos, actuales, que el suceso ha provocado en los actores no constan acreditados a través de la práctica de ninguna diligencia probatoria, son fácilmente deducibles de los hechos probados.- Los daños materiales y morales constatados son indemnizables, según lo señalado en el considerando quinto de esta sentencia, porque son ciertos, esto es, probados; actuales, en lo que respecta a los gastos efectuados para obtener la atención médica del menor y los daños morales, en el caso de cada uno de los actores en la presente causa; objetivamente esperables (futuros) en lo que concierne a la imposibilidad que el menor tiene de proveerse los medios para su subsistencia por sí mismo como cualquier otro trabajador, una vez que tenga edad suficiente para ello; son injustos e ilícitos, porque se trata de efectos anormales en la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica, y porque no existe norma alguna que obligue a Florencio Antonio Andrade Medina y Juan Pablo Andrade Bailón al sacrificio individual que han debido soportar con ocasión de la prestación del referido servicio de distribución de electricidad.- DECIMO PRIMERO: En lo que respecta al nexo causal entre la actividad pública y los daños indemnizables, de las piezas procesales se desprende: a) El CONELEC ha afirmado en su contestación a la demanda: *“En el presente caso los hechos son los siguientes: un niño de ocho años juega con otro en un balcón; este último toma una varilla metálica con la cual intencionalmente toma contacto con un cable de alta tensión. En estas circunstancias se produce la descarga que mata al menor, y que difícilmente habría habido si no hubiese habido un sujeto externo provocador; en suma, los menores provocaron el siniestro”* (fs. 88, vuelta). b) La confirmación de los hechos relatados consta en los enunciados que el CONELEC realiza en el pliego de preguntas para la confesión judicial del señor Antonio Andrade Medina, particularmente, en las preguntas 3, 5 y 7 (fs. 228). c) En el escrito de interposición del recurso de casación, el CONELEC manifiesta (fs. 286): *“...en el Ecuador y en el mundo, casi el ciento por ciento de la distribución eléctrica se hace a través de cables a la intemperie y sin aislantes; en el Ecuador hay cinco mil kilómetros de cables de esta naturaleza. Ni siquiera ustedes que aceptan incondicionalmente un dato informativo de manera peyorativa podrían indicar en qué sectores de esta ciudad o de esa provincia hay tendido eléctrico con aislantes. Ponerlos significaría un costo tan alto, que la electricidad costaría tanto que las poblaciones carecerían de esa fuente energética...”* (el subrayado es de la Sala). Esta afirmación respecto al hecho de que los tendidos eléctricos a través de los cuales se distribuye la energía eléctrica no tienen aislantes, confirma lo que el actor ha señalado en su demanda y que, tampoco, ha sido puesto en discusión en el proceso.- Es verdad que las diligencias judiciales en las que no participa la parte contraria para ejercer su derecho de contradicción, por iniciativa del peticionario o defecto procesal, no tienen valor alguno dentro del proceso, por lo que, pese a que el informe pericial que consta a fojas 123 del proceso confirma el hecho de que los cables del tendido eléctrico se encuentran a la intemperie y sin aislante, no tiene valor alguno en el proceso.- Sin embargo, de cuanto se ha señalado, esta Sala ha llegado a la convicción de que los daños probados e indemnizables tienen como causa adecuada los siguientes factores concurrentes: a) La conducta del menor Fernando Quispe Cedeño; b) El hecho de que el titular del tendido eléctrico, por razones de costo-

beneficio, mantenga cables sin aislantes; y, c) La tolerancia de la autoridad administrativa a cargo de la regulación y control de la actividad que realiza el titular del tendido eléctrico. En cuanto al primer factor, es evidente que a un menor (Fernando Quispe Cedeño), no se le puede exigir una conducta distinta a la que es propia de su edad, como lo ha afirmado el actor. En lo que respecta a EMELMANABI y el CONELEC, la actividad de distribución de energía eléctrica, a cargo de la primera, y que está sujeta al control y regulación del segundo, en virtud de los artículos 12 y 13, letras: a y e de la Ley del Régimen del Sector Eléctrico, lo que les vuelve solidariamente responsables, es una actividad de riesgo y, como tal, presupone eventuales afectaciones a los administrados, que exceden lo que les es exigible individualmente, por la ventaja colectiva que significa realizar la actividad en tales condiciones. El hecho de que el tendido eléctrico, en el Ecuador y -según lo plantea CONELEC- en la mayor parte del mundo, se encuentre sin aislantes, confirma la apreciación de que la deficiencia en la actividad de distribución y las eventuales afectaciones a las personas, bienes o ambiente es objetiva; es decir, los riesgos de la actividad son asumidos *a priori*, tanto por el prestador efectivo del servicio como por el órgano de control y regulación que lo tolera, en razón de que el costo de proveer mayores seguridades a los administrados, y, por tanto, precaver los perjuicios eventuales, es superior al beneficio de sostener un sistema que permita un costo del servicio eléctrico menor. Dicho de otra manera, la deficiencia en la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica es, en este caso, un dato objetivo y plenamente admitido por el titular de la red eléctrica y el órgano de control y regulación, frente a las limitaciones económicas y prácticas que, en el Ecuador, existen para sostener, al mismo tiempo, altos niveles de seguridad para las personas, los bienes y el ambiente, y bajos costos para la provisión del servicio. Este hecho objetivo -la deficiente prestación del servicio de distribución de energía eléctrica- es un dato permanente en la realidad ecuatoriana, según los criterios señalados; por ello, se justifican mecanismos de aseguramiento como el contenido en el Reglamento de concesiones, permisos y licencias para la prestación del servicio de energía eléctrica, publicado en el Registro Oficial No. 290, de 3 de abril de 1998, que tantas veces han invocado los demandados. La existencia del aseguramiento no modifica la responsabilidad de los sujetos que participan en la actividad que genera el daño indemnizable. Cosa distinta es que los daños puedan ser reparados sin la intervención de la Administración de Justicia, que, por supuesto, es lo deseable. Esta reparación puede efectuarse espontáneamente, empleando para el efecto los seguros de responsabilidad contratados, o bien, atendiendo los requerimientos de los administrados efectuados en sede administrativa. Este último aspecto requiere algunas precisiones: a) El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo establece un procedimiento específico para que la administración atienda los reclamos de indemnización de los perjuicios materiales o morales que se deriven de la actividad de la Administración Central o Institucional. A este respecto, véanse los artículos 209 y siguientes del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, actualmente vigente; b) Las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo deben ser interpretadas de conformidad con el segundo inciso del artículo 272 de la Constitución Política, en el sentido de que no pueden modificar las mismas prescripciones constitucionales en la materia, como aquéllas previstas en normas con rango de ley; c) Siguiendo el criterio previamente señalado, el artículo 209 del Estatuto

del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva no modifica en nada el derecho de los administrados de acudir directamente a la Función Judicial para hacer valer sus derechos sin agotar la vía administrativa, de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización; d) El plazo de prescripción contemplado en el artículo 211 *ibidem* no tiene aplicación alguna, en la medida en que es incompatible con el plazo de caducidad de cinco años previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, reformado por el artículo 2 de la Ley 2001-56, publicada en el Registro Oficial número 483, de 28 de diciembre de 2001; e) El artículo 212 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva es también incompatible con los artículos 38 y 28 de la Ley de Modernización, en el sentido de que el administrado no está obligado a esperar la negativa de la administración para proponer su acción ante la jurisdicción contencioso administrativa, y el término que tiene la administración para atender todo tipo de reclamación, salvo que se hubiese previsto uno distinto en una norma de rango legal, es el de quince días según lo previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización, de tal forma que, si la administración no hubiese contestado oportunamente al reclamo correspondiente, se ha de aplicar, en todo caso, el régimen jurídico de los actos administrativos regulares presuntos y los procedimientos de ejecución, sobre los que esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse repetidamente, y constituyen un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento; f) Del mismo modo, la acción de repetición prevista en el segundo inciso del artículo 20 de la Constitución Política depende únicamente de que la conducta del funcionario o empleado sea dolosa o gravemente culpable, de tal forma que las condiciones previstas en el 213 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo son inconciliables con el ordenamiento constitucional. Sobre la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos por los perjuicios que se irroguen al Estado por su conducta, es necesario subrayar que cuando un administrado acude ante la autoridad con un reclamo administrativo tendiente a obtener el resarcimiento de los perjuicios materiales y morales producidos por la actividad pública y la administración, por medio del funcionario competente, no atiende la petición, aceptándola o negándola, en el término previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización, incurre, en caso de dolo o de culpa grave, en la responsabilidad prevista en el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución Política, y deberá asumir los perjuicios económicos ocasionados al Estado, y así tendrá que ser declarado en el proceso de ejecución del acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo positivo.- DECIMO SEGUNDO: Del criterio vertido en el considerando precedente es posible sostener que los daños indemnizables, que se derivan de una actividad que se organiza asumiendo las deficiencias propias del sistema, deben ser reparados, salvo que exista una causa eximente, debidamente probada por los demandados.- Como ha quedado señalado las causa eximentes, que modifican la atribución del efecto dañoso a la actividad pública, en la relación causal anotada, son la fuerza mayor o el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima, siempre que se justifique su exclusividad, como factor generador del daño. El CONELEC ha afirmado que: *“Debe señalarse que la casa fue construida cuando la red de distribución de la energía eléctrica ya existía, y que aún hoy la casa no está terminada ya que no existen los mínimos elementos de seguridad tanto en los balcones*

como en las ventanas. Además, si a esto se añade que si hubiese habido un peligro evidente por la cercanía de la red eléctrica, ya para los constructores ya para los residentes, la autorización municipal correspondiente habría observado ese peligro para que EMELMANABI hiciese las rectificaciones del caso” (fs. 88, vuelta); “...habiendo un imprevisto imposible de precaver, no hay culpa o negligencia de la cual derive indemnización (fs. 89)”. En esta línea, los demandados han podido probar exclusivamente la culpa de Florencio Antonio Andrade Medina, como corresponsable de los efectos dañosos provocados al menor y a sí mismo. En efecto, de la confesión judicial que ha rendido Florencio Antonio Andrade Medina se desprende, específicamente de la respuesta a la pregunta 4 (fs. 228 y 229), que construyó la vivienda en la que se produjo el suceso materia de esta acción sin las autorizaciones administrativas necesarias, a su juicio, de manera emergente por el terremoto de Bahía de Caráquez. Esto tiene un efecto trascendente en relación con los efectos dañosos que el señor Florencio Antonio Andrade Medina pretendía sean resarcidos por los demandados, por sus propios y personales derechos. De conformidad con el artículo 2217 del Código Civil, cuando dos o más personas intervienen en el hecho que provoca el daño, son solidariamente responsables de todo el perjuicio. Al ser Florencio Antonio Andrade Medina corresponsable de los perjuicios que son materia del presente caso, no puede beneficiarse de su propia falta y, en tal virtud, las pretensiones que ha presentado por sus propios y personales derechos deberán ser desechadas. Esta circunstancia, de otra parte, no modifica en nada la responsabilidad de CONELEC y EMELMANABI respecto de los perjuicios ocasionados al menor Juan Pablo Andrade Bailón, ni la capacidad del padre para reclamar, en nombre de su hijo, estos perjuicios a los corresponsables, por su obligación solidaria.- Es necesario aclarar que tampoco se han considerado como pruebas válidas en este caso, la diligencia de inspección judicial y el informe pericial, así como los documentos agregados a dicho informe, que constan a fojas 171 a 198, porque, aunque la diligencia fue ordenada por el Tribunal *a quo* mediante providencia de 12 de noviembre de 2003 debidamente notificada a las partes, la fecha en que debía practicarse y la designación del perito no fue notificada a la parte actora por el Juez Octavo de lo Civil de Manabí, encargado, según consta a fojas 171, vuelta. En cualquier caso, la diligencia tuvo como propósito definir la situación del inmueble igual que del lugar en el que se produjo el suceso en relación con el tendido eléctrico, así como el cumplimiento de las normas técnicas, exclusivamente en lo que respecta a las distancias, en el referido tendido eléctrico. El resultado no modifica de manera alguna las convicciones a las que ha llegado esta Sala en relación con el daño indemnizable, el nexo causal y los eximentes de responsabilidad.- DECIMO TERCERO: De cuanto se ha señalado, esta Sala encuentra que EMELMANABI y CONELEC son responsables solidarios de los daños materiales y morales producidos al menor Juan Pablo Andrade Bailón, según el régimen previsto en el artículo 20 de la Constitución Política.- Al entrar en materia de indemnizaciones, esta Sala invoca la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su artículo 63.1, dispone la obligación del Estado, cuya responsabilidad ha sido establecida, de reparar el daño ocasionado y sus consecuencias, y la de determinar el pago de una justa indemnización. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos orienta la forma en la que se debe proceder para reparar e indemnizar tanto el

daño material como los daños morales. “*Su naturaleza y monto, dice la referida Corte, dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores*”. (Caso Cantoral Benavides, Reparaciones, sentencia de 3 de diciembre de 2001, entre otras).- Esta Sala procede, entonces, a cuantificar la indemnización que estarán obligados a pagar los demandados a favor de Juan Pablo Andrade Bailón y, por las circunstancias del caso, la manera en que se deberá cumplir la condena. En efecto, de conformidad con el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil: “*Si se condenare a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, en la misma sentencia se determinará la cantidad que se ha de pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla*” (el subrayado es de la Sala). En lo que respecta a los daños materiales sufridos por Juan Pablo Andrade Bailón se considera exclusivamente el valor que dejará de percibir en razón de su incapacidad para proveerse de los medios de subsistencia, como cualquier otro trabajador: Para tal efecto esta Sala entiende que es razonable fijar como valor de la indemnización por los perjuicios materiales causados, un monto equivalente al valor de la canasta familiar vital, por cada mes y por el tiempo de esperanza de vida de un ecuatoriano varón. Se emplea, en este caso, el valor de la canasta familiar vital, porque esta Sala no podría concebir al menor de edad afectado fuera de un núcleo familiar, que el Estado garantiza y protege según lo previsto en el artículo 37 y 48 de la Constitución Política. De conformidad con el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, a marzo del año 2007, el valor de la canasta familiar vital es de TRESCIENTOS DIECISEIS 28/100 dólares de los Estados Unidos de América; en tanto que, la esperanza de vida de un ecuatoriano, varón, según la Organización Mundial de la Salud, es de setenta años de edad. En tal virtud, dado que el hecho acaeció cuando Juan Pablo Andrade Bailón tenía ocho años de edad, (fs. 116) el valor que percibirá por concepto de indemnización por daños materiales asciende a la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS DOCE 32/100 dólares de los Estados Unidos de América. De conformidad con el artículo 2232 del Código Civil, “*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*” (el subrayado es de la Sala); y, como se ha dicho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las indemnizaciones no tienen como propósito enriquecer a la víctima. Esta Sala entiende que no es posible cuantificar las pérdidas extrapatrimoniales que ha sufrido Juan Pablo Andrade Bailón, por lo que, aclarando que el valor que ahora se fija como reparación de los perjuicios morales sólo busca atenuar el efecto anímico y psicológico, basándose en equidad, condena solidariamente a EMELMANABI y a CONELEC al pago de OCHENTA MIL 00/100 dólares de los Estados Unidos de América, por este concepto. En total, la indemnización compensatoria suma el valor de TRESCIENTOS QUINCE MIL TRESCIENTOS DOCE 32/100 dólares de los Estados Unidos de América.- DECIMO CUARTO: Finalmente, es necesario establecer un mecanismo adecuado de ejecución de la sentencia, que permita asegurar que el criterio de Justicia empleado en el presente caso se haga realidad, asegurando la tutela judicial

efectiva garantizada en el artículo 24, numeral 17, de la Constitución Política y procurando precautelar los intereses de Juan Pablo Andrade Bailón con la aplicación del mismo criterio que ha servido para fijar las indemnizaciones por daños materiales. Con estos fundamentos, EMELMANABI y CONELEC son condenados, adicionalmente, a la siguiente obligación de hacer, que constituye un modo de ejecución de la condena principal prevista en el considerando precedente: a) En el plazo de quince días desde la fecha de notificación con la presente sentencia, EMELMANABI y CONELEC, a su costa, deberán constituir un fideicomiso mercantil, en cualquiera de las instituciones habilitadas en el Ecuador como fiduciarias; b) El patrimonio autónomo estará conformado por el valor total de las indemnizaciones a las que han sido condenados los demandados; c) El único beneficiario del fideicomiso será Juan Pablo Andrade Bailón; d) EMELMANABI y CONELEC se asegurarán que las únicas instrucciones a la entidad fiduciaria, que contenga el contrato de fideicomiso, sean las siguientes: 1. Desembolsar mensualmente, desde la fecha de constitución del fideicomiso, la suma de TRESCIENTOS DIECISEIS 28/100 dólares de los Estados Unidos de América (valor de una canasta familiar), a favor de quienes ejerzan la patria potestad del menor de edad para su cuidado, hasta que Juan Pablo Andrade Bailón cumpla la mayoría de edad; 2. Juan Pablo Andrade Bailón, una vez que cumpla la mayoría de edad, podrá disponer libremente del patrimonio autónomo constituido a su favor; 3. Los derechos fiduciarios, cuyos certificados serán emitidos a favor de Juan Pablo Andrade Bailón, no podrán ser transferidos hasta que su titular cumpla la mayoría de edad; e) EMELMANABI y CONELEC y sus sucesores si se produjere cambio de estas entidades o de su nombre, estarán en la obligación de cubrir todos los costos y gastos que supongan el sostenimiento del fideicomiso mercantil, en los términos establecidos en esta sentencia, hasta que Juan Pablo Andrade Bailón cumpla la mayoría de edad.- El Tribunal de instancia, en la etapa de ejecución, verificará el cumplimiento exacto de esta obligación de hacer a la que se condena a EMELMANABI y CONELEC, en el plazo otorgado para el efecto.- Por las consideraciones vertidas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia y, aceptando parcialmente la demanda, se condena solidariamente a la Empresa Eléctrica Manabí S.A., EMELMANABI y al Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, al pago, a favor de Juan Pablo Andrade Bailón, de las indemnizaciones establecidas en el considerando décimo tercero de esta sentencia, por los daños materiales y morales que ha sufrido el referido menor, por la deficiente prestación del servicio público de distribución de la energía eléctrica, daños y responsabilidad extracontractual que también se declaran. Se condena, así también, a EMELMANABI y CONELEC al cumplimiento de la obligación de hacer prevista en el considerando décimo cuarto de esta sentencia, como modalidad de cumplimiento de la condena principal. Se desecha la demanda en lo que respecta a las pretensiones que el señor Florencio Antonio Andrade Medina ha efectuado, por sus propios y personales derechos.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, el día de hoy miércoles once de abril del dos mil siete, a partir de las dieciséis horas, notifiqué mediante boletas la providencia que antecede, al actor señor Florencio Andrade Medina, en el casillero judicial No. 1096 y 1328 y a los demandados, por los derechos que representan, CONELEC, EMELMANABI, al Dr. Jorge Cevallos Parra, y al Procurador General del Estado, en los casilleros judiciales Nos. 540, 811, A-57 y 1200, respectivamente.- Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

AUTO DE ACLARACION

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 30 de abril de 2007; las 08h30.

VISTOS (62-2005): El escrito que antecede (fs. 81), en el que el CONELEC, por medio de su abogado patrocinador, ha solicitado la ampliación de la sentencia dictada en la causa seguida por Florencio Antonio Andrade Medina contra CONELEC.- De conformidad con el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil: *“El Juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días”*. De conformidad con el artículo 282 *ibídem*, procede la ampliación *“(…) cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. La negativa será debidamente fundamentada.- Para la aclaración o la ampliación se oírá previamente a la otra parte”*.- El peticionario ha solicitado la ampliación en el término previsto en la ley, y se ha corrido traslado a la otra parte, conforme lo ordenan las normas antes citadas.- El peticionario entiende que esta Sala no se ha pronunciado sobre la acusación que ha planteado respecto de la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* con relación a la falta de cumplimiento de los requisitos de la demanda en lo que concierne a la determinación de la *“cosa, cantidad o hecho que se exige”*; sin embargo, el peticionario no se ha percatado de que, al existir razón suficiente para admitir la acusación vertida en relación con la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, esta Sala, con suficiente fundamento (Ver considerando tercero de la sentencia cuya ampliación se solicita) y pese a la diferencias técnicas en la interposición del recurso, admitió la referida causal por los defectos en la motivación de la sentencia, en lo que atañe a sus requisitos.- La admisión de la causal invocada por la entidad recurrente tendría por efecto que la sentencia materia del recurso de casación, deba ser extinguida, esto es *“casada”*, sin que sea necesaria ulterior consideración. Una vez una sentencia, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación, la Sala constituye en Tribunal de instancia y dicta la sentencia que corresponde a la materia de la litis. La materia de la litis consta expuesta en el considerando cuarto de la sentencia.- En tal virtud, la ampliación solicitada, en lo que respecta a las demás razones invocadas por el recurrente en su escrito de interposición del recurso,

no tiene sustento.- De otra parte, el peticionario de la ampliación señala que esta Sala no se ha referido a la alegación planteada por la parte demandada en lo relacionado con la competencia de los tribunales distritales y de esta Sala para conocer las demandas por responsabilidad extracontractual del Estado. En esta materia baste remitir al solicitante al considerando sexto de la sentencia cuya ampliación se solicita, y que se reproduce a continuación, para su lectura: *“SEXTO: EMELMANABI Y CONELEC han planteado como excepción la incompetencia del juzgador para conocer el caso. A este respecto es necesario señalar que toda actividad pública se verifica a través de actos, hechos y contratos; de tal forma que, la prestación de cualquier servicio público, en tanto actividad, presupone la existencia de una serie de actos, hechos y contratos de los que resulta la prestación del servicio. Cuando se alega que el Estado ha incurrido en responsabilidad extracontractual por deficiencia en la prestación de servicios públicos, no se está atacando únicamente un específico acto, hecho o contrato administrativo, sino el efecto que, en conjunto, todos ellos, los necesarios para la prestación del servicio, han producido. Se evalúa un defecto sistémico, funcional, de la actividad pública (que, se insiste, se verifica a través de actos, hechos y contratos), en este caso, para la prestación del servicio público que ha dado origen a un daño indemnizable. Ahora bien, a la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 30 de abril de 2003 (fs.44), se encontraba vigente el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, en la redacción dada por el artículo I de la Ley 2001-56, publicada en el Registro Oficial No.483 de 28 de diciembre de 200. Esta norma señala que: «Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo o Código Tributario. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa» (el subrayado es de la Sala).- De tal forma que, de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, cuando el administrado acude a la Función Judicial para hacer valer su derecho a ser indemnizado por la responsabilidad extracontractual del Estado prevista en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado, debe hacerlo ante el Tribunal Distrital de su domicilio, que es competente para conocer «toda demanda que se derive» de actos, hechos y contratos administrativos que, como queda indicado, son considerados en conjunto, sin determinación de ninguna clase, porque se lo presupone para toda prestación de un servicio público como actividad, cuya deficiencia funcional se sostiene ha causado un daño indemnizable. Esta Sala, de otra parte, funda su competencia en el artículo 200 de la Constitución Política y*

la Ley de Casación vigente, particularmente en el artículo 16, en lo que respecta a la competencia para dictar la sentencia correspondiente en el caso, luego de haber sido casada aquella, materia de un recurso de casación.- Por estas consideraciones no son admisibles las excepciones de incompetencia en razón de la materia o el territorio propuestas por CONELEC y EMELMANABI".- El asunto sobre el que el peticionario pretende que esta Sala se pronuncie afirmativa o negativamente, esto es, si una descarga eléctrica es un acto o un contrato, es impertinente en la causa y luce realmente absurdo.- Pese a la abundante fundamentación que contiene la sentencia cuya ampliación se solicita, el solicitante parece no discernir que el problema jurídico para determinar la competencia de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y de esta Sala, en su caso, no está en determinar si una descarga eléctrica es un acto o un contrato (lo que constituye un falso problema), sino en el hecho de que la prestación de un servicio público presupone la existencia de una serie de actos administrativos, actos de simple administrativo, hechos e incluso contratos; y, cuando se analiza la falla de un servicio de la que se desprende la responsabilidad extracontractual del Estado se atiende el defecto funcional y sistemático. Por todas estas razones, esta Sala considera que la solicitud de ampliación es improceden, por la que se la desecha.- Notifíquese.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, el día de hoy lunes treinta de abril del dos mil siete, a partir de las dieciséis horas, notifiqué mediante boletas la providencia que antecede, al actor Florencio Andrade Medina, en el casillero judicial No. 1096 y 1328 y a los demandados, por los derechos que representan, CONELEC, EMELMANABI y al Procurador General del Estado, en los casilleros judiciales Nos. 540, 811 y 1200.- Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en veinte y dos (22) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 168/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Florencio Antonio Andrade Medina por sus derechos y por los que representa de su hijo Juan Pablo Andrade Bailón contra la Empresa Eléctrica de Manabí, EMELMANABI y otros, al que me remito en caso necesario.- Certifico.- Quito, a 11 de mayo de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 169-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, a 11 de abril del 2007; las 09h00.

VISTOS (32-2004): El recurso de casación que consta a fojas 225 a 235 del proceso, interpuesto por el ingeniero Jorge Madera Castillo, Director General y representante legal del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en contra de la sentencia expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 2, de 29 de agosto de 2003, a las 15h30, dentro del proceso signado con el número 8456-ML, propuesto por el señor Jorge Washington García Chávez contra la entidad representada por el recurrente; sentencia en la que se *"declara nulo el acto administrativo de supresión del cargo de Jefe de la División de Riesgo de Trabajo Regional 2 del IESS contenido en el oficio 2000121.6854 del 23 de febrero del 2001 suscrito y firmado por el Eco. Patricio Llerena Torres, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (E) y notificado en la ciudad de Guayaquil al accionante el 28 de febrero del 2001 y, naturalmente lo que en este sentido disponen la resolución No. C.I. 114 del 22 de febrero del 2001 de la Comisión Interventora del IESS que expresa que se suprime el puesto según lo previsto en el literal d) del Art. 109 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Ordenándose en consecuencia que la institución demandada a través de su representante legal proceda a restituir al Abogado Washington García Chávez al cargo de Jefe de la División de Riesgo de Trabajo Regional 2 del IESS. Como consecuencia de la nulidad declarada el Tribunal ordena que se le pague al accionante todos los sueldos y remuneraciones que debió percibir y no lo hizo, como consecuencia del acto administrativo de que se trata..."*.- El recurrente fundamentó su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por: falta de aplicación del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; falta de aplicación del artículo 101, numeral 2, del Código de Procedimiento Civil; aplicación indebida del Reglamento para Supresión de Puestos y su correspondiente indemnización, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 928, publicado en el Registro Oficial No. 236, de 20 de julio de 1993; aplicación indebida del artículo 59, letra b, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; aplicación indebida del artículo 112 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; falta de aplicación de los artículos 58 y 272 de la Constitución Política; errónea interpretación de la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución Política; falta de aplicación de los artículos 1, 3 y 11 de la Ley de Seguro Social Obligatorio; falta de aplicación de la Resolución No. C. I. 106 de la Comisión Interventora del IESS, de 25 de octubre de 2000; y, falta de aplicación de la Resolución del Tribunal Constitucional No. 071-2001-TP, de 9 de mayo de 2001.- Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, con su actual conformación, avoca conocimiento de aquel y para resolver considera: PRIMERO: La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interponen contra las sentencias o autos de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el artículo 200 de la Constitución Política de

la República y la Ley de Casación en vigencia.- SEGUNDO: Se ha agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad alguna que declarar.- TERCERO: Esta Sala estima necesario, previamente y para mejor entendimiento del análisis que se presenta, describir sucintamente el asunto controvertido en la causa, de la que se ha derivado la sentencia materia del presente recurso. El actor se ha presentado ante el Tribunal de instancia con la pretensión de que se declare la ilegalidad "(...) del acto administrativo impugnado, esto es, la supresión del puesto que venía desempeñando en la Dirección Regional 2 del IESS, mediante el oficio 2000121-6854, Quito, 23 de febrero del 2001, notificado en Guayaquil el 28 de los mismos mes y año, (...) por ilegal al violarse: El Art. 109 literal d) de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa en concordancia con los Arts. 1, 2, 4, 5 del Reglamento para la Supresión de Puestos publicado en el R.O. 236 de 20 de junio de 1993, así como por infringirse el inciso segundo de la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución Política de la República y numeral 6 del Art. Innumerado de la Sección Tercera, Parágrafo 1 de la normativa institucional reformada publicada en el R.O. No. 194 del 30 de octubre del 2000 (...) así como el Art. 16 de la Resolución No. C.I. 106 del 25 de octubre del 2000." En subsidio, se solicitó que se declare la nulidad del referido acto, en aplicación del literal b) del artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Como consecuencia de la declaratoria de la ilegalidad del acto materia de la litis, el actor pidió que, se ordene el pago de las prestaciones que dejó de percibir como efecto del acto impugnado. Todo ello consta a foja 101 del proceso.- Como se ha citado, el Tribunal a quo acogió las razones jurídicas y fácticas planteadas por el actor, y condenó a la entidad demandada a todas las prestaciones solicitadas.- Esta Sala, *prima facie*, ha encontrado un grave error de congruencia, que no ha sido acusado por la entidad recurrente, y por ello no lo declara; sin embargo, es importante subrayar el defecto, para completar la fundamentación que inmediatamente se realizará en la materia del recurso. En efecto, el acto que se ha impugnado en el presente caso es un acto de simple administración, esto es, la notificación que la autoridad nominadora ha realizado, por medio del Oficio No. 2000121-6854, de 23 de febrero del 2001, de la Resolución de la Comisión Interventora del IESS No. C.I. 114, de 22 de febrero de 2001, acto administrativo, éste sí, con el que se suprimió el cargo y la partida que vino desempeñando el actor en la entidad.- CUARTO: El criterio básico empleado por el Tribunal a quo para sostener la ilegitimidad del acto materia de la impugnación ha sido la falta de la denominada "auditoría administrativa", prevista en el Reglamento para la Supresión de Puestos y su correspondiente indemnización, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 928, publicado en el Registro Oficial No. 236, de 20 de julio de 1993. La exigencia reglamentaria de esta "auditoría administrativa" se ha vinculado arbitrariamente a la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución Política. El recurrente ha alegado, en efecto, la indebida aplicación del referido Reglamento de Supresión de Puestos y la errónea interpretación de la referida norma constitucional.- A este respecto, esta Sala (con su antigua composición), aclarando un criterio previo que dio origen a un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento, señaló (ver la Resolución N° 283-2004, de 26 de octubre de 2004, caso N° 111-2003, *Hernández c. IESS*, publicada en R.O. 12, 06 de mayo de 2005): "(...) parece necesario referirnos a la afirmación en el sentido de que la

Constitución Política del Estado en su Disposición Transitoria Segunda dispuso que se practique una auditoría administrativa de la entidad previamente a la posibilidad de suprimir cargos burocráticos en la institución. Al respecto vale la pena señalar que no se puede pretender obtener el verdadero sentido de la norma jurídica refiriéndose solo a parte de ella a no ser que la misma haya demostrado a través de su redacción que contiene más de una situación independiente y diferente del resto del texto de la disposición jurídica de que se trata como cuando la norma contiene una enumeración de elementos diferentes. Pero la redacción de la Segunda Disposición Transitoria que se encuentra integrada de seis incisos, evidentemente guarda una unidad jurídica al menos en cada uno de tales incisos. En efecto, cabe señalar que la materia de seguridad social en las disposiciones transitorias de la Constitución Política vigente, tiene especial relevancia ya que las mismas se refieren a las Disposiciones Transitorias Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta. La segunda de tales disposiciones transitorias en el inciso primero dispone que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de manera inmediata y urgente, iniciará un profundo proceso de transformación para lograr los propósitos que a continuación se señala entre los cuales se encuentra el de 'optimizar la recaudación y el cobro de la cartera vencida'. En el inciso segundo se refiere al como realizaría los propósitos señalados en el primero señalando textualmente: 'Para el efecto, intervendrá al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, una comisión integrada en forma tripartita por un representante de los asegurados, uno de los empleadores y uno de la Función Ejecutiva, designados todos hasta el 31 de agosto de 1998 por el Presidente de la República que se posesionará en el mismo año. El consejo superior cesará inmediatamente en sus funciones, que asumirá la comisión interventora, la que nombrará de fuera de su seno al director y al presidente de la comisión de apelaciones; dispondrá la realización de los correspondientes estudios actuariales y, por medio de compañías auditoras independientes de prestigio internacional, la actualización de los balances y estados financieros, y la auditoría económica y administrativa del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social'. Únicamente en el inciso que hemos transcrito se refiere a la auditoría económica y financiera sin que sea requisito previo indispensable para la reducción de cargos y partidas que exige el profundo proceso de transformación dispuesto por la norma constitucional. Es más la Disposición Transitoria Quinta consagra la posibilidad que la transformación y racionalización del IESS determine que parte de su personal quede cesante, posibilidad jurídica que de ninguna manera abre un proceso arbitrario como pretende la recurrente, pues señala expresamente que dicho personal cesante 'tendrá derecho a la indemnización, que por la terminación de la relación, estén vigentes en la ley y contratos, a la fecha en que dejen de prestar sus servicios'. De lo anteriormente estudiado aparece con claridad que existía la facultad legal de la Comisión Interventora de reducir el personal para lograr la transformación y racionalización del Instituto, cesación que en tal caso debía cumplirse previo el pago de las indemnizaciones legales pertinentes y que no era indispensable el que se realice previamente la auditoría económica y administrativa del Instituto para que se produzcan dichas cesaciones..." (el subrayado es de la Sala).- Estas consideraciones, entonces expuestas, son pertinentes al caso, y en este mismo sentido, esta Sala, en su actual conformación, se ha pronunciado ya en la Resolución No. 403-2006, de 20 de diciembre de

2006, en el caso No. 69-2004, *Romo c. IESS: "El defecto in iudicando expuesto está íntimamente relacionado con una indebida interpretación de la disposición transitoria segunda de la Constitución Política, pues, el Tribunal a quo, al distraer su atención en los antecedentes del acto erróneamente impugnado por el actor en el proceso, discurre sobre el alcance de la referida disposición constitucional, convirtiendo el deber previsto en la norma constitucional, a cargo de la Comisión Interventora, en una fase previa a la resolución con la que se suprimen varias partidas en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. El error interpretativo consiste en darle un efecto específico a la norma constitucional, sin que ésta lo prevea en relación con el procedimiento de supresión de partidas".*- De cuanto se ha señalado hasta ahora, es claro que la disposición transitoria segunda de la Constitución Política no establece de modo alguno que la Comisión Interventora deba efectuar auditorías administrativas en modo previo al ejercicio de las competencias constitucionales que tenía asignadas para la modernización de la entidad, mucho menos, que tales auditorías deban ser efectuadas con arreglo a un Decreto Ejecutivo expedido en el año 1993, con ocasión de la Ley de Modernización del Estado.- De otra parte, es necesario insistir en que la auditoría administrativa prevista en el alegado Reglamento para la Supresión de Puestos, que es inaplicable a este caso, pues supondría una mutilación de las competencias de la Comisión Interventora previstas constitucionalmente a favor del órgano de la Administración Pública Central encargado de los recursos humanos, tiene un sentido funcional en el régimen jurídico ecuatoriano, esto es, suprimir todo indicio de arbitrariedad o voluntarismo en las decisiones públicas, lo que, en la causa puesta a nuestra consideración, no se ha producido, según consta en los fundamentos de hecho y de derecho previstos en la Resolución de la Comisión Interventora del IESS No. C.I. 114, de 22 de febrero de 2001.- Por todas estas consideraciones son admisibles las alegaciones planteadas por la entidad recurrente, por la errónea interpretación de la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución y la indebida aplicación del régimen previsto en el Reglamento para la Supresión de Puestos y su correspondiente Indemnización, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 928, publicado en el Registro Oficial No. 236, de 20 de julio de 1993.- QUINTO: Para dictar sentencia, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación, esta Sala estima que, una vez justificada la no pertinencia del régimen previsto en el Reglamento para la Supresión de Puestos en el presente caso y del contenido de la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución Política, resta únicamente reiterar el error del actor de intentar una acción impugnatoria contra un acto de simple administración, en contravención de lo previsto en los artículos 1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso. El oficio No. 2000121.6854, de 23 de febrero del 2001, suscrito por el Eco. Patricio Llerena Torres, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (E), no adolece de vicio alguno que deba ser declarado y, más aún, incluso en el caso que existiere tal vicio (que no existe), éste no afectaría de modo alguno la legitimidad de la Resolución No. C.I. 114, de 22 de febrero de 2000, que se mantendría firme, por no haber sido impugnada.- Por las consideraciones vertidas, que se constriñen a lo que ha sido materia del presente recurso, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia y, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación, se

desecha la demanda.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, el día de hoy miércoles once de abril del dos mil siete, a partir de las dieciséis horas, notifiqué mediante boletas la providencia que antecede, al actor Ab. Jorge García Chávez, en el casillero judicial No. 1224, a los demandados, por los derechos que representan, Director General del IESS, en el casillero judicial No. 588 y no se notifica al Procurador General del Estado, por cuanto de autos no consta que haya señalado domicilio para efectos de este recurso.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en cinco (5) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 169/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Jorge García Chávez contra el Director General del IESS, al que me remito en caso necesario.

Certifico.- Quito, a 18 de abril de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 170-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, 11 de abril del 2007; las 09h30.

VISTOS (01-2005) PG: El doctor Julio Farfán Matute, abogado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, debidamente facultado para el efecto por el Director General de dicho instituto, conforme la ratificación de fojas 281 de los autos, interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada el 20 de octubre de 2004, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, que, al aceptar parcialmente la demanda, declara ilegales los actos administrativos impugnados dentro del juicio incoado por la actora, Janeth Fabiola Castanier López, en contra el representante legal del instituto de mención. Concedido el recurso y por encontrarse la causa

en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

PRIMERO: La competencia de esta Sala para conocer y decidir este asunto quedó establecida al momento de la calificación del recurso y en la tramitación de él se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de juicios, por lo que se declara la validez procesal.-

SEGUNDO: El instituto demandado, en su escrito de interposición del recurso de casación, con fundamento en las causales primera, tercera, y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa al fallo dictado por el Tribunal *a quo*, de incurrir en las infracciones que se detallan a continuación. Respecto de la causal primera: falta de aplicación del artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos; aplicación indebida de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994; y errónea interpretación de la Resolución 880 dictada por el Consejo Superior del IESS y de los artículos 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a la presentación de la acción y 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En relación con la causal tercera, errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, y falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal, “*que ha dado lugar a la no aplicación del Art. 1 de la Ley de Remuneraciones del Servidor Público; 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; equivocada aplicación de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo y de las Resoluciones: 905 dictada por el Consejo Superior y C. I. 019, 070, 089 y 097, expedidas por la Comisión Interventora*” del mismo instituto. Y, en lo relativo a la causal quinta, afirma que en la sentencia, objeto del recurso, se adoptan disposiciones contradictorias e incompatibles, que violan la garantía constitucional prevista en el artículo 24, numeral 13, de la Constitución Política de la República y artículo 278 del Código Adjetivo Civil. Por su parte, la actora, Janeth Fabiola Castanier López, impugnó ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 2000121-3656 A.N., de 6 de septiembre del 2001, suscrito por el Director de Recursos Humanos (E) del IESS, y 3003101.745, de 5 de noviembre de 2005, suscrito por el Director Regional del IESS, que niegan sus pretensión dirigidas a que se le pague; entre otros, los siguientes rubros: 1) Incrementos al sueldo base, 2) Diferencia en los valores no pagados de la bonificación por responsabilidad, 3) Reliquidación de los décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto sueldos, 4) El valor de la diferencia del pago de vacaciones y bono vacacional, 5) El valor de la diferencia existente en las gratificaciones, en los rubros no pagados, 6) Diferencia de la bonificación por tiempo de servicio, 7) El valor de la diferencia existente en el subsidio de antigüedad, 8) Diferencia en los valores no pagados por bonificación complementaria, 9) Diferencia en los valores no pagados por costo de vida, 10) Reliquidación de la diferencia del pago de cesantía y fondos de reserva, 11) Reliquidación en la diferencia del aporte patronal, 12) Pago del índice inflacionario y bonificación por rendimiento individual, 13) Reliquidación del aguinaldo navideño, comisariato y ropa de trabajo, 14) Reliquidación de la bonificación por años de servicio, subsidio familiar, subsidio de alimentación, transporte y bono educacional, 15) Retroactivo por resoluciones del CONADES y del CONAREM; y, 16) Retroactivo por la aplicación de la Resolución No. 880, de las resoluciones o disposiciones que se hayan emitido a favor de los servidores públicos, así como de los actuales derechos económicos y sociales de la

contratación colectiva del IESS, Código del Trabajo, decretos ejecutivos, etc.; rubros que el demandado afirma no tener pendientes de pago.-

TERCERO: Expuesto el asunto, procede el análisis correspondiente. El artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, cuya falta de aplicación acusa la recurrente, establece el régimen nacional de remuneraciones, y dice que es el sistema de pago de los servidores públicos que ocupen puestos del Servicio Civil Ecuatoriano, de conformidad con lo que dispone la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; aquella norma legal guarda relación con la Resolución 879 expedida por el Consejo Superior del IESS, el 14 de mayo de 1996, que determina que “*Las relaciones entre el IESS y sus servidores se regulan por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, con excepción de los obreros que están amparados por el Código del Trabajo, de acuerdo con el artículo 31, inciso tercero del literal g) de la Norma Suprema*”. Complementariamente, el Consejo Superior del IESS, en la misma fecha, expidió la Resolución 880, que dispone que “*Los derechos económicos y beneficios sociales de orden individuales, adquiridos por los trabajadores del IESS, incluida la jubilación patronal, se mantienen en beneficio de todos los actuales servidores del instituto que cumplan los requisitos establecidos por la Ley. Los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que ingresaren a la institución a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, no están amparados por este último beneficio*”. Sobre la base de estas resoluciones a fin de implementar los nuevos regímenes laborales que empezaron a regir al interior de la institución a partir del 14 de mayo de 1996, el Consejo Superior del IESS, mediante Resolución No. 882, de 11 de junio del mismo año, realiza una clasificación por series, de los cargos subordinados al Código del Trabajo; y, con Resolución No. 019, de 19 de febrero de 1999, para adecuar el sistema remunerativo de todos sus servidores, bajo los criterios de racionalidad equidad, establece una clasificación por grupos ocupacionales, según los niveles de escolaridad y un ajuste salarial con rangos mínimos y máximo para cada categoría de los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, inclusive de los profesionales sujetos a la Ley de Escalafón para Médicos. En virtud de estas resoluciones, la actora Janeth Fabiola Castanier López, Tecnóloga Médica Fisioterapeuta del Dispensario Médico del IESS en Azogues, al haber ingresado a la institución demandada el 3 de abril de 1996, quedó sometida al régimen de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y, en consecuencia, al sistema remunerativo de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Es incuestionable que la Resolución 880, ya referida, reconoce a los servidores del IESS y en el caso, a la actora antes nombrada, los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, incluida la jubilación patronal, pero, exclusivamente, hasta el 14 de mayo de 1996, fecha en que los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y los sujetos al Código del Trabajo, pasan a gozar de los beneficios correspondientes a cada régimen; pues, es inadmisibles, legal y moralmente, que el grupo sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa pretenda seguir disfrutando tanto de los derechos económicos que por ley les correspondían según su régimen, como los que se deriven de pactos colectivos celebrados al interior de la entidad con el grupo amparado por el Código del Trabajo; tan es así que el artículo 2 de la misma Resolución 880 prescribe que “*La Contratación Colectiva se celebrará con los trabajadores sujetos al Código del Trabajo*”. Interpretar de otro modo tal

resolución, haciendo perennes los beneficios para unos y limitados para otros al interior de una misma entidad, es discriminatorio y, por lo mismo, violatorio de elementales principios constitucionales. En el mismo propósito de adecuar legal y técnicamente los nuevos regímenes de relación laboral entre el IESS y sus servidores, imperantes a partir del 14 de mayo de 1996, esta institución, conforme obra de autos, desde esa misma fecha y todos los años sucesivos, según se desprende del estudio de la normativa institucional en lo que a este aspecto se refiere, mediante resoluciones Nos. 061, 062, 070, 071, 089, 092, 097, 131, 132, 134 y 142, y en acatamiento de las emitidas por el CONAREM, ha efectuado alzas salariales a todos sus servidores, incrementando sus remuneraciones en la escala de sueldos básicos y sus componentes y, además, en los beneficios sociales, que corresponden, entre otros, a los siguientes rubros: escalafón, bono de comisariato, bono vacacional, subsidio educacional, refrigerio, gratificación de diciembre, que es distinto del aguinaldo navideño, ropa de trabajo, uniformes y equipo de protección, ayuda por fallecimiento de familiares, y bonificación por responsabilidad.- CUARTO: El artículo 75 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994, establece la vigencia de los derechos consignados en dicho contrato, en el caso de cambio de nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del comité central o de las organizaciones laborales integrantes del mismo o si se modificare el régimen jurídico que norma las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, añadiendo que para los años subsiguientes, los derechos adquiridos en materia económica, serán incrementados en un porcentaje equivalente al índice inflacionario. El artículo 76 establece que el Comité Central Unico de Trabajadores a Nivel Nacional es el único con competencia legal para efectos de la vigilancia y aplicación de dicho contrato y que las partes declaran que no se imputarán beneficios que sean decretados por instancias del Estado, para los trabajadores del país. Es pertinente señalar que, producido el cambio de régimen jurídico de las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, circunstancia prevista en el artículo 75 ya citado, los derechos consignados en dicho contrato colectivo, por ser adquiridos efectivamente y por lo expresado en los considerandos precedentes, se mantienen, pero hasta la fecha de dicho cambio de régimen, esto es hasta el 14 de mayo de 1996; y, en lo relativo al incremento en un porcentaje equivalente al índice inflacionario, al tratarse éste de un mero factor de cálculo, no cuantificable, y en consideraciones a que el IESS ha efectuado sucesivos incrementos a los sueldos, a sus componentes y a los beneficios sociales de todos los servidores de la institución, que inclusive alcanzan valores superiores a los reclamados, conforme se desprende del oficio No. 2000121-3656 A.N., suscrito por el economista Marco Andrade Villacrés, Director de Recurso Humanos (E) de la Dirección Regional 3, que obra de fojas 23 a 24 del expediente, se concluye que, efectivamente, el Tribunal *a quo* aplicó indebidamente los artículos mencionados.- QUINTO: El artículo 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa entonces vigente disponía: "*Prescripción de derechos.- Los derechos contemplados en esta Ley a favor del servidor público caducarán en el plazo de sesenta días, contado desde la fecha en que pudieron hacerse efectivos, salvo que tuvieren otro plazo especial para el efecto*". Al respecto, cabe señalar que esta Sala concuerda con el Tribunal *a quo* en el sentido de que la norma antes transcrita sólo es aplicable en sede administrativa mas no en sede jurisdiccional, por lo

que no existe errónea interpretación del artículo 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribe que: "*El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituya materia del recuso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna*"; si conforme obra de autos, los actos administrativos impugnados fueron notificados a la accionante el 5 de noviembre del 2001 y la demanda se ha presentado el 19 de diciembre del mismo año, es evidente que no operó la caducidad; en cuya virtud la invocación del recurrente, de que se ha interpretado erróneamente el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es inadmisibile.- SEXTO: El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribe que: "*El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyan materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna*"; si conforme obra de autos, los actos administrativos impugnados fueron notificados el 5 de noviembre de 2001 y la demanda se ha presentado el 19 de diciembre del mismo año, es evidente que no operó la caducidad; en cuya virtud la invocación del recurrente, de que se ha interpretado erróneamente el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es inadmisibile.- SEPTIMA: En lo concerniente a la acusación del fallo por errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil y por falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal (actuales artículos 115, 113 y 165, en el orden invocado, de la Codificación del Código de Procedimiento Civil), normas relativas a la valoración de la prueba, a la carga de la prueba y a los instrumentos públicos que hacen fe y constituyen prueba, en su orden, si bien su estimación es atributo privativo del Juez *a quo*, al haberse acusado la infracción de la ley con fundamento en la causal tercera, luego del análisis respectivo y considerando que el recurrente ha cumplido los presupuestos que la doctrina establece para la procedencia del cargo bajo esta causal: precisión del medio probatorio defectuosamente valorado, determinación de las normas procesales infringidas en relación con la prueba indebidamente valorada, estableciendo la correspondiente relación e identificación de las normas violadas por efecto de la infracción, la Sala acepta la procedencia del cargo imputado a la sentencia, por haberse configurado lo que la misma doctrina conoce como violación indirecta por transgresión de normas sustantivas. En tal virtud y sin que sea necesario considerar las demás alegaciones, esta Sala ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, atenta la facultad otorgada por el artículo 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia recurrida y rechaza la demanda presentada por Janeth Fabiola Castanier López.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy martes once de abril del año dos mil siete a partir de las dieciséis, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden al Director General del IESS, en el casillero judicial No. 932, al Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Cuenca en el casillero judicial No. 1200 y no notifiqué a Janeth Castanier López por cuanto no ha señalado casillero judicial para el efecto.

Certifico (PG).

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en tres (3) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 170/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Janeth Castanier López contra el Director General del IESS, al que me remito en caso necesario. Certifico.

Quito, a 23 de abril de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 173-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, 13 de abril del 2007; las 14h30.

VISTOS (247-2004): El Ab. Galo Guido Vera Alcívar deduce demanda contencioso administrativa en contra de la resolución expedida por la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura, el 14 de noviembre del 2002, mediante la que se le destituyó del cargo de Juez Segundo de Tránsito del Guayas en la Corte Superior de Justicia de Guayaquil. Manifiesta que, previamente a presentar esta demanda, apeló ante el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura, de la mencionada resolución, porque, a su juicio, ésta no se hallaba debidamente fundamentada, lo cual contraviene las normas sobre el debido proceso establecidas en el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política del Estado. Expresa que la Constitución Política señala que no habrá motivación en la resolución si no se enuncian normas o principios jurídicos en los que se haya fundado, y si no se aplicare la pertinencia de su aplicación en los antecedentes del hecho, como que el denunciante Enrique Eduardo Martínez Cedeño y el contraventor sancionado Jaime Alberto Loor Henríquez, bajo apercibimiento de ley, han sido llamados por el señor Ministro Fiscal del Guayas y Galápagos por dos veces para que rindan sus respectivas versiones, sin que estos dos ciudadanos hayan cumplido con dicho llamado; o que con una denuncia sin evidencia, sin la correspondiente investigación y el castigo como lo determina el Código Penal, para el caso del denunciante que alega haber entregado la suma de mil dólares, evidencia que no consta de autos, e investigación que nunca se llevó a efecto. Sostiene que el denunciante y el contraventor sancionado hasta se cambiaron de domicilio, después de causarle un

tremendo daño moral, y que es evidente que al resolver no se motivó el hecho manifestado en su apelación de 20 de noviembre de 2002, la que, de acuerdo con el artículo 24 del Reglamento de Tramitación de Quejas de la Función Judicial, había prescrito, por haber transcurrido con exceso los sesenta días contados a partir de la supuesta falta que se le imputa. Por último, tampoco se motiva la resolución sobre la inexistencia de legal tipificación del denominado "estado de embriaguez", que alegara en el escrito de contestación a la queja, y respecto a lo cual en los juzgados de tránsito se aplica el reglamento expedido por el ex presidente de la República Dr. Oswaldo Hurtado Larrea, mediante Decreto Ejecutivo publicado en el Registro Oficial número 490, de 11 de mayo de 1983, cuando regía la ley 59 de Tránsito y Transporte Terrestre, que se publicó en el Registro Oficial número 417, del 10 de abril de 1981. El recurrente señala que el Dr. Armando Bermeo Castillo, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, resolvió, con fecha 15 de octubre de 2002, suspenderlo de sus funciones, de conformidad con lo que disponen el artículo 13, letra a, de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura y la Resolución expedida por la Corte Suprema de Justicia el 7 de noviembre de 2001, publicada en el Registro Oficial número 516, del 18 de febrero de 2002. Manifiesta que dicha resolución no fue motivada y que solo transcribió la falsa y prescrita denuncia, debido a que sus acusadores no presentaron evidencias, y tampoco las versiones solicitadas por el Ministerio Público, a lo que se suma que el hecho falso que se le imputa se dice que ocurrió el día jueves 25 de julio del 2002, aproximadamente a las 3h30 de la mañana, y que al 11 de septiembre del 2002, era extemporánea la presentación de la denuncia o queja, con sujeción al artículo 24 del Reglamento de Tramitación de Quejas de la Función Judicial. Afirma que la función del juez es administrar justicia y aplicar los principios universales, como el de lo más favorable al reo; o el de la sana crítica, y si existen varios contraventores la conducta de éstos no es siempre igual, por lo que los resultados tampoco serán iguales, ya que el Juez aplica en la sentencia la sana crítica del Juez, evalúa las atenuantes y agravantes que existan dentro de autos. Agrega que, como existe contradicción entre los artículos 72, 73 y 90 de la Ley de Tránsito, aplicó la Constitución Política y por el hecho de que no conste en la Ley de Tránsito la pena alternativa o porque no consten las palabras un día de prisión, el Juez le no puede sancionar con la pena alternativa de un día y cuarenta dólares de multa, y que no es verdad que haya irrespetado su propia sentencia, ya que la pena impuesta fue de un día, y una vez cumplida dicha pena, giró la respectiva boleta constitucional de excarcelación, por lo que sí respetó e hizo cumplir la sentencia impuesta como pena alternativa. Citado el demandado, por los derechos que representa como Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura, mediante tres boletas, comparece a juicio y, dentro del término, contesta la demanda y propone excepciones, que obran de fojas 27 a 30 de los autos. Concluido el trámite legal y por encontrarse la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver la presente causa, al tenor de lo que disponen el Art. 11 lit. c) de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura y la Resolución expedida por la Excm. Corte Suprema de Justicia respecto al procedimiento y trámite a adoptarse en esta clase de juicios, que se halla publicada en el Registro Oficial No. 45, de 28 de marzo de 2000. SEGUNDO: No existe nulidad alguna que declare por lo cual es válido el proceso; el

trámite por el que se ha optado es inherente a la naturaleza de la causa, y en él no existe omisión sustancial alguna que pudiese generar nulidad.- TERCERO: La acción se ha deducido dentro del término concedido por la ley para su ejercicio. En efecto, la Resolución del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura, que es impugnada en esta causa, tiene fecha 05 de marzo de 2004 y fue notificada el 19 de marzo de 2004, en tanto que la correspondiente demanda fue presentada el 23 de julio del mismo año. Entre estas dos fechas hay 88 días de término. Ahora bien, el Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece en el inciso primero que el término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los recursos que constituyan materia del recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción.- CUARTO: La negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho no tiene otro fin que el de establecer la carga de la prueba en el actor, quien ha de hacerlo en virtud de la presunción de legalidad de que están investidos los actos administrativos; sin embargo en el término respectivo no presenta pruebas a su favor. El demandado solicita: a) Que se reproduzca lo que de autos le fuere favorable, en especial el expediente administrativo No. 341-02-G, seguido al Ab. Galo Guido Vera Alcívar y específicamente la resolución de 14 de noviembre del 2002, a las 14h30, expedida por la Comisión de Recursos Humanos y la del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura, adoptada el 5 de marzo del 2004, y la contestación dada a la presente demanda y b) Que se agregue como prueba de su parte copia de la resolución emitida por el Tribunal Constitucional en el proceso signado con el número 025-2000-TC, que siguió la Federación Nacional de Asociaciones de Judiciales del Ecuador en contra del Consejo Nacional de la Judicatura, y cuya pretensión era la declaratoria de inconstitucionalidad del Reglamento de Tramitación de Quejas, y que fue negada por el Pleno de dicho Tribunal. QUINTO: El trámite de queja en contra del abogado Galo Vera Alcívar se inició el 20 de septiembre de 2002, conforme lo precisa el mencionado, por la sentencia que dictara, en calidad de Juez Segundo de Tránsito del Guayas, el 25 de julio del 2002. En consecuencia, se encuentra comprendido dentro del plazo de sesenta días previsto en el artículo 24 del Reglamento de Tramitación de Quejas de la Función Judicial. SEXTO: El Ab. Galo Guido Vera, mientras ejercía el cargo de Juez Segundo de Tránsito, dictó sentencia condenatoria en contra de Jaime Alberto Loor Henríquez. En dicho fallo, que obra de fojas 111 del expediente de queja número 341-02, el Juez determina: *“la contravención grave de tránsito se encuentra probada con el informe de la prueba de alcoholemia, la misma que resultó positiva con 1.195g/l”*. De lo transcrito, se concluye que el Juez Segundo de Tránsito, al emitir su fallo, tuvo plena certeza respecto a la infracción consumada por Jaime Alberto Loor Henríquez y que está tipificada en el literal b) del artículo 90 de la Ley de Tránsito.- SEPTIMO: El numeral tercero del artículo 24 de la Constitución Política de la República establece que las leyes fijarán la proporcionalidad entre infracción y sanción; y que determinarán penas alternativas a la de prisión.- El órgano encargado de legislar es el Congreso Nacional y, entre las prerrogativas de éste, el numeral quinto del artículo 130 de la Constitución Política de República, señala *“Expedir, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”*. En el artículo 90 de la Ley de Tránsito se tipifican las contravenciones graves y la sanción para quien incurre en este tipo de contravención es de *“prisión de treinta a ciento ochenta días y multa*

equivalente de cinco a diez salarios mínimos vitales generales, sin perjuicio de su detención inmediata para ser puesto a órdenes del juez de tránsito respectivo”. En la citada disposición de la Ley de Tránsito no se prevén penas alternativas a la de prisión; en consecuencia y por expresa disposición constitucional, el Ab. Galo Guido Vera Alcívar, Juez Segundo de Tránsito, no es competente para expedir una pena alternativa a la de prisión, tanto más que el Art. 119 de la Constitución Política del Estado prohíbe a los funcionarios, organismos e instituciones del estado ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y la ley. A lo que se debe agregar que el actor, mientras ejercía la función de Juez Segundo de Tránsito no aplicó una pena alternativa a la de prisión, porque, en la sentencia que obra a fojas 111 del expediente signado con el número 341-2002-G, remitido por el Consejo Nacional de la Judicatura, pronunciada con fecha 25 de julio del 2002, condena a Jaime Alberto Loor Henríquez *“a un día de prisión”* (lo subrayado corresponde a la Sala).- OCTAVO: El actor menciona que Enrique Eduardo Martínez Cedeño presentó un denuncia penal en su contra y que pese a los requerimientos del señor Ministro Fiscal del Guayas y Galápagos, el prenombrado denunciante y el infractor Jaime Alberto Loor Henríquez no rindieron sus versiones dentro del proceso penal. Sin embargo, es preciso señalar que el proceso penal es independiente del proceso administrativo, y que la infracción grave cometida por el Ab. Galo Guido Vera Alcívar, mientras ejercía el cargo de Juez Segundo de Tránsito, se encuentra debidamente probada con el referido fallo, que se dictó con total inobservancia de las disposiciones constitucionales y legales. Por las consideraciones expuestas, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY”** se rechaza la demanda presentada por el Ab. Galo Guido Vera Alcívar, sin costas. Notifíquese.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome, Secretaria Relatora.

En Quito, hoy día viernes trece de abril del 2007, a partir de las 16h00 notifiqué mediante boletas nota en relación y la sentencia que anteceden al actor Ab. Galo Guido Vera Alcívar, por sus derechos, en el casillero judicial 2051; y, al demandado por los derechos que representa señor Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura, en el casillero judicial 292. Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome, Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal, que las cuatro fotocopias de la sentencia que antecede son iguales a sus originales, que constan en el juicio contencioso administrativo No. 247-2004, seguido por el Sr. Ab. Galo Guido Vera Alcívar, en contra del señor Director Ejecutivo del Consejo Nacional de la Judicatura. Certifico.- Quito, 24 de abril del 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome, Secretaria Relatora.

No. 174-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, 13 de abril del 2007; las 11h00.

VISTOS (78-2005): El doctor Julio Farfán Matute, abogado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, debidamente facultado para el efecto por el Director General de dicho instituto, conforme, interpone recurso de casación de la sentencia expedida el 25 de octubre del 2004, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, que, al aceptar parcialmente la demanda, declara ilegales los actos administrativos impugnados dentro del juicio propuesto por el Ing. Néstor Aurelio Pauta Astudillo contra el representante legal del instituto en mención. Concedido el recurso y por encontrarse la causa en esta de resolver, la Sala, con su actual conformación, avoca conocimiento del caso y considera: PRIMERA: La competencia de esta Sala para conocer y decidir este asunto, quedó establecida al momento de la calificación del recurso y en su tramitación se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de juicios, por lo que se declara la validez procesal.- SEGUNDO: El instituto demanda, en su escrito de interposición del recurso de casación, con fundamento en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa al fallo dictado por el Tribunal *a quo*, de incurrir en las infracciones que se detallan a continuación. Respecto de la causal primera, falta de aplicación del artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos; aplicación indebida de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994, y errónea interpretación de la Resolución 880 dictada por el Consejo Superior del IESS y del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En relación con la causal tercera, errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento civil y falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal, que ha dado lugar a la no aplicación del artículo 1 de la Ley de Remuneraciones del Servidor Público, equivocada aplicación de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo y de las resoluciones 905 dictada por el Consejo Superior del IESS y C. I. 019, 070, 089 y 097, expedidas por la Comisión Interventora del mismo instituto. Y, en lo relativo a la causal quinta, afirma que en la sentencia objeto del recurso se adoptan disposiciones contradictorias e incompatibles, que violan la garantía constitucional prevista en el Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República y artículo 278 del Código Civil. Por su parte, el actor Ing. Néstor Aurelio Pauta Astudillo, impugnó ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 2000121-3656 A.N., de 6 de septiembre del 2001, suscrito por el Director de Recursos Humanos (E) del IESS, y 3003101.705 de 24 de octubre del mismo año, suscrito por el Director Regional del IESS, que niegan sus pretensiones dirigidas a que se le pague entre otros, los siguientes rubros: 1) Incrementos al sueldo base, 2) Diferencia en los valores no pagados de la bonificación por responsabilidad, 3) Reliquidación del 13vo., 14vo., 15to. y

16to., sueldos, 4) El valor de la diferencia del pago de vacaciones y bono vacacional, 5) El valor de las diferencias existentes en las gratificaciones en los rubros no pagados, 6) Diferencia de la bonificación por tiempo de servicios, 7) El valor de la diferencia existente en el subsidio de antigüedad, 8) Diferencia en los valores no pagados por bonificación complementaria, 9) Diferencia en los valores no pagados por costo de vida, 10) Reliquidación de la diferencia del pago de cesantía y fondos de reserva, 11) Reliquidación en la diferencia del aporte patronal, 12) Pago del índice infraccionario y bonificación por rendimiento individual, 13) Reliquidación del aguinaldo navideño, comisariato y ropa de trabajo, 14) Reliquidación de la bonificación por años de servicio, subsidio familiar, subsidio de alimentación, transporte y bono educacional, 15) Retroactivo por resoluciones del CONADES y del CONAREM; y, 16) Retroactivo por la aplicación de la Resolución No. 880, de las resoluciones o disposiciones que se hayan emitido a favor de los servidores públicos, así como de los actuales derechos económicos y sociales de la contratación colectiva del IESS, Código del Trabajo, decretos ejecutivos, etc.; rubros que el demandado afirma no tener pendientes de pago.- TERCERO: Expuesto el asunto, proceden el análisis correspondiente. Así, el artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, cuya falta de aplicación acusa el recurrente, establece el régimen nacional de remuneraciones, y dice que es el sistema de pago de los servidores públicos que ocupen puestos del Servicio Civil Ecuatoriano, de conformidad con lo que dispone la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, norma legal que guarda relación con la Resolución 879 expedida por el Consejo Superior del IESS, el 14 de mayo de 1994, que determina que *"Las relaciones entre el IESS y sus servidores se regulan por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, con excepción de los obreros que están amparados por el Código de Trabajo, de acuerdo con el artículo 31, inciso tercero del literal g) de la Norma Suprema"*. Complementariamente, el Consejo Superior del IESS, en la misma fecha, expidió la Resolución 880, que dispone que *"Los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, adquiridos por los trabajadores del IESS, incluida la jubilación patronal, se mantienen en beneficio de todos los actuales servidores del instituto que cumplan los requisitos establecidos por la Ley. Los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que ingresaren a la institución a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, no están amparados por este último beneficio"*. Sobre la base de estas resoluciones y a fin de implementar los nuevos regímenes laborales que empezaron a regir al interior de la institución a partir del 14 de mayo de 1996, el Consejo Superior del IESS, mediante Resolución No. 882, de 11 de junio del mismo año, realiza una clasificación por series, de los cargos subordinados al Código del Trabajo; y, con Resolución No. 019, de 19 de febrero de 1999, para adecuar el sistema remunerativo de todos sus servidores, bajo los criterios de racionalidad y equidad, establece una clasificación por grupos ocupacionales, según los niveles de escolaridad y un ajuste salarial con rangos mínimo y máximo para cada categoría de los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, inclusive de los profesionales sujetos a la Ley de Escalafón para Médicos. En virtud de estas situaciones, el actor, ingeniero Néstor Aurelio Pauta Astudillo, quedó sometido al régimen de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y, en consecuencia, al sistema remunerativo de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Es

incuestionable que la Resolución 880, ya referida, reconoce a los servidores del IESS y en el caso, al actor antes nombrado, los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, incluida la jubilación patronal, pero, exclusivamente, hasta el 14 de mayo de 1996, fecha en que los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y los sujetos al Código del Trabajo, pasan a gozar de los beneficios correspondientes a cada régimen; pues, es inadmisibles, legal y moralmente, que el grupo sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa pretenda seguir gozando tanto de los derechos económicos que por ley les corresponde según su régimen, como que se deriven de pactos colectivos celebrados al interior de la entidad con el grupo amparado por el Código del Trabajo; tan es así que el artículo 2 de la misma Resolución 880 prescribe que *“La Contratación Colectiva se celebrará con los trabajadores sujetos al Código del Trabajo”*. Interpretar de otro modo tal resolución, haciendo perennes los beneficios para unos y limitados para otros al interior de una misma, es discriminatorio y, por lo mismo, violatorio de elementales principios constitucionales. En el mismo propósito de adecuar legal y técnicamente los nuevos regímenes de relación laboral entre el IESS y sus servidores, imperantes a partir del 14 de mayo de 1996, esta institución, conforme obra de autos, desde esa misma fecha y todos los años sucesivos, según se desprende del estudio de la normativa institucional en lo que a este aspecto se refiere, mediante resoluciones Nos. 061, 062, 070, 071, 089, 092, 097, 131, 132, 134 y 142, y en acatamiento de las emitidas por el CONAREM, ha efectuado alzas salariales a todos sus servidores, incrementando sus remuneraciones en la escala de sueldos básicos y sus componentes y, además, en los beneficios sociales, que corresponden, entre otros, a los siguientes rubros: escalafón, bono de comisariato, bono vacacional, subsidio educacional, refrigerio, gratificación de diciembre, que es distinto del aguinaldo navideño, ropa de trabajo, uniformes y equipo de protección, ayuda por fallecimiento de familiares, y bonificación por responsabilidad.- CUARTO: El artículo 75 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994, establece la vigencia de los derechos enunciados en dicho contrato, en el caso de cambio de nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del comité central o de las organizaciones laborales integrantes del mismo o si se modificare el régimen jurídico que norma las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, añadiendo que para los años subsiguientes, los derechos adquiridos en materia económica, serán incrementados en un porcentaje equivalente al índice inflacionario. El artículo 76 establece que el Comité Central Unico de Trabajadores a Nivel Nacional es el único con competencia legal para efectos de la vigilancia y aplicación de dicho contrato y que las partes declaran que no se imputarán beneficios que sean decretados por instancias del Estado, para los trabajadores del país. Es pertinentes señalar que, producido el cambio de régimen jurídico de las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, circunstancia prevista en el artículo 75 ya citado, los derechos consignados en dicho contrato colectivo, por ser adquiridos, efectivamente y por lo expresado en los considerandos precedentes, se mantienen, pero hasta la fecha de dicho cambio de régimen, esto es hasta el 14 de mayo de 1996; y, en lo relativo al incremento de un porcentaje equivalente al índice inflacionario, al tratarse éste de un mero factor de cálculo, no cuantificable, y en consideración a que el IESS ha efectuado sucesivos incrementos a los sueldos, a sus componentes y a los

beneficios sociales de todos los servidores de la institución, que inclusive alcanzan valores superiores a los reclamados, se concluye que, efectivamente, el Tribunal a quo aplicó indebidamente los artículos mencionados.- QUINTO: El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribe que: *“El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyan materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna”*; si conforme obra de autos, los actos administrativos impugnados fueron notificados al accionante el 24 de octubre del 2001 y la demanda se ha presentado el 21 de diciembre del mismo año, es evidente que no operó la caducidad; en cuya virtud la invocación del recurrente, de que se ha interpretado erróneamente el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es inadmisibles. SEXTO: En lo concerniente a la acusación del fallo por errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil y por falta de aplicación de los artículos 117 y 119 del mismo cuerpo legal (actuales 115, 113 y 165, en el orden invocado, de la codificación del Código de Procedimiento Civil), normas relativas a la valoración de la prueba, a la carga de la prueba y a los instrumentos públicos que hacen fe y constituyen prueba, en su orden, si bien su estimación es atributo del Juez *a quo*, al haberse acusado la infracción de la ley, con fundamento en esta causal, luego del análisis respectivo y considerando que el recurrente ha cumplido los presupuestos que la doctrina establece para la procedencia del cargo bajo esta causal: precisión del medio probatorio defectuosamente valorado, determinación de las normas procesales infringidas en relación con la prueba indebidamente valorada, estableciendo la correspondiente relación e identificación de las normas violadas por efecto de la infracción, la Sala acepta la procedencia del cargo imputado a la sentencia, por haberse configurado lo que la misma doctrina conoce como violación indirecta por transgresión de normas sustantivas. En tal virtud y sin que sea necesario considerar las demás alegaciones, esta Sala ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, atenta la facultad otorgada por el artículo 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia del recurso y rechaza la demanda presentada por el ingeniero Néstor Aurelio Pauta Astudillo. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f. Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

RAZON: En esta fecha, a partir de las diecisiete horas, notifiqué con la nota de relación y sentencia anteriores, al Director General del IESS, en el casillero judicial No. 932; y Director Distrital de la Procuraduría General del Estado, en Cuenca, en el casillero judicial No.1200.- Y no se notifica al Ing. Néstor Pauta Astudillo por no señalar casillero judicial para el efecto.- Quito, a 13 de abril del 2007.

f.) La Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que en tres (3) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, filiadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No.174/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue el ingeniero Néstor Aurelio Pauta Astudillo contra el Director General del IESS, al que me remito en caso necesario. Certifico.- Quito, a 20 de abril de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 175-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, 13 de abril de 2007; las 09h15.

VISTOS (06-2005): El doctor Julio Farfán Matute, abogado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, debidamente facultado para el efecto por el Director General de dicho instituto, conforme la ratificación de fojas 293 de los autos, interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada el 17 de agosto de 2004, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, que, al aceptar parcialmente la demanda, declara ilegales los actos administrativos impugnados dentro del juicio incoado por la actora, Hipatia de la Nube López Vintimilla, en contra del representante legal del instituto en mención. Concedido el recurso y por encontrarse la causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera: PRIMERO: La competencia de esta Sala para conocer y decidir este asunto quedó establecida al momento de la calificación del recurso y en la tramitación de él se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de juicios, por lo que se declara la validez procesal.- SEGUNDO: El instituto demandado, en su escrito de interposición del recurso de casación, con fundamento en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa al fallo dictado por el Tribunal *a quo*, de incurrir en las infracciones que se detallan a continuación. Respecto de la causal primera: falta de aplicación del artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos; aplicación indebida de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994; y errónea interpretación de la Resolución 880 dictada por el Consejo Superior del IESS y de los artículos 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a la presentación de la acción y 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En relación con la causal tercera, errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, y falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal, "que ha dado lugar a la no aplicación del Art. 1 de la ley de Remuneraciones del Servidor Público; 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; equivocada aplicación de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo

y de las Resoluciones: 905 dictada por el Consejo Superior y C.I. 019, 070, 089 y 097, expedidas por la Comisión Interventora" del mismo instituto. Y, en lo relativo a la causal quinta, afirma que en la sentencia, objeto del recurso, se adoptan disposiciones contradictorias e incompatibles, que violan la garantía constitucional prevista en el artículo 24, numeral 13, de la Constitución Política de la República y artículo 278 del Código Adjetivo Civil. Por su parte, la actora, Hipatia de la Nube López Vintimilla, impugnó ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 2000121-3656 A.N., de 6 de septiembre del 2001, suscrito por el Director de Recursos Humanos (E) del IESS, y 3003101.692, de 10 de agosto de 2001, suscrito por el Director Regional del IESS, que niegan sus pretensiones dirigidas a que se le pague, entre otros, los siguientes rubros: 1) Incrementos al sueldo base, 2) Diferencia en los valores no pagados de la bonificación por responsabilidad, 3) Reliquidación de los décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto sueldos, 4) El valor de la diferencia del pago de vacaciones y bono vacacional, 5) El valor de la diferencia existente en las gratificaciones, en los rubros no pagados, 6) Diferencia de la bonificación por tiempo de servicios, 7) El valor de la diferencia existente en el subsidio de antigüedad, 8) Diferencia en los valores no pagados por bonificación complementaria, 9) Diferencia en los valores no pagados por costo de vida, 10) Reliquidación de la diferencia del pago de cesantía y fondos de reserva, 11) Reliquidación en la diferencia del aporte patronal, 12) Pago del índice inflacionario y bonificación por rendimiento individual, 13) Reliquidación del aguinaldo navideño, comisariato y ropa de trabajo, 14) Reliquidación de la bonificación por años de servicio, subsidio familiar, subsidio de alimentación, transporte y bono educacional, 15) Retroactivo por resoluciones del CONADES y del CONAREM; y, 16) Retroactivo por la aplicación de la Resolución N° 880, de las resoluciones o disposiciones que se hayan emitido a favor de los servidores públicos, así como de los actuales derechos económicos y sociales de la contratación colectiva del IESS, Código del Trabajo, decretos ejecutivos, etc.; rubros que la demandada afirma no tener pendientes de pago.- TERCERO: Expuesto el asunto, procede el análisis correspondiente. El artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, cuya falta de aplicación acusa la recurrente, establece el régimen nacional de remuneraciones, y dice que es el sistema de pago de los servidores públicos que ocupen puestos del Servicio Civil Ecuatoriano, de conformidad con lo que dispone la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; aquella norma legal guarda relación con la Resolución 879 expedida por el Consejo Superior del IESS, el 14 de mayo de 1996, que determina que "Las relaciones entre el IESS y sus servidores se regulan por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, con excepción de los obreros que están amparados por el Código del Trabajo, de acuerdo con el artículo 31, inciso tercero del literal g) de la Norma Suprema.". Complementariamente, el Consejo Superior del IESS, en la misma fecha, expidió la Resolución 880, que dispone que "Los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, adquiridos por los trabajadores del IESS, incluida la jubilación patronal, se mantienen en beneficio de todos los actuales servidores del Instituto que cumplan los requisitos establecidos por la Ley. Los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que ingresaren a la institución a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, no están amparados por este último beneficio.". Sobre la base de

estas resoluciones y a fin de implementar los nuevos regímenes laborales que empezaron a regir al interior de la institución a partir del 14 de mayo de 1996, el Consejo Superior del IESS, mediante Resolución N° 882, de 11 de junio del mismo año, realiza una clasificación por series, de los cargos subordinados al Código del Trabajo; y, con Resolución N° 019, de 19 de febrero de 1999, para adecuar el sistema remunerativo de todos sus servidores, bajo los criterios de racionalidad y equidad, establece una clasificación por grupos ocupacionales, según los niveles de escolaridad y un ajuste salarial con rangos mínimo y máximo para cada categoría de los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, inclusive de los profesionales sujetos a la Ley de Escalafón para Médicos. En virtud de estas resoluciones, la actora Hipatia de la Nube López Vintimilla, Servidora de la Dirección Regional 3 del I.E.S.S., al haber ingresado a la institución demandada el 3 de abril de 1996, quedó sometida al régimen de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y, en consecuencia, al sistema remunerativo de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Es incuestionable que la Resolución 880, ya referida, reconoce a los servidores del IESS y en el caso, a la actora antes nombrada, los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, incluida la jubilación patronal, pero, exclusivamente, hasta el 14 de mayo de 1996, fecha en que los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y los sujetos al Código del Trabajo, pasan a gozar de los beneficios correspondientes a cada régimen; pues, es inadmisibles, legal y moralmente, que el grupo sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa pretenda seguir disfrutando tanto de los derechos económicos que por ley les correspondían según su régimen, como los que se derivan de pactos colectivos celebrados al interior de la entidad con el grupo amparado por el Código del Trabajo; tan es así que el artículo 2 de la misma Resolución 880 prescribe que *“La Contratación Colectiva se celebrará con los trabajadores sujetos al Código del Trabajo”*. Interpretar de otro modo tal resolución, haciendo perennes los beneficios para unos y limitados para otros al interior de una misma entidad, es discriminatorio y, por lo mismo, violatorio de elementales principios constitucionales. En el mismo propósito de adecuar legal y técnicamente los nuevos regímenes de relación laboral entre el IESS y sus servidores, imperantes a partir del 14 de mayo de 1996, esta institución, conforme obra de autos, desde esa misma fecha y todos los años sucesivos, según se desprende del estudio de la normativa institucional en lo que a este aspecto se refiere, mediante resoluciones Nos. 061, 062, 070, 071, 089, 092, 097, 131, 132, 134 y 142, y en acatamiento de las emitidas por el CONAREM, ha efectuado alzas salariales a todos sus servidores, incrementando sus remuneraciones en la escala de sueldos básicos y sus componentes y, además, en los beneficios sociales, que corresponden, entre otros, a los siguientes rubros: escalafón, bono de comisariato, bono vacacional, subsidio educacional, refrigerio, gratificación de diciembre, que es distinto del aguinaldo navideño, ropa de trabajo, uniformes y equipo de protección, ayuda por fallecimiento de familiares, y bonificación por responsabilidad.- CUARTO: El artículo 75 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994, establece la vigencia de los derechos consignados en dicho contrato, en el caso de cambio de nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del comité central o de las organizaciones laborales integrantes del mismo o si se modificare el

régimen jurídico que norma las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, añadiendo que para los años subsiguientes, los derechos adquiridos en materia económica, serán incrementados en un porcentaje equivalente al índice inflacionario. El artículo 76 establece que el Comité Central Unico de Trabajadores a Nivel Nacional es el único con competencia legal para efectos de la vigilancia y aplicación de dicho contrato y que las partes declaran que no se imputarán beneficios que sean decretados por instancias del Estado, para los trabajadores del país. Es pertinente señalar que, producido el cambio de régimen jurídico de las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, circunstancia prevista en el artículo 75 ya citado, los derechos consignados en dicho contrato colectivo, por ser adquiridos, efectivamente y por lo expresado en los considerandos precedentes, se mantienen, pero hasta la fecha de dicho cambio de régimen, esto es hasta el 14 de mayo de 1996; y, en lo relativo al incremento en un porcentaje equivalente al índice inflacionario, al tratarse éste de un mero factor de cálculo, no cuantificable, y en consideración a que el IESS ha efectuado sucesivos incrementos a los sueldos, a sus componentes y a los beneficios sociales de todos los servidores de la institución, que inclusive alcanzan valores superiores a los reclamados, conforme se desprende del oficio N° 3003-307-199 DRH, suscrito por el doctor Jorge Fernández de Córdova, responsable de Recursos Humanos de la Dirección Regional 3, que obra de fojas 26 a 29 del expediente, se concluye que, efectivamente, el Tribunal *a quo* aplicó indebidamente los artículos mencionados.- QUINTO: El artículo 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa entonces vigente disponía: *“Prescripción de derechos.- Los derechos contemplados en esta Ley a favor del servidor público caducarán en el plazo de sesenta días, contado desde la fecha en que pudieron hacerse efectivos, salvo que tuvieren otro plazo especial para el efecto”*. Al respecto, cabe señalar que esta Sala concuerda con el Tribunal *a quo* en el sentido de que la norma antes transcrita sólo es aplicable en sede administrativa mas no en sede jurisdiccional, por lo que no existe errónea interpretación del artículo 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribe que: *“El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyan materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna”*; si conforme obra de autos, los actos administrativos impugnados fueron notificados a la accionante el 8 de octubre del 2001 y la demanda se ha presentado el 14 de diciembre del mismo año, es evidente que no operó la caducidad; en cuya virtud la invocación del recurrente, de que se ha interpretado erróneamente el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es inadmisibles.- SEXTO: En lo concerniente a la acusación del fallo por errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil y por falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal (actuales artículos 115, 113 y 165, en el orden invocado, de la Codificación del Código de Procedimiento Civil), normas relativas a la valoración de la prueba, a la carga de la prueba y a los instrumentos públicos que hacen fe y constituyen prueba, en su orden, si bien su estimación es atributo privativo del Juez *a quo*, al haberse acusado la infracción de la ley con fundamento en la causal tercera, luego del análisis respectivo y considerando que el recurrente ha cumplido los presupuestos que la doctrina

establece para la procedencia del cargo bajo esta causal: precisión del medio probatorio defectuosamente valorado, determinación de las normas procesales infringidas en relación con la prueba indebidamente valorada, estableciendo la correspondiente relación e identificación de las normas violadas por efecto de la infracción, la Sala acepta la procedencia del cargo imputado a la sentencia, por haberse configurado lo que la misma doctrina conoce como violación indirecta por transgresión de normas sustantivas. En tal virtud y sin que sea necesario considerar las demás alegaciones, esta Sala ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, atenta la facultad otorgada por el artículo 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia recurrida y rechaza la demanda presentada por Hipatia de la Nube López Veintimilla. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome, Secretaria Relatora.

RAZON: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy viernes trece de abril del año dos mil siete a partir de las dieciséis, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden al Director General del IESS, en el casillero judicial No. 932, al Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Cuenca, en el casillero judicial No.1200 y no notifico a Hipatia de la Nube López Vintimilla por cuanto no ha señalado casillero judicial para el efecto.

Certifico (PG).

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en seis (6) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 175/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Hipatia de la Nube Vintimilla contra el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, al que me remito en caso necesario.- Certifico.- Quito, a 26 de abril de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Quito, a 16 de abril de 2007; las 09h00.

VISTOS (169-2004): El recurso de casación que consta a fojas 104 y 105 del proceso, interpuesto por el señor Samuel Daniel Castro Palma, en contra de la sentencia expedida por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 1, de 22 de abril de 2004, a las 09h00, dentro del proceso signado con el número 8869-CSA, propuesto por el recurrente contra el Gerente General del Banco Central y el Procurador General de Estado, para requerir el pago de diversos rubros económicos que pretendía el recurrente, sentencia en la que se “*desecha la demanda por improcedente*”.- El recurrente fundamentó su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 28, inciso primero, de la Ley de Modernización del Estado, 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y, numerales 13 y 17 del artículo 24 de la Constitución Política.- Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, con su actual conformación, avoca conocimiento de aquél y para resolver considera: PRIMERO: La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interponen contra las sentencias o autos de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación en vigencia.- SEGUNDO: Se ha agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad alguna que declarar.- TERCERO: El recurrente sostiene que el Tribunal *a quo* no ha aplicado el inciso primero del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, y ha aplicado indebidamente el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues, el Banco Central del Ecuador no dio respuesta oportuna a su “reclamo administrativo”, ingresado en la Secretaría General el 29 de agosto de 2001 (fs. 3 y 4), y el actor ha presentado su demanda el 19 de octubre de 2001 (fs. 7, vuelta). El Tribunal *a quo*, en el considerando tercero de la sentencia de mayoría, materia del presente recurso, señala: “1) *El estatuto del Banco Central del Ecuador, norma las actividades de los funcionarios, empleados y trabajadores para los primeros señala que estarán sujetos a más del régimen interno, a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y para los últimos el Código del Trabajo. Siendo así el actor tenía el plazo de 60 días de notificado con la resolución que le perjudica, para demandar el reconocimiento de sus derechos, conforme lo dispone el artículo 117 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. 2) Siendo servidor público y para acogerse a lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el término para deducir la demanda es de noventa días en los asuntos que constituyen materia de recursos contencioso de plena jurisdicción, como en el presente caso... Lo que quiere decir que Samuel Daniel Castro Palma, además de equivocar el procedimiento a seguir, no formuló su reclamo dentro del término hábil, por lo que su reclamo administrativo se torna huérfano de sustento legal y procesal y por esta acción ha caducado sus derechos y ha prescrito la misma, conforme a los artículos 125 y 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, sin que sea necesario analizar y pronunciarse sobre las demás alegaciones...*”. De las consideraciones expuestas por el Tribunal *a quo* se derivan los siguientes defectos de orden jurídico, que obligan a esta Sala casar la sentencia admitiendo las

No. 176-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

alegaciones del recurrente: 1) Según aparece expresamente en la demanda, el actor acudió al Tribunal *a quo* para que en sentencia: “se dignen ACEPTAR MI DEMANDA EN TODAS SUS PARTES, ordenando y declarando el SILENCIO ADMINISTRATIVO A MI FAVOR; esto es, que se ordene el pago de todos y cada uno de los rubros económicos debidamente singularizados al inicio de mi demanda, que corresponde a jubilación patronal, o también conocida en el Banco Central del Ecuador, como Seguro Adicional, como también los rubros económicos que se encuentran en el fondo de pensiones del Banco Central...”.- La pretensión del actor, por tanto, era conseguir del Tribunal Distrital, se haga efectivo (se ejecute) un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo en el que pretende habría incurrido el Gerente del Banco Central del Ecuador, funcionario al que se dirigió la petición del actor de 29 de agosto de 2001. Con total independencia de la justificación jurídica y fáctica de la pretensión del actor, el Tribunal *a quo* debió aplicar el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, con el objeto de determinar el cumplimiento de los requisitos sustanciales y formales derivados de la referida norma, para determinar si era o no admisible la pretensión del actor. Nótese que si el actor hubiese promovido un proceso de conocimiento, y no uno de ejecución del acto administrativo presunto que estimó se produjo en el caso, la aplicación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado era irrelevante en la resolución del asunto controvertido. 2) Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal *a quo* no podía considerar como referente inicial para el cómputo del plazo de caducidad del derecho de acción ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la fecha en que el actor cesó en sus funciones en el Banco Central del Ecuador, sino el día siguiente a la fecha en que venció el tiempo que disponía el Gerente General del Banco Central del Ecuador para responder a la petición del actor. Fijado ese referente inicial de cómputo del plazo de caducidad previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Tribunal *a quo* debió considerar cuál de todos los previstos en la norma referida es el caso aplicable al planteado por el actor. A este respecto, la Sala ha sostenido: (Ver, entre otros fallos, la Resolución N° 378-2006, de 30 de noviembre, en el caso N° 37-2004, Brito Albuja c. Ministerio de Defensa Nacional; y, la Resolución N° 31-2007 de 31 de enero de 2007, en el caso N° 158-2004 Brito Albuja c. Ministerio de Defensa Nacional) “1) La intervención de los Tribunales Distritales, para atender las pretensiones del actor dirigidas a hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo, es posible únicamente si no ha caducado el derecho de acción. 2) Para aplicar las reglas de caducidad del derecho a demandar previstas en el ordenamiento jurídico es necesario diferenciar si se trata de un acto administrativo expreso o un acto administrativo presunto, pues, no es lo mismo “impugnar” un acto por considerar que éste afecta un derecho subjetivo, que acudir a los órganos judiciales con el objeto de hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto en el que se declara o reconoce un hecho o un derecho, o bien, se admite una prestación de dar, hacer o no hacer a cargo de la administración omisa. 3) La fecha de inicio para el cómputo de los términos para determinar la caducidad del derecho de acción, en los casos en que el administrado busca hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo con efectos positivos, sería, por regla general, el día siguiente a la fecha en que se habría

producido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca en sede judicial, sin que sea relevante a este efecto que el actor hubiese procurado la ejecución del referido acto administrativo presunto en sede administrativa. 4) La única excepción a la regla consistiría en la impugnación de un acto administrativo expreso o un hecho administrativo que afecten el contenido del acto administrativo presunto si este es meramente declarativo, en cuyo caso se seguirá la regla de caducidad para los actos administrativos notificados o los hechos administrativos, según sea el supuesto, porque la “impugnación” de estos actos o hechos serían, en estricto sentido, la materia de la litis. 5) Finalmente, los términos para que opere la caducidad, actualmente vigentes, son de 90 días para el caso del recurso de plena jurisdicción referido a una acto administrativo notificado; tres años para las materias propias del recurso objetivo; y, cinco años para el caso de controversias relacionadas con contratos y cualquier otra materia no prevista en los supuestos anteriores, en cuyo conjunto se encuentran los actos administrativos presuntos y los hechos administrativos”.- El 29 de agosto de 2001, el actor efectuó la petición de la que sostiene se originó el acto administrativo presunto, cuya ejecución ha pretendido a través de una demanda interpuesta el 19 de octubre de 2001. De estos datos se desprende que el derecho para demandar lo que efectivamente ha demandado el actor, no se puede considerar caducado según el régimen expuesto; lo que no significa, en principio, que la demanda deba prosperar si no se cumplen los requisitos sustanciales y formales aplicables a la institución del silencio administrativo positivo, tantas veces explicada por esta Sala, sino, únicamente, que el ejercicio de la acción contencioso administrativa fue oportuno, lo que permite discutir y resolver el fondo de la controversia, esto es, la procedencia de la ejecución del acto administrativo presunto. Nótese que es posible que el administrado acuda al Tribunal Distrital en un proceso de conocimiento, y no en uno de ejecución basado en la institución del silencio administrativo, para obtener la declaratoria de su derecho y la condena subsiguiente, pero, para tal efecto, habría tenido que ejercer su derecho de acción dentro del término previsto en el ordenamiento jurídico, contado desde el día siguiente a la conclusión de sus funciones. Se trata, pues, de casos y remedios procesales distintos, que no deben ser confundidos.- 3. Cuando un Tribunal Distrital desnaturaliza el proceso propuesto por el actor, al convertir la discusión de la procedencia de la ejecución del acto administrativo presunto solicitada, en un proceso de conocimiento, esto es, en la revisión del derecho o del hecho que se presupone ha sido reconocido o declarado a través del acto administrativo presunto derivado de la actitud omisa de la administración, se torna imperiosa la intervención de esta Sala, para corregir el defecto. Se hace notar, a este respecto, que el recurso de casación, ordinariamente, según lo previsto en el artículo 2 de la Ley de Casación, se dirige contra autos y sentencias que ponen fin a los procesos de conocimiento, por lo que, únicamente procede el recurso que se analiza en razón de la desnaturalización del proceso instaurado en el presente caso, en el que, de un proceso de ejecución, se ha pasado, arbitrariamente, a un proceso de conocimiento.- Con estas consideraciones, al casarse la sentencia materia del presente recurso, es necesario, en virtud del artículo 16 de la Ley de Casación, dictar la sentencia que corresponda, en lugar de aquella que es objeto del recurso.- CUARTO: El *thema decidendum*, en el presente caso, consiste en determinar la procedencia de la ejecución, solicitada por el actor, de un acto administrativo presunto derivado de la aplicación del

artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado y de la conducta omisa del Gerente del Banco Central, al no atender la petición del actor, de 29 de agosto de 2001. Así definido el asunto principal del proceso, es conveniente recordar la situación jurídica de cada parte procesal, en un proceso de ejecución de un acto administrativo presunto, derivado de la aplicación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado (*ver a este respecto la Resolución No. 378-2006, de 30 de noviembre, en el caso 37-2004, Brito Albuja c. Ministerio de Defensa Nacional*):

a) El actor deberá justificar, en el proceso, una petición debidamente fundamentada en el Derecho y los hechos, que hubiere cursado a una determinada autoridad administrativa competente, para resolver sobre lo solicitado, y el haber efectuado las diligencias en sede administrativa y judicial para obtener el certificado en el que conste el vencimiento del plazo, según lo previsto en el inciso segundo del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado; las pretensiones del actor consignadas en la demanda deben ser de orden material y vinculadas indefectiblemente con el contenido del acto administrativo presunto que se espera ejecutar; b) El demandado, dentro del proceso de ejecución, deberá plantear como defensas y excepciones: aquéllas propias de todo proceso de ejecución, tales como las de orden procesal, aquéllas referidas al cumplimiento de los requisitos sustanciales y formales para la procedencia de la ejecución de un acto administrativo presunto, con base en el artículo 28 de la Ley de Modernización, o bien, las defensas o excepciones vinculadas con la satisfacción precedente de las pretensiones del actor, por parte de la administración. El ejercicio adecuado del derecho de contradicción por parte del demandado exige actuar en consecuencia con la naturaleza misma del proceso (de ejecución), por lo que no tiene sentido plantear como defensas o excepciones los temas que tuvieron que ser dilucidados a través de un acto administrativo explícito que hubiese dado fin al procedimiento administrativo, desencadenado a través de la petición del administrado; c) El juzgador está en el deber de constatar el cumplimiento de los requisitos sustanciales y formales de procedencia de la petición de ejecución del acto administrativo presunto, “*como si se tratase de la calificación de un título y una obligación ejecutiva (que no lo es) en un juicio ejecutivo*”, considerar las defensas y excepciones relacionadas con la naturaleza del proceso y, por último, deberá llegar a una decisión, admitiendo las pretensiones de actuación material o rechazándolas.

QUINTO: Es fundamental, también, insistir sobre los requisitos sustanciales y formales que determinan la procedencia de la ejecución del acto administrativo presunto, solicitada por el actor con base en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado (*ver en este sentido la Resolución N° 378-2006, de 30 de noviembre, en el caso N° 37-2004, Brito Albuja c. Ministerio de Defensa Nacional; Resolución N° 31-2007 de 31 de enero de 2007, en el caso N° 158-2004 Brito Albuja c. Ministerio de Defensa Nacional*): “**I. Requisitos materiales o sustanciales:** Para la intervención de los Tribunales Distritales dirigida a hacer efectivos los actos administrativos presuntos, derivados del silencio administrativo con efectos positivos, se ha de cuidar que se cumplan determinados requisitos formales y sustanciales. En lo que respecta a los requisitos sustanciales, el acto administrativo presunto que se derive del silencio administrativo debe ser un acto administrativo regular. Siguiendo la concepción de los actos administrativos regulares, afianzada en la doctrina y la legislación comparada, entendemos por acto administrativo regular aquel merecedor de la protección jurídica que se

desprende de la presunción de legitimidad por no contener vicios invaliables, que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta. Por exclusión, son actos administrativos regulares aquellos respecto de los cuales no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la Ley. En este sentido y a manera de ejemplo, no son regulares, los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que se entenderían expedidos por autoridad incompetente o aquellos cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la Ley. El sentido de la revisión de este requisito material se justifica por la aplicación del régimen jurídico de la extinción de los actos administrativos en razón de su legitimidad: En efecto, sin perjuicio de la intervención de los Tribunales Distritales en la materia, la Administración, en ejercicio de su potestad de autotutela, es competente para dejar sin efecto cualquier acto administrativo nulo de pleno derecho (actos irregulares), explícito o presunto, aun cuando de éste se pueda sostener que se han generado derechos para el administrado, pues es evidente que los actos nulos de pleno derecho no se pueden consentir porque afectan el orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo. Así, en lo que respecta a los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efectos positivos, no se puede sostener razonablemente que la omisión de la Administración pueda transformar lo que originalmente es ilícito en lícito. Por el contrario, un acto administrativo regular, explícito o presunto, aun cuando se pueda sostener que contiene un vicio que no entraña su nulidad de pleno derecho, no puede ser extinguido en la misma sede administrativa y, para ello, el ordenamiento jurídico ha dispuesto el mecanismo de la declaratoria y acción de lesividad. En tal sentido, si un acto administrativo, explícito o presunto, es nulo de pleno derecho, la intervención de los Tribunales Distritales no puede dar valor a lo que nunca lo tuvo. Ahora bien, para que un acto administrativo, explícito o presunto, sea irregular, el vicio que entraña su nulidad de pleno derecho ha de ser manifiesto, evidente, pues no puede exigírsele a los Tribunales Distritales que sustituyan en el ejercicio de sus competencias a la Administración o remedien su torpeza. Tampoco es posible que los Tribunales Distritales, a cuenta de verificar la validez del acto administrativo cuya ejecución se busca, modifiquen la naturaleza del proceso instaurado, convirtiéndolo en uno de conocimiento, cuando la materia es simplemente la ejecución del contenido del acto administrativo presunto. Se debe tener presente que cuando un Tribunal desnaturaliza un proceso de ejecución y lo convierte en uno de conocimiento, se habilita el recurso de casación. Por ello, en lo que corresponde a la revisión de los requisitos sustanciales del acto administrativo presunto, lo que les correspondería a los Tribunales Distritales es verificar la regularidad del acto en función de las razones de orden jurídico (no las razones fácticas que debieron ser revisadas en sede administrativa) que constan en la petición del administrado, de la que se argumenta se ha desprendido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca. Esto se justifica por el hecho de que el contenido del acto administrativo presunto no es otra cosa que el contenido de la petición del administrado que ha dejado de atenderse oportunamente, de la que se destaca sus fundamentos jurídicos y fácticos: De los primeros, se ha de derivar la cobertura legal para pedir lo que efectivamente se pide.- **...II. Requisitos formales:** En lo que dice relación con los requisitos formales, para la intervención de los Tribunales Distritales en la ejecución de los actos administrativos presuntos

derivados del silencio administrativo, ya desde el 18 de agosto del 2000, fecha de publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 144, del Decreto Ley 2000-1, el instrumento previsto en el ordenamiento jurídico (artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada) para hacer posible el ejercicio de los derechos que se desprendan de los actos administrativos presuntos, consistió en el certificado otorgado por la autoridad omisa acerca de la fecha de vencimiento del término. Como evidentemente era poco probable que la autoridad omisa emita el certificado referido, pese a la prevención de que sería destituida, esta Corte consideró que bastaba para acudir a los Tribunales Distritales y hacer efectivo el contenido de los actos administrativos presuntos, la constancia de que este certificado fue solicitado a la autoridad omisa y que, ante un muy posible caso de que este certificado no sea emitido dentro del término para atender estas peticiones (15 días) o que su contenido no sea el previsto en la norma, se acuda a los jueces para hacer este mismo requerimiento por vía judicial. De tal forma que, quien quiere conseguir, a través de la intervención de los Tribunales Distritales, una actuación material de la Administración fundada en los hechos, derechos o prestaciones declarados, reconocidos o admitidos, según sea el caso, en un acto administrativo presunto, requiere justificar en el proceso que ha efectuado estas diligencias en sede administrativa y judicial, aunque no hayan sido atendidas por la Administración. Se debe hacer notar que es usual que la Administración, en lugar de señalar una fecha en la que venció el término para resolver las peticiones de los Administrados, efectúe alegaciones de variada índole; este hecho es irrelevante a efectos de la constatación del requisito formal, que tiene sentido si se considera que es el medio idóneo para determinar con nitidez la petición respecto de la cual se sostiene, en el proceso, que se ha generado los efectos del silencio administrativo".- SEXTO: Al aplicar los contenidos expuestos en los considerandos cuarto y quinto, al caso puesto a nuestra consideración, se puede concluir lo siguiente: a) El actor ha justificado que ha efectuado una petición al Gerente General del Banco Central del Ecuador, representante legal de la institución, el 29 de agosto de 2001 (fs. 3 y 4).- b) A través de esta petición, y fundado en el Reglamento del Fondo de Pensiones Jubilares del Banco Central del Ecuador (con algún defecto subsanable en virtud del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil), el actor ha solicitado se cancelen los valores que por jubilación patronal le corresponderían, bajo el argumento fáctico de que, hasta el 31 de agosto de 1992, había prestado sus servicios por 21 años y a la fecha de su separación de la institución tenía 45 años de edad. Se solicitó, adicionalmente, pero en este caso sin invocar norma jurídica alguna, lo siguiente: "los valores económicos que corresponden al fondo de pensiones durante todo el tiempo de mis servicios, aclarando que hasta la presente fecha no se me ha pagado cantidad alguna.- 3.- A cada uno de los rubros antes indicados, se pagará con el respectivo interés legal..." (fs. 3, vuelta).- c) No consta en el proceso, justificación alguna sobre si esta petición fue contestada por la autoridad competente, en el término previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, por lo que, no cabe duda alguna respecto a que, por la omisión de la administración, se ha originado un acto administrativo presunto.- d) Es necesario, por tanto, revisar si el acto administrativo presunto que, de forma autónoma, ha dado origen el silencio de la

administración, es de aquéllos denominados "regulares", esto es, un acto administrativo que no contiene vicios invalidadables manifiestos. Como se ha señalado, los aspectos fácticos no son materia del análisis precedente, pues, esta Sala en un proceso de ejecución, no puede asumir la tarea de la administración omisa, por lo que nada debe señalar sobre si el actor cumplía o no los requisitos de edad y tiempo de servicio necesarios para acceder al derecho a percibir la "jubilación patronal" solicitada, si su derecho había caducado o prescrito y, en general, cualquier otra circunstancia fáctica que hubiese sustentado un acto administrativo explícito denegatorio. En lo que corresponde al análisis de procedibilidad de la ejecución del acto administrativo presunto solicitada por el actor, la regularidad del acto se desprende del hecho de que, según lo confirma la misma administración omisa (fs. 18, vuelta), en la Disposición Transitoria Quinta de la Resolución No. JM-446-FPJ de 3 de junio de 1992, se dispone que: "Tendrán derecho a la pensión especial reducida los empleados de la Institución que hubieren ingresado con anterioridad a la vigencia de esta resolución y cumplieren 45 años o más de edad y 15 años o más de servicio al Banco Central, siempre que obtengan la jubilación reducida del IESS.". A este respecto, es necesario insistir que el análisis de la regularidad del acto administrativo presunto, que se busca ejecutar, no puede extenderse más allá de la naturaleza del proceso de ejecución, pues, de lo contrario, el proceso se transformaría en uno de conocimiento en el que se discutiría un derecho o un hecho que ya ha sido reconocido en un acto administrativo que, aunque no sea explícito, se presume legítimo si no aparece de manera evidente una razón de nulidad, un vicio invalidadable, ordinariamente, derivada de las razones jurídicas que fundan la pretensión consignada en la petición del administrado que ha dejado de ser atendida oportunamente.- Por lo que se ha señalado, esta Sala entiende que el acto administrativo presunto, cuya ejecución se busca en sede judicial, es de aquéllos denominados "regulares", pues, en el caso no aparece, de manera manifiesta, una razón de nulidad de pleno derecho, lo que no significa que este acto administrativo presunto no pueda contener vicios que justifiquen que la administración, a través de la declaración y acción de lesividad, pueda solicitar su extinción.- e) Ahora bien, el hecho de que el presente caso se hayan cumplido los requisitos sustantivos para proceder con la ejecución del acto administrativo presunto regular, al que dio origen la omisión del Gerente General del Banco Central, no significa que ello sea suficiente, si es que no se justifica, concomitantemente, el cumplimiento de los requisitos formales, señalados en el considerando quinto (acápito II. Requisitos formales). Dicho de otro modo, si lo que el actor espera de la Función Judicial, al proponer una acción de ejecución, es la orden de actuaciones materiales a cargo de la administración, fundado en un acto administrativo presunto, esta ejecución sólo será posible si se justifica en el proceso la certificación a la que se refiere el inciso segundo del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado o el requerimiento en sede administrativa y judicial, según lo ha señalado insistentemente esta Corte, según consta explicado en el considerando quinto de esta resolución. Así, no obstante que la regularidad del acto administrativo presunto que se busca ejecutar en el presente caso se ha acreditado, no consta del proceso, en cambio, que se haya verificado el cumplimiento de los requisitos formales necesarios para ejercer los derechos derivados de dicho acto según lo manda el artículo 28 de la Ley de Modernización del

Estado, por lo que esta Sala no podría, en el presente proceso de ejecución, ordenar ninguna actuación material a cargo de la administración demandada como lo ha solicitado el actor.- Por las consideraciones vertidas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se acepta el recurso de casación interpuesto, y en virtud del artículo 16 de la Ley de Casación, se casa la sentencia y se desecha la demanda.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: En esta fecha, a partir de las diecisiete horas, notifiqué con la nota de relación y sentencia anteriores, Samuel Castro Palma, en el casillero judicial No. 1289; al Gerente General del Banco Central del Ecuador, en el casillero judicial No. 950; y Procurador General del Estado, en el casillero judicial No. 1200.- Quito, a 16 de abril del 2007.

f.) La Secretaria Relatora.

AUTO DE ACLARACION Y AMPLIACION

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 7 de mayo de 2007; las 09h00.

VISTOS (169-04): Samuel Daniel Castro Palma, en el juicio contencioso administrativo que sigue en contra del Gerente General del Banco Central del Ecuador, dentro del término legal solicita a esta Sala que aclare y amplíe la sentencia emitida el 16 de abril de 2007 a las 09h00. Al efecto, se considera: PRIMERO: Los artículos 281 y 282 del Código de Procedimiento Civil, 47 y 48 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa preceptúan que: *“El Tribunal no puede revocar no alterar, en ningún caso, el sentido de la sentencia pronunciada; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro del término de tres días”* y *“La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre costas”*, respectivamente.- SEGUNDO: Aclarar consiste en explicar o despejar los puntos dudosos. Procede, entonces, cuando estuviese redactado en términos ininteligibles, de comprensión dudosa.- TERCERO: Cabe recordar al abogado del actor que el recurso de casación es una confrontación entre la sentencia y el derecho, y que la aceptación a trámite del recurso de casación interpuesto, de ninguna manera implica que el Tribunal acepte en sentencia todas las pretensiones del recurrente. El auto de calificación del recurso de casación interpuesto por el señor Castro Palma es un estudio meramente formal de los requisitos que la Ley de Casación establece, en tanto que en sentencia, este Tribunal encontró fundamento para aceptar el recurso de casación interpuesto, casar la sentencia y rechazar la demanda por argumentos jurídicos diferentes a los

sostenidos por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito. Por las consideraciones anteriores, se rechaza la solicitud de aclaración y ampliación presentada por el señor Samuel Daniel Castro Palma. Notifíquese.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: En esta fecha, a partir de las diecisiete horas, notifiqué con el auto anterior, a Samuel Castro Palma, en el casillero judicial No. 1289; al Gerente General del Banco Central del Ecuador, en el casillero judicial No. 950; y Procurador General del Estado, en el casillero judicial No. 1200.

Quito, a 7 de mayo del 2007.

f.) La Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en nueve (9) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas u rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 176-07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Samuel Castro Palma contra el Gerente General del Banco Central del Ecuador, al que me remito en caso necesario.- Certifico.

Quito, a 15 de mayo de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome o., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 177-07

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 16 de abril del 2007; las 10h30.

VISTOS (200-04): El doctor Luis Lucero Veloz, Director de Procuraduría Ministerial, encargado, del Ministerio de Energía y Minas, quien actúa también como delegado del señor Procurador General del Estado, presenta, el jueves 20 de mayo del 2004, recurso de casación respecto de la sentencia expedida el 7 de abril del 2004 por la Segunda Sala del Tribunal de lo Distrital de Quito, en el juicio seguido por Franklin Peñaranda Corrales, Manuel Fernando Untuña Corredores, Gonzalo Rodrigo Murillo Flores, Angel Eduardo Bonifaz Bonifaz, Joselito Hernán Vargas Guambo, Roque Vicente Maldonado Ramírez, Marco Antonio Cely Porras y Teresita de Jesús Ludeña

Elizalde, ex servidores del Ministerio de Energía y Minas, en contra del Estado Ecuatoriano, los ministros del ramo que actuaron en la supresión de puestos de los demandantes y también contra el Procurador General del Estado.- El ingeniero Eduardo López Robayo, Ministro de Energía y Minas, y la doctora Ximena Cárdenas Yandún, Subsecretaria de Desarrollo Organizacional del Ministerio antes mencionado, deducen igual recurso de casación el lunes 31 de mayo del 2004. El escrito que presentan estos dos funcionarios se halla suscrito también por el doctor Luis Lucero Veloz.- Para apreciar mejor la secuencia de fechas, respecto a la ejecutoriedad del fallo y la presentación del recurso de casación, cabe considerar que los representantes del Ministerio de Energía y Minas habían pedido aclaración de la indicada sentencia con fechas 13 y 29 de abril.- Esos pedidos fueron rechazados por el Tribunal *a quo* el 13 de mayo.- Cabe dejar constancia de que el primero de los antedichos actores (Franklin Washington Peñaranda Corrales) desistió expresamente de la acción y pidió el archivo de ella, en escrito de miércoles 1 de septiembre del 2004. Los demandantes pretendían que se declaren ilegales los actos administrativos que desechan los reclamos que ellos habían presentado, para que se les pague las sumas correspondientes a remuneraciones por el mes de junio del año 2000 y valores adicionales, pese a que el 31 de mayo de ese año habían sido declarados cesantes en los cargos que desempeñaban en el indicado Ministerio, mediante sendas acciones de personal expedidas en dicha fecha, sobre la base de la Resolución Presupuestaria número 100847, de 30 de mayo del 2000, tomada por el Subsecretario de Presupuestos y Contabilidad del Ministerio de Economía y Finanzas, que suprimió las partidas presupuestarias correspondientes a los cargos de los antedichos servidores públicos.- El Ministerio de Energía y Minas, por medio de sus personeros, fundamentó la presentación del recurso en las causales primera, segunda y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.- Las normas jurídicas que aquéllos estimaban se habrían infringido con la expedición de la sentencia objeto del recurso son los artículos: 28, 59, letra d), y 109, letra d), de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 54 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas; 29 de la Ley de Modernización del Estado; y 119 del Código de Procedimiento Civil, según los textos vigentes a la época de presentación del recurso.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, con su actual integración, avoca conocimiento de la causa, y, para resolver, considera:

PRIMERO: La Sala es competente para conocer y resolver este recurso, en virtud de lo que disponen el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación, que regula dicha norma constitucional.-

SEGUNDO: Para la aplicación de las normas de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa concernientes a la supresión de puestos en los casos en examen, efectuada por requerimientos de las normas de la Ley de Modernización, han de considerarse las disposiciones específicas del artículo 54 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas y del artículo 29 de la Ley de Modernización.- En este último precepto legal se establece que: *“Las autoridades administrativas comunicarán al administrado las resoluciones que dicte, sean de trámite o definitivas, por el medio que consideren más rápido y expedito, siempre y cuando exista constancia plena en el proceso administrativo de la dirección para notificaciones y se pueda dejar prueba del hecho”*.- Consta del proceso que el 31 de mayo del 2000 se dio a conocer de las resoluciones de supresión de partidas y cargos con ellas financiados a

los servidores públicos cuyos puestos habían sido suprimidos, y que laboraban en Quito, por actuación oficial de la Jefe de Administración del Sistema Recursos Humanos, quien informó de tal particular en el lugar de trabajo de esos servidores, aún cuando algunos de ellos se hubieron negado a recibir físicamente la específica declaratoria respectiva de supresión de puesto o lo hubieren hecho “bajo protesta”.- Igualmente figura en el proceso que la resolución de supresión de puestos fue comunicada el 31 de mayo del 2000 a los servidores que no prestaban sus servicios en Quito mediante faxes que se dirigieron, en esa fecha, a las oficinas en las que aquéllos laboraban.- No existe en el proceso prueba que acredite que se hubiere encomendado a los servidores cuyos puestos se suprimieron el 31 de mayo del 2000, tarea o encargo alguno que atender en los primeros días de junio.- Es útil recordar a este respecto, que según el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, con el texto vigente a la época de supresión de puestos de los referidos servidores públicos, establecía que: *“La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.- El juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa”*.-

TERCERO: Pretender que la norma del artículo 28 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa con el texto entonces en vigencia, se interprete en un sentido que reconozca remuneraciones correspondientes al mes siguiente a aquél en el que se suprimieron los puestos respectivos, particular del que estaban informados oficialmente los recurrentes, resulta contrario a los principios contemplados por la Ley de Reforma de las Finanzas Públicas y la Ley de Modernización, que buscan evitar el despido de los recursos públicos.- Vale la pena recordar que dicha norma preceptuaba: *“Pago hasta el último día del mes:- Salvo lo dispuesto en leyes especiales, el sueldo de una persona que estuviere en ejercicio de un cargo público será abonado hasta el último día del mes en que se produzca la separación, sea la causa de ésta cancelación de nombramiento, renuncia o fallecimiento. Por tanto, los sueldos no serán fraccionables dentro de un mismo mes entre dos individuos, sino que el empleado cesante percibirá el sueldo íntegro correspondiente al mes en que se produzca la separación”*.-

QUINTO: Cabe considerar, adicionalmente, que los reclamos presentados a nombre de varios servidores públicos que no laboraban en la ciudad de Quito no podían tramitarse ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo que opera en esta ciudad.- Es necesario tener presente, al respecto, que el artículo 38 de la Ley de Modernización, publicada en el Registro Oficial número 483, de 28 de diciembre del 2001, establece que: *“Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público.- El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio...”* (el resaltado es de la Sala). Tanto la Primera como la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito han aplicado imperativamente esta norma, por ejemplo, en autos expedidos en las causas números 8311 al 8425 MHM, el 18 de febrero del 2002 y el 31 de enero de ese año, respectivamente.- La falencia que se enuncia en

este considerando vicia la actuación realizada a nombre de los demandantes que tenían su lugar de trabajo y residencia en la ciudad de Machala, licenciado Marco Antonio Celi Porras, Teresita Ludeña Elizalde y Roque Maldonado Ramírez.- Por las consideraciones precedentes, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Distrital de Quito; se rechaza la demanda y, consecuentemente, la pretensión de los demandantes de que se les efectúe pagos por remuneraciones correspondientes al mes de junio de 2000.- Notifíquese. Publíquese.- Devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome, Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

RAZON: En esta fecha, a partir de las diecisiete horas, notifiqué con la nota de relación y sentencia anteriores, a Manuel Untuña Corredores y otros, en el casillero judicial No. 698; al Ministro de Energía y Minas y otro, en el casillero judicial No. 1331; y Procurador General del Estado, en el casillero judicial No. 1200.- Quito, a 16 de abril del 2007.

f.) La Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en tres (3) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No.177/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Franklin Peñaranda Corrales y otros contra el Ministerio de Energía y otros, al que me remito en caso necesario.

Certifico.

Quito, a 26 de abril de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 178-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, 16 de abril de 2007; las 11h00.

VISTOS (132-2005): El doctor Julio Farfán Matute, abogado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social,

IESS, debidamente facultado para el efecto por el Director General de dicho instituto, conforme la ratificación de fojas 426 de los autos, interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada el 19 de abril de 2005, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, que, al aceptar parcialmente la demanda, declara ilegales los actos administrativos impugnados dentro del juicio incoado por la actora, María del Cielo Matamoros Vélez, en contra el representante legal del instituto en mención. Concedido el recurso y por encontrarse la causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera: PRIMERO: La competencia de esta Sala para conocer y decidir este asunto quedó establecida al momento de la calificación del recurso y en la tramitación de él se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de juicios, por lo que se declara la validez procesal.- SEGUNDO: El instituto demandado, en su escrito de interposición del recurso de casación, con fundamento en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa al fallo dictado por el Tribunal *a quo*, de incurrir en las infracciones que se detallan a continuación. Respecto de la causal primera: falta de aplicación del artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos; aplicación indebida de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994; y errónea interpretación de la Resolución 880 dictada por el Consejo Superior del IESS y de los artículos 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a la presentación de la acción y 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En relación con la causal tercera, errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, y falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal, "*que ha dado lugar a la no aplicación del Art. 1 de la ley de Remuneraciones del Servidor Público; 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; equivocada aplicación de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo y de las Resoluciones: 905 dictada por el Consejo Superior y C.I. 019, 070, 089 y 097, expedidas por la Comisión Interventora*" del mismo instituto. Y, en lo relativo a la causal quinta, afirma que en la sentencia, objeto del recurso, se adoptan disposiciones contradictorias e incompatibles, que violan la garantía constitucional prevista en el artículo 24, numeral 13, de la Constitución Política de la República y artículo 278 del Código Adjetivo Civil. Por su parte, la actora, María del Cielo Matamoros Vélez, impugnó ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 2000121-3656 A.N., de 6 de septiembre del 2001, suscrito por el Director de Recursos Humanos (E) del IESS, y 3003101.820, de 26 de noviembre de 2001, suscrito por el Director Regional del IESS, que niegan sus pretensiones dirigidas a que se le pague, entre otros, los siguientes rubros: 1) Incrementos al sueldo base, 2) Diferencia en los valores no pagados de la bonificación por responsabilidad, 3) Reliquidación de los décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto sueldos, 4) El valor de la diferencia del pago de vacaciones y bono vacacional, 5) El valor de la diferencia existente en las gratificaciones, en los rubros no pagados, 6) Diferencia de la bonificación por tiempo de servicios, 7) El valor de la diferencia existente en el subsidio de antigüedad, 8) Diferencia en los valores no pagados por bonificación complementaria, 9) Diferencia en los valores no pagados por costo de vida, 10) Reliquidación de la diferencia del pago de cesantía y fondos de reserva, 11) Reliquidación en la diferencia del aporte patronal, 12)

Pago del índice inflacionario y bonificación por rendimiento individual, 13) Reliquidación del aguinaldo navideño, comisariato y ropa de trabajo, 14) Reliquidación de la bonificación por años de servicio, subsidio familiar, subsidio de alimentación, transporte y bono educacional, 15) Retroactivo por resoluciones del CONADES y del CONAREM; y, 16) Retroactivo por la aplicación de la Resolución N° 880, de las resoluciones o disposiciones que se hayan emitido a favor de los servidores públicos, así como de los actuales derechos económicos y sociales de la contratación colectiva del IESS, Código del Trabajo, decretos ejecutivos, etc.; rubros que la demandada afirma no tener pendientes de pago.- TERCERO: Expuesto el asunto, procede el análisis correspondiente. El artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, cuya falta de aplicación acusa la recurrente, establece el régimen nacional de remuneraciones, y dice que es el sistema de pago de los servidores públicos que ocupen puestos del Servicio Civil Ecuatoriano, de conformidad con lo que dispone la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; aquella norma legal guarda relación con la Resolución 879 expedida por el Consejo Superior del IESS, el 14 de mayo de 1996, que determina que *“Las relaciones entre el IESS y sus servidores se regulan por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, con excepción de los obreros que están amparados por el Código del Trabajo, de acuerdo con el artículo 31, inciso tercero del literal g) de la Norma Suprema.”*. Complementariamente, el Consejo Superior del IESS, en la misma fecha, expidió la Resolución 880, que dispone que *“Los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, adquiridos por los trabajadores del IESS, incluida la jubilación patronal, se mantienen en beneficio de todos los actuales servidores del Instituto que cumplan los requisitos establecidos por la Ley. Los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que ingresaren a la institución a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, no están amparados por este último beneficio.”*. Sobre la base de estas resoluciones y a fin de implementar los nuevos regímenes laborales que empezaron a regir al interior de la institución a partir del 14 de mayo de 1996, el Consejo Superior del IESS, mediante Resolución N° 882, de 11 de junio del mismo año, realiza una clasificación por series, de los cargos subordinados al Código del Trabajo; y, con Resolución N° 019, de 19 de febrero de 1999, para adecuar el sistema remunerativo de todos sus servidores, bajo los criterios de racionalidad y equidad, establece una clasificación por grupos ocupacionales, según los niveles de escolaridad y un ajuste salarial con rangos mínimo y máximo para cada categoría de los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, inclusive de los profesionales sujetos a la Ley de Escalafón para Médicos. En virtud de estas resoluciones, la actora María del Cielo Matamoros Vélez, Servidora de la Dirección Regional 3 del I.E.S.S., al haber ingresado a la institución demandada el 3 de abril de 1996, quedó sometida al régimen de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y, en consecuencia, al sistema remunerativo de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Es incuestionable que la Resolución 880, ya referida, reconoce a los servidores del IESS y en el caso, a la actora antes nombrada, los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, incluida la jubilación patronal, pero, exclusivamente, hasta el 14 de mayo de 1996, fecha en que los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y los sujetos al Código del Trabajo, pasan a gozar de los beneficios correspondientes a cada régimen;

pues, es inadmisibles, legal y moralmente, que el grupo sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa pretenda seguir disfrutando tanto de los derechos económicos que por ley les correspondían según su régimen, como los que se deriven de pactos colectivos celebrados al interior de la entidad con el grupo amparado por el Código del Trabajo; tan es así que el artículo 2 de la misma Resolución 880 prescribe que *“La Contratación Colectiva se celebrará con los trabajadores sujetos al Código del Trabajo”*. Interpretar de otro modo tal resolución, haciendo perennes los beneficios para unos y limitados para otros al interior de una misma entidad, es discriminatorio y, por lo mismo, violatorio de elementales principios constitucionales. En el mismo propósito de adecuar legal y técnicamente los nuevos regímenes de relación laboral entre el IESS y sus servidores, imperantes a partir del 14 de mayo de 1996, esta institución, conforme obra de autos, desde esa misma fecha y todos los años sucesivos, según se desprende del estudio de la normativa institucional en lo que a este aspecto se refiere, mediante resoluciones Nos. 061, 062, 070, 071, 089, 092, 097, 131, 132, 134 y 142, y en acatamiento de las emitidas por el CONAREM, ha efectuado alzas salariales a todos sus servidores, incrementando sus remuneraciones en la escala de sueldos básicos y sus componentes y, además, en los beneficios sociales, que corresponden, entre otros, a los siguientes rubros: escalafón, bono de comisariato, bono vacacional, subsidio educacional, refrigerio, gratificación de diciembre, que es distinto del aguinaldo navideño, ropa de trabajo, uniformes y equipo de protección, ayuda por fallecimiento de familiares, y bonificación por responsabilidad.- CUARTO: El artículo 75 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994, establece la vigencia de los derechos consignados en dicho contrato, en el caso de cambio de nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del comité central o de las organizaciones laborales integrantes del mismo o si se modificare el Régimen Jurídico que norma las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, añadiendo que para los años subsiguientes, los derechos adquiridos en materia económica, serán incrementados en un porcentaje equivalente al índice inflacionario. El artículo 76 establece que el Comité Central Unico de Trabajadores a Nivel Nacional es el único con competencia legal para efectos de la vigilancia y aplicación de dicho contrato y que las partes declaran que no se imputarán beneficios que sean decretados por instancias del Estado, para los trabajadores del país. Es pertinente señalar que, producido el cambio de régimen jurídico de las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, circunstancia prevista en el artículo 75 ya citado, los derechos consignados en dicho contrato colectivo, por ser adquiridos, efectivamente y por lo expresado en los considerandos precedentes, se mantienen, pero hasta la fecha de dicho cambio de régimen, esto es hasta el 14 de mayo de 1996; y, en lo relativo al incremento en un porcentaje equivalente al índice inflacionario, al tratarse éste de un mero factor de cálculo, no cuantificable, y en consideración a que el IESS ha efectuado sucesivos incrementos a los sueldos, a sus componentes y a los beneficios sociales de todos los servidores de la institución, que inclusive alcanzan valores superiores a los reclamados, conforme se desprende del oficio N° 2000121-3656 A.N. suscrito por el economista Marco Andrade Villacrés, Director de Recursos Humanos (e) de la Dirección Regional 3, que obra de fojas 3 a 4 del expediente, se concluye que, efectivamente, el Tribunal *a quo* aplicó indebidamente los

artículos mencionados.- QUINTO: El artículo 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa entonces vigente disponía: “*Prescripción de derechos.- Los derechos contemplados en esta Ley a favor del servidor público caducarán en el plazo de sesenta días, contado desde la fecha en que pudieron hacerse efectivos, salvo que tuvieran otro plazo especial para el efecto*”. Al respecto, cabe señalar que esta Sala concuerda con el Tribunal *a quo* en el sentido de que la norma antes transcrita sólo es aplicable en sede administrativa mas no en sede jurisdiccional, por lo que no existe errónea interpretación del artículo 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribe que: “*El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyan materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna*”; si conforme obra de autos, los actos administrativos impugnados fueron notificados a la accionante el 26 de noviembre del 2001 y la demanda se ha presentado el 12 de diciembre del mismo año, es evidente que no operó la caducidad; en cuya virtud la invocación del recurrente, de que se ha interpretado erróneamente el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es inadmisibile.- SEXTO: En lo concerniente a la acusación del fallo por errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil y por falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal (actuales artículos 115, 113 y 165, en el orden invocado, de la Codificación del Código de Procedimiento Civil), normas relativas a la valoración de la prueba, a la carga de la prueba y a los instrumentos públicos que hacen fe y constituyen prueba, en su orden, si bien su estimación es atributo privativo del Juez *a quo*, al haberse acusado la infracción de la ley con fundamento en la causal tercera, luego del análisis respectivo y considerando que el recurrente ha cumplido los presupuestos que la doctrina establece para la procedencia del cargo bajo esta causal: precisión del medio probatorio defectuosamente valorado, determinación de las normas procesales infringidas en relación con la prueba indebidamente valorada, estableciendo la correspondiente relación e identificación de las normas violadas por efecto de la infracción, la Sala acepta la procedencia del cargo imputado a la sentencia, por haberse configurado lo que la misma doctrina conoce como violación indirecta por transgresión de normas sustantivas. En tal virtud y sin que sea necesario considerar las demás alegaciones, esta Sala ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, atenta la facultad otorgada por el artículo 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia recurrida y rechaza la demanda presentada por María del Cielo Matamoros Vélez. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

RAZON: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy lunes dieciséis de abril del año dos mil siete a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden al Director General del IESS, en el casillero judicial No. 932, al Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Cuenca, en el casillero judicial No. 1200 y no notifiqué a María Matamoros por cuanto no ha señalado casillero judicial para el efecto.

Certifico (PG).

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en cuatro (4) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 178-07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue María del Cielo Matamoros Vélez contra el Director General del IESS, al que me remito en caso necesario.

Certifico.

Quito, a 27 de abril de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 179-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, 17 de abril de 2007; las 14h30.

VISTOS (11-2005): El doctor Julio Farfán Matute, abogado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, debidamente facultado para el efecto por el Director General de dicho instituto, conforme la ratificación de fojas 339 de los autos, interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2004, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, que, al aceptar parcialmente la demanda, declara ilegales los actos administrativos impugnados dentro del juicio incoado por el actor, Lauro Raúl López Bustamante, en contra del representante legal del instituto en mención. Concedido el recurso y por encontrarse la causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera: PRIMERO: La competencia de esta Sala para conocer y decidir este asunto quedó establecida al momento de la calificación del recurso y en la tramitación de él se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de juicios, por lo que se declara la validez procesal.- SEGUNDO: El instituto demandado, en su escrito de interposición del recurso de casación, con fundamento en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa al fallo dictado por el Tribunal *a quo*, de incurrir en las infracciones que se detallan a continuación. Respecto de la causal primera: falta de aplicación del artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos; aplicación indebida de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994; y errónea

interpretación de la Resolución 880 dictada por el Consejo Superior del IESS y de los artículos 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a la presentación de la acción y 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En relación con la causal tercera, errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, y falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal, “*que ha dado lugar a la no aplicación del Art. 1 de la ley de Remuneraciones del Servidor Público; 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; equivocada aplicación de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo y de las Resoluciones: 905 dictada por el Consejo Superior y C.I. 019, 070, 089 y 097, expedidas por la Comisión Interventora*” del mismo instituto. Y, en lo relativo a la causal quinta, afirma que en la sentencia, objeto del recurso, se adoptan disposiciones contradictorias e incompatibles, que violan la garantía constitucional prevista en el artículo 24, numeral 13, de la Constitución Política de la República y artículo 278 del Código Adjetivo Civil. Por su parte, el actor, Lauro Raúl López Bustamante, impugnó ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 2000121-3656 A.N., de 6 de septiembre del 2001, suscrito por el Director de Recursos Humanos (E) del IESS, y 3003101.755, de 11 de mayo de 2001, suscrito por el Director Regional del IESS, que niegan sus pretensiones dirigidas a que se le pague, entre otros, los siguientes rubros: 1) Incrementos al sueldo base, 2) Diferencia en los valores no pagados de la bonificación por responsabilidad, 3) Reliquidación de los décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto sueldos, 4) El valor de la diferencia del pago de vacaciones y bono vacacional, 5) El valor de la diferencia existente en las gratificaciones, en los rubros no pagados, 6) Diferencia de la bonificación por tiempo de servicios, 7) El valor de la diferencia existente en el subsidio de antigüedad, 8) Diferencia en los valores no pagados por bonificación complementaria, 9) Diferencia en los valores no pagados por costo de vida, 10) Reliquidación de la diferencia del pago de cesantía y fondos de reserva, 11) Reliquidación en la diferencia del aporte patronal, 12) Pago del índice inflacionario y bonificación por rendimiento individual, 13) Reliquidación del aguinaldo navideño, comisariato y ropa de trabajo, 14) Reliquidación de la bonificación por años de servicio, subsidio familiar, subsidio de alimentación, transporte y bono educacional, 15) Retroactivo por resoluciones del CONADES y del CONAREM; y, 16) Retroactivo por la aplicación de la Resolución N° 880, de las resoluciones o disposiciones que se hayan emitido a favor de los servidores públicos, así como de los actuales derechos económicos y sociales de la contratación colectiva del IESS, Código del Trabajo, decretos ejecutivos, etc.; rubros que la demandada afirma no tener pendientes de pago.- TERCERO: Expuesto el asunto, procede el análisis correspondiente. El artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, cuya falta de aplicación acusa el recurrente, establece el régimen nacional de remuneraciones, y dice que es el sistema de pago de los servidores públicos que ocupen puestos del Servicio Civil Ecuatoriano, de conformidad con lo que dispone la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; aquella norma legal guarda relación con la Resolución 879 expedida por el Consejo Superior del IESS, el 14 de mayo de 1996, que determina que “*Las relaciones entre el IESS y sus servidores se regulan por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, con excepción de los obreros que están amparados por el Código del Trabajo, de acuerdo*

con el artículo 31, inciso tercero del literal g) de la Norma Suprema.”. Complementariamente, el Consejo Superior del IESS, en la misma fecha, expidió la Resolución 880, que dispone que “*Los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, adquiridos por los trabajadores del IESS, incluida la jubilación patronal, se mantienen en beneficio de todos los actuales servidores del Instituto que cumplan los requisitos establecidos por la Ley. Los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que ingresaren a la institución a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, no están amparados por este último beneficio.*”. Sobre la base de estas resoluciones y a fin de implementar los nuevos regímenes laborales que empezaron a regir al interior de la institución a partir del 14 de mayo de 1996, el Consejo Superior del IESS, mediante Resolución N° 882, de 11 de junio del mismo año, realiza una clasificación por series, de los cargos subordinados al Código del Trabajo; y, con Resolución N° 019, de 19 de febrero de 1999, para adecuar el sistema remunerativo de todos sus servidores, bajo los criterios de racionalidad y equidad, establece una clasificación por grupos ocupacionales, según los niveles de escolaridad y un ajuste salarial con rangos mínimo y máximo para cada categoría de los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, inclusive de los profesionales sujetos a la Ley de Escalafón para Médicos. En virtud de estas resoluciones, el actor, Lauro Raúl López Bustamante, Servidor de la Dirección Regional 3 del IESS., al haber ingresado a la institución demandada el 3 de abril de 1996, quedó sometido al régimen de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y, en consecuencia, al sistema remunerativo de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Es incuestionable que la Resolución 880, ya referida, reconoce a los servidores del IESS y en el caso, a el actor antes nombrado, los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, incluida la jubilación patronal, pero, exclusivamente, hasta el 14 de mayo de 1996, fecha en que los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y los sujetos al Código del Trabajo, pasan a gozar de los beneficios correspondientes a cada régimen; pues, es inadmisibles, legal y moralmente, que el grupo sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa pretenda seguir disfrutando tanto de los derechos económicos que por ley les correspondían según su régimen, como los que se deriven de pactos colectivos celebrados al interior de la entidad con el grupo amparado por el Código del Trabajo; tan es así que el artículo 2 de la misma Resolución 880 prescribe que “*La Contratación Colectiva se celebrará con los trabajadores sujetos al Código del Trabajo*”. Interpretar de otro modo tal resolución, haciendo perennes los beneficios para unos y limitados para otros al interior de una misma entidad, es discriminatorio y, por lo mismo, violatorio de elementales principios constitucionales. En el mismo propósito de adecuar legal y técnicamente los nuevos regímenes de relación laboral entre el IESS y sus servidores, imperantes a partir del 14 de mayo de 1996, esta institución, conforme obra de autos, desde esa misma fecha y todos los años sucesivos, según se desprende del estudio de la normativa institucional en lo que a este aspecto se refiere, mediante resoluciones Nos. 061, 062, 070, 071, 089, 092, 097, 131, 132, 134 y 142, y en acatamiento de las emitidas por el CONAREM, ha efectuado alzas salariales a todos sus servidores, incrementando sus remuneraciones en la escala de sueldos básicos y sus componentes y, además, en los beneficios sociales, que corresponden, entre otros, a los

siguientes rubros: escalafón, bono de comisariato, bono vacacional, subsidio educacional, refrigerio, gratificación de diciembre, que es distinto del aguinaldo navideño, ropa de trabajo, uniformes y equipo de protección, ayuda por fallecimiento de familiares, y bonificación por responsabilidad.- CUARTO: El artículo 75 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994, establece la vigencia de los derechos consignados en dicho contrato, en el caso de cambio de nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del Comité Central o de las organizaciones laborales integrantes del mismo o si se modificare el régimen jurídico que norma las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, añadiendo que para los años subsiguientes, los derechos adquiridos en materia económica, serán incrementados en un porcentaje equivalente al índice inflacionario. El artículo 76 establece que el Comité Central Unico de Trabajadores a Nivel Nacional es el único con competencia legal para efectos de la vigilancia y aplicación de dicho contrato y que las partes declaran que no se imputarán beneficios que sean decretados por instancias del Estado, para los trabajadores del país. Es pertinente señalar que, producido el cambio de régimen jurídico de las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, circunstancia prevista en el artículo 75 ya citado, los derechos consignados en dicho contrato colectivo, por ser adquiridos, efectivamente y por lo expresado en los considerandos precedentes, se mantienen, pero hasta la fecha de dicho cambio de régimen, esto es hasta el 14 de mayo de 1996; y, en lo relativo al incremento en un porcentaje equivalente al índice inflacionario, al tratarse éste de un mero factor de cálculo, no cuantificable, y en consideración a que el IESS ha efectuado sucesivos incrementos a los sueldos, a sus componentes y a los beneficios sociales de todos los servidores de la institución, que inclusive alcanzan valores superiores a los reclamados, conforme se desprende del oficio N° 2000121-3656 A.N., suscrito por el Director de Recursos Humanos (E) de la Dirección Regional 3, que obra de fojas 3 a 4 del expediente, se concluye que, efectivamente, el Tribunal *a quo* aplicó indebidamente los artículos mencionados.- QUINTO: El artículo 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa entonces vigente disponía: “*Prescripción de derechos.- Los derechos contemplados en esta Ley a favor del servidor público caducarán en el plazo de sesenta días, contado desde la fecha en que pudieron hacerse efectivos, salvo que tuvieren otro plazo especial para el efecto*”. Al respecto, cabe señalar que esta Sala concuerda con el Tribunal *a quo* en el sentido de que la norma antes transcrita sólo es aplicable en sede administrativa mas no en sede jurisdiccional, por lo que no existe errónea interpretación del artículo 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribe que: “*El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyan materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna*”; si conforme obra de autos, los actos administrativos impugnados fueron notificados al accionante el 5 de noviembre del 2001 y la demanda se ha presentado el 21 de diciembre del mismo año, es evidente que no operó la caducidad; en cuya virtud la invocación del recurrente, de que se ha interpretado erróneamente el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es inadmisibles.- SEXTO: En lo

concerniente a la acusación del fallo por errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil y por falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal (actuales artículos 115, 113 y 165, en el orden invocado, de la Codificación del Código de Procedimiento Civil), normas relativas a la valoración de la prueba, a la carga de la prueba y a los instrumentos públicos que hacen fe y constituyen prueba, en su orden, si bien su estimación es atributo privativo del Juez *a quo*, al haberse acusado la infracción de la ley con fundamento en la causal tercera, luego del análisis respectivo y considerando que el recurrente ha cumplido los presupuestos que la doctrina establece para la procedencia del cargo bajo esta causal: precisión del medio probatorio defectuosamente valorado, determinación de las normas procesales infringidas en relación con la prueba indebidamente valorada, estableciendo la correspondiente relación e identificación de las normas violadas por efecto de la infracción, la Sala acepta la procedencia del cargo imputado a la sentencia, por haberse configurado lo que la misma doctrina conoce como violación indirecta por transgresión de normas sustantivas. En tal virtud y sin que sea necesario considerar las demás alegaciones, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, atenta la facultad otorgada por el artículo 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia recurrida y rechaza la demanda presentada por Lauro Raúl López Bustamante. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

RAZON: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy martes diecisiete de abril del año dos mil siete a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden al Director General del IESS, en el casillero judicial No. 932; al Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Cuenca, en el casillero judicial No. 1200 y no notifiqué al Dr. Lauro Raúl López Bustamante por cuanto no ha señalado casillero judicial para el efecto.

Certifico (PG).

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en cuatro (4) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 179/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Lauro Raúl López Bustamante con el Director General del IESS, al que me remito en caso necesario. Certifico.- Quito, a 4 de mayo de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 180-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, a 17 de abril de 2007; las 10h00.

VISTOS (86-2004): El doctor Luis Salazar Becker, en su calidad de Director encargado de la Delegación Distrital del Guayas de la Procuraduría General del Estado, interpone recurso de casación respecto de la sentencia expedida el 15 de septiembre de 2003 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, la cual acoge parcialmente la demanda propuesta por José Octavio Zambrano Vera en contra del Instituto Forestal de Areas Naturales y Vida Silvestre. -INEFAN- El recurrente fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y sostiene que en la sentencia se registra falta de aplicación del artículo 60 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que se relaciona con el artículo 285 del Código Penal. Al haberse admitido el recurso, la Sala con su actual conformación avoca conocimiento y por encontrarse la causa en estado de resolver para hacerlo considera: PRIMERO: La Sala es competente para conocer y resolver este recurso, en virtud de lo que disponen el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación.- SEGUNDO: En la tramitación del recurso se han observado todas las solemnidades inherentes a él, por lo que se declara su validez procesal.- TERCERO: La alegación de falta de aplicación en la sentencia objeto del recurso, del artículo 60 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa vigente a la época de ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la demanda, y que en lo pertinente decía: *"Prohibiciones a los servidores Públicos.- Prohíbese a los servidores públicos... K) solicitar regalos o contribuciones para sus superiores o recibirlas de sus subalternos"*, no es aceptable, por cuanto dicha disposición podría haber sido aplicable, en la presente causa, en circunstancias comunes y corrientes del proceso, es decir, si no hubiera operado la caducidad del derecho de la autoridad para imponer sanciones disciplinarias, conforme disponía el artículo 126 inciso segundo de la ley ibídem. En el fallo, el Juez *a quo*, con la debida lógica y pertinencia, fundamenta su resolución en lo que en ese momento disponía el indicado inciso segundo del artículo 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa: *"Igualmente prescribirán en el plazo de sesenta días la acción de la autoridad para imponer las sanciones disciplinarias que contempla esta Ley, y las sanciones impuestas en cada caso."*; además, la sentencia señala que esta norma, *"marca como plazo fatal para que opere lo que la ley denomina prescripción de la acción"*. Consta del proceso que al Director Administrativo y Financiero del INEFAN, el 3 de febrero de 1995, el Jefe de la Oficina Técnica de Quevedo del INEFAN le dirige el oficio No. 0038 INEFAN SQ, por el cual le comunica la denuncia presentada contra José Octavio Zambrano Vera y que, con fecha 13 de ese mismo mes, el indicado Director dispone la conformación de una comisión para que investigue lo denunciado, es decir que la autoridad tuvo conocimiento del hecho denunciado, hasta el 13 de febrero de 1995, y desde esa fecha hasta el 2 de junio de 1995,

cuando se emite la respectiva acción de personal, transcurrieron mucho más de los sesenta días señalados en el citado artículo 126, produciéndose la caducidad anotada, por la negligencia de la autoridad, que lamentablemente, ya no le permitía sancionar al actor por tan reprochable conducta.- CUARTO: No procede que la relación del artículo 60 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa con el artículo 285 del Código Penal sea analizada por esta Sala. Por las consideraciones expuestas, que se contraen a lo que ha sido materia del presente recurso, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso interpuesto, Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

RAZON: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy martes diecisiete de abril del año dos mil siete a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden a José Zambrano Vera en el casillero judicial No. 3038; al Ministerio del Ambiente en el casillero judicial No. 647 y al Procurador General del Estado en el casillero judicial No. 1200.- Certifico (PG).

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en tres (3) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 180/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue José Zambrano Vera contra el Ministerio del Ambiente, al que me remito en caso necesario. Certifico.- Quito, a 2 de mayo de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 181-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, a 18 de abril de 2007; las 10h30.

VISTOS (230-2004): El recurso de casación que consta a fojas 2038 a 2040 del proceso, interpuesto por el señor Juan Bosco Copiano Rodríguez, por sus propios derechos,

respecto de la sentencia expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 4, de 9 de febrero de 2004, a las 09h00, dentro del proceso propuesto por el recurrente contra la Contraloría General del Estado; sentencia en la que se “*declara que no ha lugar a la demanda*”.- El recurrente fundamentó su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 28 de la Ley de Modernización del Estado, 335 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y 20 de la Constitución Política.- Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, con su actual conformación, avoca conocimiento de aquél y para resolver considera: PRIMERO: La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interponen contra las sentencias o autos de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación en vigencia.- SEGUNDO: Se ha agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad alguna que declarar.- TERCERO: El recurrente ha invocado la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, sin alegar norma procesal alguna que estime infringida. Esta Corte ha señalado, en múltiples ocasiones, que la valoración de la prueba es una atribución de los tribunales distritales y que la Sala está facultada únicamente para controlar que esta tarea del Tribunal *a quo* se haya efectuado sin contravenir el ordenamiento jurídico. Por tal razón, para que prospere un recurso fundado en la causal tercera es imprescindible que el recurrente identifique la prueba o pruebas respecto de las cuales el Tribunal Distrital ha infringido el ordenamiento jurídico; establezca la norma o normas de tasación o procesales que estima infringidas; demuestre razonadamente la manera en que el Tribunal ha incurrido en la infracción; señale la norma o normas de derecho sustancial que por efecto de la violación de orden procesal han dejado de ser aplicadas o han sido aplicadas defectuosamente; y, la manera en que esto último se ha producido.- El recurrente señala, sin precisión de ninguna especie, lo siguiente: “*Mis fundamentos de derecho expuestos en la demanda, los he probado de manera fehaciente con las pruebas documentales que constan dentro del proceso, no así la entidad demandada que no justificó ninguna de sus excepciones planteadas, por lo que considero que al momento de dictar la sentencia, existió falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que condujeron a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia recurrida, tal como a continuación lo paso a demostrar...*” (fs. 2038, vuelta). Inmediatamente, el recurrente se refiere a la normas de derecho sustantivo, sin que se encuentren acreditados los requisitos de procedencia de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Por lo manifestado, esta Sala no puede acoger la acusación que el recurrente hace del fallo; y, por las consideraciones vertidas, que se contraen a lo que ha sido materia del presente recurso, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso de casación interpuesto por el señor Juan Bosco Copiano Rodríguez.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

RAZON: En esta fecha, a partir de las diecisiete horas, notifiqué con la nota de relación y sentencia anteriores, a Juan Copiano Rodríguez, en el casillero judicial No. 1584; al señor Contralor General del Estado, en el casillero judicial No. 940; y Director Distrital de la Procuraduría General del Estado en Manabí, en el casillero judicial No. 1200.- Quito, a 18 de abril del 2007.

f.) La Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en dos (2) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 181/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Juan Bosco Copiano Rodríguez contra la Contraloría General del Estado, al que me remito en caso necesario.

Certifico.- Quito, a 26 de abril de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 182-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, 18 de abril del 2007; las 15h00.

VISTOS (430-04): El doctor Freddy Sánchez Cajas, de profesión médico, interpuso recurso de casación respecto de la sentencia expedida, el 12 de febrero del 2004, por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, en el juicio que siguió dicho doctor Sánchez Cajas contra el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en razón de que se le declaró cesante en su cargo de Subdirector Nacional del Seguro Social Campesino.- En la mencionada sentencia, se acepta parcialmente la demanda; se declaran ilegales los actos administrativos objetados; y se ordena que la institución demandada restituya al actor al cargo que ejercía en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad.- El doctor Freddy Sánchez Cajas fundó su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y sostiene que en la sentencia se registra falta de aplicación de los artículos: 59, letra b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 129 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, según el texto vigente a la época de la presentación de la demanda, y 1724 y 1731 del Código Civil.- La Sala de lo Contencioso Administrativo, con la integración que tenía al 20 de julio del 2004, admitió el recurso de casación interpuesto por el doctor Freddy Sánchez Cajas.- De otro lado, a nombre del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, su Director, presentó, también, recurso de casación respecto de la misma sentencia. Manifestaba fundamentar su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y aludió, al

mismo tiempo a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho. Se refirió expresamente a las que consideraba: errónea interpretación del artículo 90 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; y la falta de aplicación de los incisos segundo y tercero del artículo 42 del Estatuto Codificado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. No determinó de manera clara y específica el modo de infracción de las normas referidas.- Por ello, la Sala no admitió tal recurso.- Por encontrarse el proceso en estado de dictar sentencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, con su actual conformación, para resolver, considera: PRIMERO: Con oportunidad de la calificación de la procedencia del recurso, la Sala de lo Contencioso Administrativo, con la integración que entonces tenía, admitió la competencia de la Sala para conocerlo y resolverlo, precedente procesal que no ha variado.- SEGUNDO: En la tramitación del recurso se han observado las solemnidades inherentes a él, por lo que se declara su validez, en los términos mencionados en las consideraciones iniciales.- TERCERO: Es axiomático, por la naturaleza y efectos del recurso de casación, que él es de estricto rigor legal, pues, atañe al control de la legalidad del fallo. En consecuencia, para el pronunciamiento que corresponde a la Sala, han de atenderse dos aspectos fundamentales, que circunscriben el ámbito de la resolución judicial en la casación: la sentencia, y el contenido del recurso respectivo, en el cual han de puntualizarse inequívocamente el o los vicios atribuidos al fallo impugnado.- CUARTO: Es indispensable tomar en cuenta que el recurso de casación tiene por objeto esencial defender la legalidad, la correcta aplicación de las normas jurídicas, la integridad del sistema jurídico, aún en el supuesto de que declinen hacerlo los particulares que acuden al Tribunal de Casación, por lo cual, como la doctrina lo pone de manifiesto en forma reiterada, no sería admisible un desistimiento de tal recurso.- Cabe tener presente, además, que los artículos 1725 y 1731 del Código Civil, según la numeración vigente a la época de presentación de la demanda y que corresponden a los actuales 1698 y 1704, de cuya infracción el doctor Freddy Sánchez Cajas acusa a la sentencia del Tribunal *a quo*, no resultan aplicables para las situaciones materia del proceso, pues, se refieren, el primero de ellos, a la nulidad de los contratos o de los actos en general, y no de aquéllos regidos por leyes y normas jurídicas especiales, y el segundo a la retroactividad de las sentencias que declaran la nulidad de uno de esos contratos o de esos actos.- Por lo dicho, esas disposiciones legales de carácter general no afectan al alcance de las normas específicas de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, ni a las de la Ley de Seguro Social Obligatorio o a las del Estatuto Codificado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social que se invocaron para que la autoridad competente de éste declarara cesante al señor doctor Freddy Sánchez Cajas.- QUINTO: De conformidad con el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: "*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...*".- La pretensión del actor se fundamenta, a criterio de la Sala, en una confusión de él, consistente en pretender equiparar la declaración de ilegalidad de un acto administrativo con la de nulidad. Conforme ha señalado esta Sala, en numerosas ocasiones, la ilegalidad es el género, en tanto que la nulidad es la especie, en tratándose de un recurso subjetivo, como es el propuesto

por el recurrente.- Siempre que se viola un derecho subjetivo del recurrente o se emite un acto administrativo sin cumplir los requisitos esenciales para su emisión, se está ante un acto ilegal; mas tal acto ilegal es nulo únicamente cuando se encuentra en uno de los casos determinados en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, cuando lo ha emitido una autoridad carente de competencia para dictarlo o cuando no han precedido para su emisión los requisitos y condiciones señalados por la ley correspondiente; o sea cuando, conforme a la doctrina, no se han cumplido los elementos esenciales del acto administrativo. El acto ilegal evidentemente existió, solo que no es eficaz, en tanto que al acto nulo se lo reputa inexistente. En aplicación de este principio, los efectos de la ilegalidad y de la nulidad son totalmente diferentes: cuando el acto es nulo el considerar, en derecho, que éste no existió, trae como consecuencia, en casos como el presente, la necesidad de otorgar al afectado por aquel acto nulo todos los valores que, por remuneraciones, debía recibir el afectado durante el lapso en que permaneció extrañado de sus funciones de resultados de un acto inexistente; en tanto que en el caso de la ilegalidad, al existir el acto, aunque con incapacidad de producir efectos, por su ilegalidad, no hay lugar al pago de tales remuneraciones, sino únicamente en el supuesto en que se trate de un servidor de carrera debidamente certificado, conforme disponía la ley respectiva, vigente a la época.- Vistas las normas analizadas en el considerando precedente, y sin necesidad de otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación deducido por el señor doctor Freddy Sánchez Cajas.- Sin costa.- Notifíquese.- Publíquese.- Devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, el día de hoy miércoles dieciocho de abril del dos mil siete, a partir de las dieciséis horas, notifiqué mediante boletas la nota en relación y sentencia que anteceden, al Dr. Fredy Sánchez Cajas, en el casillero judicial No. 4273, a los demandados, por los derechos que representan, Ministro de Bienestar Social, en el casillero judicial No. 1173 y al Director General del IESS, en el casillero judicial No. 932.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en tres (3) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 182-07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Fredy Sánchez Cajas contra el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, al que me remito en caso necesario. Certifico.- Quito, a 15 de mayo de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 183-2007

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, a 20 de abril del 2007; 14h30.

VISTOS (361-2004): Comparecen, de un lado, Gregorio Neptalí Amador Contreras, y, de otro, el ingeniero Jorge Enrique Madera Castillo, en su calidad de Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y, por ende, su representante legal, e interponen recursos de casación respecto de la sentencia expedida, el 06 de febrero de 2004, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, en el juicio que siguió el primero en contra del IESS. Sentencia que acepta parcialmente la demanda y dispone la reliquidación de los rubros de “comisariato e incremento al sueldo base de acuerdo a las resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público”. Concedido el recurso y por encontrarse la causa en estado de resolver, la Sala, con su actual conformación considera: PRIMERO: La competencia de esta Sala para conocer y decidir este asunto quedó establecida al momento de la calificación del recurso y en su tramitación se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de juicios, por lo que se declara la validez procesal.- SEGUNDO: El actor, en su escrito de interposición del recurso de casación, con fundamento en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, sostiene que en la sentencia objeto del recurso el Tribunal *a quo* incurrió en la infracción de los numerales: 3, 4, 5 y 6 del artículo 35 de la Constitución Política de la República del Ecuador; de la Resolución 880 expedida por el Consejo Superior del IESS el 14 de mayo de 1996; de los artículos: 119, 168, 169 y 278 del Código de Procedimiento Civil, que inciden en la aplicación de los preceptos jurídicos que se consideran para la valoración de las pruebas.- De su lado, el representante legal del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social funda su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, pues, estima que en el fallo del Tribunal *a quo* existe falta de aplicación de los artículos: 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 54 de la Ley para la Reformas de las Finanzas Públicas, promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 181, de 30 de abril de 1999; 101, 119 del Código de Procedimiento Civil y la Resolución N° 17 del Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público CONAREM, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 139, de 11 de agosto de 2000.- TERCERO: Antes de entrar a considerar los aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito, corresponde analizar la alegada falta de aplicación del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Según obra de autos, el acto administrativo que se impugna es el que consta en el oficio No. 02320-3940, suscrito por el Director General del IESS (E), el 27 de octubre de 2000 y la

demanda fue presentada el 26 de enero de 2001; es decir, dentro del término establecido en dicho artículo; por tal razón, no se admite la alegación del instituto demandando.- CUARTO: Para establecer si en la sentencia objeto del recurso se registra la inobservancia de normas legales alegadas por los recurrentes, es adecuado efectuar el pertinente análisis del caso: 1) El actor, Gregorio Neptalí Amador prestó sus servicios en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como Profesional 3, hasta la fecha en que recibió la notificación de supresión de su cargo el 27 de octubre de 2000; 2) La Resolución 879, expedida por el Consejo Superior del IESS, el 14 de mayo de 1996, determina que: “Las relaciones entre el IESS y sus servidores se regulan por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, con excepción de los obreros que están amparados por el Código del Trabajo, de acuerdo con el artículo 31, inciso tercero del literal g) de la Norma Suprema.”. Complementariamente, el Consejo Superior del IESS, en la misma fecha, expidió la Resolución 880, que dispone que: “Los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, adquiridos por los trabajadores del IESS, incluida la jubilación patronal, se mantienen en beneficio de todos los actuales servidores del Instituto que cumplan los requisitos establecidos por la Ley. Los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que ingresaren a la institución a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, no están amparados por este último beneficio.”. 3) Sobre la base de estas resoluciones y a fin de implementar los nuevos regímenes laborales que empezaron a regir al interior de la institución a partir del 14 de mayo de 1996, el Consejo Superior del IESS, mediante Resolución N° 882, de 11 de junio del mismo año, realiza una clasificación, por series, de los cargos subordinados al Código del Trabajo; y, con Resolución N° 019, de 19 de febrero de 1999, para adecuar el sistema remunerativo de todos sus servidores, bajo los criterios de racionalidad y equidad, establece una clasificación por grupos ocupacionales, según los niveles de escolaridad y un ajuste salarial con rangos mínimo y máximo para cada categoría de los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. 4) En virtud de las resoluciones antes indicadas, el actor, como ya se había anotado, quedó sometido al régimen de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y, en consecuencia, al sistema de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Es incuestionable que la Resolución 880, ya referida, reconoce a los servidores del IESS, los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, incluida la jubilación patronal; pero, exclusivamente, hasta el 14 de mayo de 1996, fecha en la que los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y los sujetos al Código del Trabajo pasan a gozar de los beneficios correspondientes a cada régimen; pues, es inadmisibles, legal y moralmente, que el grupo sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa pretendiera seguir gozando tanto de los derechos económicos que por ley les corresponden según su régimen, como los que se deriven de pactos colectivos celebrados al interior de la entidad con el grupo amparado por el Código del Trabajo; tanto es así que el artículo 2 de la misma Resolución 880 prescribe que “La Contratación Colectiva se celebrará con los trabajadores sujetos al Código del Trabajo”. Interpretar de otro modo tal resolución, haciendo perennes los beneficios para unos y limitados para otros al interior de una misma entidad, es discriminatorio y, por lo mismo, violatorio de elementales principios constitucionales. En tal virtud, esta Sala estima que la acusación por parte del actor

de la infracción de la Resolución 880 es inadmisibles. Como se dijo antes, el recurrente, en razón del cargo que desempeñaba, estuvo sometido a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y no tenía el status de obrero o trabajador, y la invocación de la intangibilidad de sus derechos, se limita al 14 de mayo de 1996, fecha de expedición de la Resolución 880. Estos mismos criterios han sido expuestos por la Sala, entre otras, en las resoluciones: 92-2006, juicio N° 321-2003, Calle Delgado e. IESS; 98-2006, juicio N° 325-2003 Rodas Alvarez c. IESS; 104-2006, juicio N° 323-2003, Moreno Briones c. IESS; 117-2006, juicio N° 324-2003, Carpio Jaramillo c. IESS; y, 223-2006, juicio N° 443-2004, Gustavo Duque c. IESS; juicios que han tenido similares fundamentos y pretensiones.- QUINTO: En cumplimiento de las reformas constitucionales publicadas en el Registro Oficial No. 863 de 16 de enero de 1996, entre las cuales, en la Sección VII, se sustituye el literal g) del Art. 31 de la Carta Política del Estado, que en su parte pertinente establecía: “*Cuando el sector público ejerza actividades que no pueda delegar a los otros sectores de la economía, ni estos puedan asumir, las relaciones con sus servidores se regularán por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, con excepción de las relaciones con los obreros que estarán amparados por el Código de Trabajo*”, fueron expedidas las resoluciones No. 879 y 880, el 14 de mayo de 1996, cuyo contenido y efectos se analizó en el considerando precedente. El indicado mandato constitucional actualmente consta en el inciso tercero del numeral 9 del Art. 35 de la Constitución Política del Estado vigente a la fecha de supresión del cargo del actor; por cuanto el Tribunal *a quo* en su sentencia ordena que el IESS pague al actor las diferencias salariales del sueldo base de acuerdo con las resoluciones expedidas por el CONAREM y el bono de comisariato, la Sala considera que el fallo recurrido incurrió en la alegada infracción. En este orden de cosas, la Sala considera que la alegación del actor en cuanto a la falta de aplicación de los numerales: 3, 4, 5 y 6 del artículo 35 de la Constitución Política de la República del Ecuador es improcedente al presente caso. Así mismo, en lo concerniente a la acusación que el actor formula al fallo por errónea de interpretación de los artículos 119, 168 y 169 del Código de Procedimiento Civil, normas relativas a la valoración de la prueba, luego del análisis realizado, es evidente que la invocación de los mencionados artículos del Código Adjetivo Civil también es improcedente al caso.- SEXTO: El demandado, con fundamento en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, ha acusado también la: “*falta de aplicación de los preceptos jurídicos que sobre la valoración de la prueba establece el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil*”, omisión que ha llevado al Tribunal *a quo* a la falta de aplicación de las normas constitucionales antes analizadas, a la infracción de la Resolución 017 del Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público, y a ordenar que el IESS “*efectúe una reliquidación de los rubros ‘sueldo base’ y ‘comisariato’, de acuerdo con las Resoluciones expedidas por el CONAREM en agosto de 1999 a mayo de 2000*”. Al respecto la Sala considera que con el propósito de adecuar legal y técnicamente los nuevos regímenes de relación laboral entre el IESS y sus servidores, imperantes a partir del 14 de mayo de 1996, esta institución, conforme obra de autos, desde esa misma fecha y todos los años sucesivos, según se desprende del estudio de la normativa institucional en lo que a este aspecto se refiere, mediante resoluciones Nos. 019, 061, 062, 070, 071, 089, 092, 097, 131, 132, 134 y 142, y en acatamiento de las emitidas por el CONAREM, ha efectuado alzas salariales a

todos sus servidores, incrementando sus remuneraciones en la escala de sueldos básicos y sus componentes y, además, en los beneficios sociales, que corresponden, entre otros, a los siguientes rubros: escalafón, bono de comisariato, bono vacacional, subsidio educacional, refrigerio, gratificación de diciembre, que es distinta del aguinaldo navideño, ropa de trabajo, uniformes y equipo de protección, ayuda por fallecimiento de familiares, y bonificación por responsabilidad.- En el presente caso, consta en el expediente administrativo del actor, adjuntado al proceso, la ficha individual del empleado archivada por el Departamento de Recursos Humanos del instituto, en la cual se anotan las sucesivas reliquidaciones a favor del funcionario efectuadas en el año 2000 por los valores adeudados, de conformidad con las resoluciones Nos. 019, 071, 080 y 089. Concretamente, el 28 de septiembre de 2000, se registra la reliquidación de varios valores entre ellos, los correspondientes al bono de comisariato y al incremento salarial ordenado por el CONAREM, compensaciones reconocidas mediante la Resolución N° C.I. 089 por la cual se realizó la Revisión de Remuneraciones y otros Beneficios de los Servidores y Trabajadores del IESS, con vigencia a partir del 01 de septiembre de 2000; por lo tanto, la resolución del Tribunal *a quo* que reconoce el pago de los conceptos antes detallados, está errada, pues, como hemos visto, esos valores fueron efectivamente reliquidados por el IESS. Al haberse argumentado la infracción de la ley con fundamento en esta causal y luego del análisis respectivo y considerando que el instituto recurrente, al invocarla, ha cumplido los presupuestos que la doctrina establece para la procedencia del cargo bajo esta causal: precisión del medio probatorio defectuosamente valorado, que en el presente caso es esencialmente documental, determinación de las normas infringidas en relación con la prueba indebidamente valorada, estableciendo la correspondiente relación e identificación de las normas violadas por efecto de la infracción, la Sala acepta la procedencia del cargo imputado a la sentencia, por haberse configurado lo que la misma doctrina conoce como violación indirecta por transgresión de normas sustantivas, que permiten a la Sala casar la sentencia. En tal virtud y sin que sea necesario considerar las demás alegaciones formuladas por las partes, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, atenta la facultad otorgada por el artículo 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia materia del recurso y rechaza la demanda presentada por Gregorio Amador Contreras.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

En Quito, hoy día viernes veinte de abril de dos mil siete, a partir de la diecisiete horas, notifiqué, mediante boletas, la nota en relación y sentencia que anteceden, al actor, señor Gregorio Neptalí Amador Contreras, por sus derechos, en el casillero judicial No. 1304 y al demandado, por los derechos que representa, señor Director General del IESS, en el casillero judicial No. 588. No se notifica al demandado, señor Procurador General del Estado, por cuanto de autos no consta que haya señalado domicilio para efectos de este recurso.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal, que las fotocopias de la sentencia que en cuatro fojas útiles anteceden, son iguales a su original. Certifico.- Quito, 26 de abril de 2007.

f.) Secretaria Relatora.

No. 184-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, a 20 de abril de 2007; las 15h00.

VISTOS (292-2004): Víctor Manuel Suárez Guevara interpone recurso de casación respecto de la sentencia de 15 de julio de 2004 expedida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, dentro del juicio que sigue el recurrente contra el Ministro de Economía y Finanzas, el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana y el Procurador General del Estado.- El recurso de casación se fundamenta en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y aduce que en la sentencia objeto del recurso se registra la falta de aplicación de los artículos: 20 y 35 de la Constitución Política de la República; 3, inciso tercero, y 65, inciso segundo, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 71, letra d) de la Ley de Presupuesto del Sector Público; Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica de Aduanas, contenida en el Decreto Ley No. 004, de 09 de marzo de 1994; artículos 49, 50 y 53 del Reglamento Orgánico de Administración de Personal del Servicio de Vigilancia Aduanera, expedido por el Ministerio de Finanzas y Crédito Público, mediante Acuerdo No. 914, publicado en el Registro Oficial No. 609, de 11 de enero de 1995.- Concedido el recurso y al haberse elevado el proceso a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala, con su actual conformación, avoca conocimiento de la causa y, para resolver, formula las siguientes consideraciones: PRIMERO: La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interponen contra las sentencias o autos de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación en vigencia.- SEGUNDO: Se ha agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad alguna que declarar.- TERCERO: el actor acude a la vía judicial e impugna: el Acuerdo No. 005 emitido por la Subsecretaria Nacional de Aduanas, vigente en ese entonces, acto administrativo que sirvió de base para la expedición de la Orden General No. 997003-DSVA-1, de 1 de abril de 1997, por el que se dispuso el cese de sus funciones como Director de Servicio de Vigilancia Aduanera.- TERCERO: Es imperativo para el Juez de instancia, dentro del régimen contencioso administrativo, examinar la clase de recursos

que contiene la demanda: subjetivo o de plena jurisdicción; y de anulación u objetivo, para la calificación respectiva, pues tales recursos, son, en esencia y fines, diferentes entre sí. En efecto, según la ley, la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, el recurso de anulación u objetivo es admisible cuando la norma jurídica objetiva ha sido transgredida por el acto administrativo denunciado, si éste es de carácter impersonal y objetivo de efecto erga omnes y no Intergeneral. Partes, a fin de defender el derecho objetivo; esto es, el imperio de la norma positiva, preservar su vigencia y la seguridad jurídica. Este recurso, a diferencia del de plena jurisdicción o subjetivo, no atiende al interés personal o particular de la o las personas que hubieran o pudieran haber sido afectadas o perjudicadas con el acto administrativo.- CUARTO: En el caso *sub júdice*, el recurso interpuesto por el recurrente mira al interés particular, tendiente al restablecimiento de un derecho presuntamente desconocido o no reconocido al actor por dicho acto administrativo, que afecta a sus intereses personales y económicos; en tal virtud, el Tribunal *a quo* calificó, en sentencia, al recurso como subjetivo o de plena jurisdicción, en orden a la atribución reconocida en la resolución expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuando tenía jurisdicción nacional, y que fue publicada en el Registro Oficial número 722, de 9 de julio de 1991. No obstante, correspondía a dicho Tribunal, en estricto deber jurídico, en virtud del tiempo transcurrido desde la expedición y notificación del acto administrativo impugnado (1 de abril de 1997) hasta la presentación de la demanda, el 18 de agosto de 2000, declarar, con aplicación de lo preceptuado en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la caducidad del ejercicio de la acción deducida, teniendo como fundamento que la caducidad *per se* es diferente de la prescripción, pues, aquélla es de carácter objetivo y no acepta situaciones personales que justifiquen la inacción dentro del lapso legal prefijado, mientras que la prescripción es de índole subjetiva. Asimismo, la caducidad opera *ipso jure* y se declarable de oficio; en tanto que la prescripción debe ser alegada e invocada a su favor por quien quiere aprovecharse de ella. Así se ha pronunciado la Sala en numerosas causas, (entre otras, las resoluciones No. 105-2006, de 10 de abril de 2006, en el caso No. 144-2003, *Lalley Parker c. IEES*; y, No. 145-2006, de 9 mayo de 2006, en el caso No. 384-2003, *Pérez Camacho c. Fondo de Solidaridad*) criterio que es vinculante para los tribunales de instancia. En consecuencia, declarada la caducidad, al juzgador le está vedado entrar a considerar otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito. Por las razones legales y procesales antedichas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto por Víctor Manuel Suárez Guevara.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, el día de hoy viernes veinte de abril del dos mil siete, a partir de las dieciséis horas, notifiqué mediante

boletas la nota en relación y sentencia que anteceden, al actor Víctor Suárez Guevara, en el casillero judicial No. 1690 y a los demandados, por los derechos que representan, Ministro de Economía y Finanzas, al Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana y al Procurador General del Estado, en los casilleros judiciales Nos. 1735, 2253 y 1200.- Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

AUTO DE AMPLIACION

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 4 de mayo de 2007; las 09h00.

VISTOS (292-04): Víctor Manuel Suárez Guevara, en el juicio contencioso administrativo que sigue en contra el Ministro de Economía y Finanzas, dentro del término legal, solicita a esta Sala que amplíe la sentencia emitida el 20 de abril de 2007 a las 15h00. al efecto se considera: PRIMERA: Los artículos 281 y 282 del Código de Procedimiento Civil, 47 y 48 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa preceptúan que: *“El Tribunal no puede revocar ni alterar, en ningún caso, el sentido de la sentencia pronunciada; pero podrá aclararla o ampliarla, si algunas de las partes lo solicitare dentro del término de tres días”* y *“La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación cuando no se hubiere resuelto algunos de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre costas”*, respectivamente.- SEGUNDO: Pretende el recurrente que esta Sala amplíe la sentencia emitida el 20 de abril de 2007 a las 15h00 *“...indicando si tengo o no derecho a ser indemnizado económicamente con los respectivos intereses legales y moratorios, por haber sido injustamente cesado de mi cargo de Policía Militar Aduanera”* (sic). Al efecto, cabe señalar al recurrente que si esta Sala encontró que existe caducidad en la presentación de la demanda, no puede pronunciarse sobre ninguna de las pretensiones de la misma, por lo que, por improcedente, se rechaza la solicitud de ampliación presentada por Víctor Manuel Suárez Guevara.- Notifíquese.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, el día de hoy viernes cuatro de abril del dos mil siete, a partir de las dieciséis horas, notifiqué mediante boletas la providencia que antecede, al actor Víctor Suárez Guevara, en el casillero judicial No. 1690, a los demandados, por los derechos que representan, Ministro de Economía y Finanzas, al Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana y al Procurador General del Estado, en los casilleros judiciales Nos. 1735, 2253 y 1200.- Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en tres (3) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 184/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Víctor Manuel Suárez Guevara contra el Ministro de Economía y Finanzas, Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana y Procurador General del Estado, al que remito en caso necesario. Certifico.- Quito, a 11 de mayo de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 185-07

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 20 de abril del 2007; 15h30.

VISTOS (358-2004): El abogado Gregory Alejandro Gines Vines, en su calidad de Director Regional 2 del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y, por ende, su representante legal interpone recurso de casación respecto de la sentencia expedida, el 7 de octubre de 2003, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, en el juicio que siguió Víctor Atocha Cedillo en contra del IESS. Sentencia que acepta parcialmente la demanda y dispone la reliquidación de los rubros de *“(...) bonificación complementaria, costo de vida, incremento al sueldo base de acuerdo a las resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público, comisariato, subsidio familiar, gastos de responsabilidad; y vacaciones, con sus respectivos intereses de mora calculados desde la fecha en que debieron haberse pagado hasta su efectiva cancelación...”*. Concedido el recurso y por encontrarse la causa en estado de resolver, la Sala, con su actual conformación, considera: PRIMERO: La competencia de esta Sala para conocer y decidir este asunto quedó establecida al momento de la calificación del recurso, y en su tramitación se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de juicios, por lo que se declara la validez procesal.- SEGUNDO: El representante legal del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social fundamenta su recurso de casación en las causales primera, segunda y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; sostiene que en la sentencia objeto del recurso, el Tribunal *a quo* incurrió en infracción de los artículos: 1, inciso segundo del artículo 3, 57 y 58 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y, 119 y 169 del Código de Procedimiento Civil, que inciden en la aplicación de los preceptos jurídicos que se consideran para la valoración de las pruebas.- TERCERO: Esta Sala estima necesario, previamente y para mejor entendimiento del análisis que se presenta, describir brevemente el asunto controvertido en la causa. Según obra en el proceso, Víctor Antonio Atocha Cedillo propone, ante la jurisdicción

contencioso administrativa, el 18 de julio de 2000, una demanda por la cual impugna el acto administrativo que consta en el oficio No. 01100-1944, suscrito por el Director General del IESS, el 15 de junio de 2000 (fs. 109), que acogió el informe contenido en el oficio No. 02310-0594, de 29 de mayo del mismo año, mediante el cual se niega su reclamo por falta de pago de algunos beneficios económicos y sociales. Atocha Cedillo prestó sus servicios en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en la División de Supervisión-Intervención de la Regional 2, como Asistente de Supervisión, hasta el 30 de octubre de 2000, fecha en la que recibió la notificación de supresión de su cargo.- CUARTO: La Resolución 879 expedida por el Consejo Superior del IESS, el 14 de mayo de 1996, determina que: *“Las relaciones entre el IESS y sus servidores se regulan por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, con excepción de los obreros que están amparados por el Código del Trabajo, de acuerdo con el artículo 31, inciso tercero del literal g) de la Norma Suprema.”*. Complementariamente, el Consejo Superior del IESS, en la misma fecha, expidió la Resolución 880, que dispone que: *“Los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, adquiridos por los trabajadores del IESS, incluida la jubilación patronal, se mantienen en beneficio de todos los actuales servidores del Instituto que cumplan los requisitos establecidos por la Ley. Los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que ingresaren a la institución a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, no están amparados por este último beneficio.”* Sobre la base de estas resoluciones, y a fin de implementar los nuevos regímenes laborales que empezaron a regir al interior de la institución a partir del 14 de mayo de 1996, el Consejo Superior del IESS, mediante Resolución N° 882, de 11 de junio del mismo año, realiza una clasificación, por series, de los cargos subordinados al Código del Trabajo; y, con Resolución N° 019, de 19 de febrero de 1999, para adecuar el sistema remunerativo de todos sus servidores, bajo los criterios de racionalidad y equidad, establece una clasificación por grupos ocupacionales, según los niveles de escolaridad y un ajuste salarial con rangos mínimo y máximo para cada categoría de los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. En virtud de las resoluciones antes indicadas, el actor, como ya se había anotado, quedó sometido al régimen de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y, en consecuencia, al sistema de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Es incuestionable que la Resolución 880, ya referida, reconoce a los servidores del IESS, los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual; pero, exclusivamente, hasta el 14 de mayo de 1996, fecha en que los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y los sujetos al Código del Trabajo, pasan a gozar de los beneficios correspondientes a cada régimen; pues, es inadmisibles e ilegal, que el grupo sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa pretendiera seguir gozando tanto de los derechos económicos que por ley les corresponden según su régimen, como los que se deriven de pactos colectivos celebrados al interior de la entidad con el grupo amparado por el Código del Trabajo; tanto es así que el artículo 2 de la misma Resolución 880 prescribe que *“La Contratación Colectiva se celebrará con los trabajadores sujetos al Código del Trabajo”*. Interpretar de otro modo tal resolución, haciendo perennes los beneficios para unos y limitados para otros al interior de una misma entidad, es discriminatorio y, por lo mismo, violatorio de elementales principios constitucionales. Como se dijo antes, el actor en

razón del cargo que desempeñaba, estuvo sometido a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y no tenía el status de obrero o trabajador y la invocación de la intangibilidad de sus derechos, se limita al 14 de mayo de 1996, fecha de expedición de la Resolución 880. Estos mismos criterios han sido expuestos por la Sala, entre otras, las resoluciones: 92-2006, juicio N° 321-2003, *Calle Delgado c. IESS*; 98-2006, juicio N° 325-2003 *Rodas Alvarez c. IESS*; 104-2006, juicio N° 323-2003, *Moreno Briones c. IESS*; 117-2006, juicio N° 324-2003, *Carpio Jaramillo c. IESS*; y, 223-2006, juicio N° 443-2004, *Gustavo Duque c. IESS*; juicios que han tenido similares fundamentos y pretensiones.- QUINTO: El demandado, con fundamento en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, ha acusado la: *“falta de aplicación de los preceptos jurídicos que sobre la valoración de la prueba establecen los artículos 119 y 169 del Código de Procedimiento Civil”*, omisión que ha llevado al Tribunal *a quo* a la infracción de las normas constitucionales antes analizadas, por las cuales se *“ordena que el IESS pague al actor las diferencias salariales del sueldo base de acuerdo a las resoluciones expedidas por el CONAREM, los rubros que corresponden a la bonificación complementaria, costo de la vida, el bono de comisariato, subsidio familiar, gastos de responsabilidad y vacaciones, con sus respectivos intereses”*.- Al respecto la Sala considera que con el propósito de adecuar legal y técnicamente los nuevos regímenes de relación laboral entre el IESS y sus servidores, imperantes a partir del 14 de mayo de 1996, esta institución, conforme obra de autos, desde esa misma fecha y todos los años sucesivos, según se desprende del estudio de la normativa institucional en lo que a este aspecto se refiere, mediante resoluciones Nos. 061, 062, 070, 071, 089, 092, 097, 131, 132, 134 y 142, y en acatamiento de las emitidas por el CONAREM, ha efectuado alzas salariales a todos sus servidores, incrementando sus remuneraciones en la escala de sueldos básicos y sus componentes y, además, en los beneficios sociales, que corresponden, entre otros, a los siguientes rubros: escalafón, bono de comisariato, bono vacacional, subsidio educacional, refrigerio, gratificación de diciembre, que es distinta del aguinaldo navideño, ropa de trabajo, uniformes y equipo de protección, ayuda por fallecimiento de familiares, y bonificación por responsabilidad. Concretamente (a fs. 249 y vta.), se registra, en la ficha individual del empleado archivada en el Departamento de Recursos Humanos del instituto, la reliquidación de varios valores entre ellos, los correspondientes al incremento salarial ordenado por el CONAREM, bonificación complementaria, costo de la vida, bono de comisariato, subsidio familiar, gastos de responsabilidad, compensaciones reconocidas mediante las resoluciones Nos C.I. 089, 092 por las cual se realizó la Revisión de Remuneraciones y otros Beneficios de los Servidores y Trabajadores del IESS, con vigencia a partir del 1 y 6 de septiembre de 2000, respectivamente. Con este antecedente, se observa que en el fallo objeto del recurso, el Tribunal *a quo* incurrió en la infracción alegada por el demandado, con fundamento en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, la aplicación indebida de los preceptos jurídicos que sobre la valoración de la prueba establece el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, omisión que le ha llevado a reconocer el pago de conceptos y valores que fueron efectivamente reliquidados por el IESS. Por lo tanto, se acepta la procedencia del cargo imputado a la sentencia, por haberse configurado lo que la misma doctrina conoce como violación indirecta por transgresión de normas sustantivas, que permiten a la Sala

casar la sentencia. En tal virtud y sin que sea necesario considerar las demás alegaciones formuladas por las partes, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, atenta la facultad otorgada por el artículo 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia recurrida y rechaza la demanda presentada por Víctor Antonio Atocha Cedillo.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, el día de hoy viernes veinte de abril del dos mil siete, a partir de las dieciséis horas, notifiqué mediante boletas la nota en relación y sentencia que anteceden, al actor Víctor Antonio Atocha Cedillo, en el casillero judicial No. 1304 y a los demandados, por los derechos que representan, Director General y Regional 2 del IESS y al Procurador General del Estado, en los casilleros judiciales Nos. 932 y 1200.- Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en tres (3) fojas útiles anteceden, debidamente, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 185/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Víctor Atocha Cedillo contra el Director General del IESS, al que me remito en caso necesario. Certifico.- Quito, a 26 de abril de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 186-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, 23 de abril de 2007; las 08h55

VISTOS (05-2005): El doctor Julio Farfán Matute, abogado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, debidamente facultado para el efecto por el Director General de dicho instituto, conforme la ratificación de fojas 285 de los autos, interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada el 29 de octubre de 2004, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, que, al aceptar parcialmente la demanda, declara ilegales los actos administrativos impugnados dentro del juicio incoado por el actor, Francisco Eduardo León Cáceres, en contra el representante legal del instituto en mención. Concedido el recurso y por encontrarse la causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

PRIMERO: La competencia de esta Sala para conocer y decidir este asunto quedó establecida al momento de la calificación del recurso y en la tramitación de él se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de juicios, por lo que se declara la validez procesal.- SEGUNDO: El instituto demandado, en su escrito de interposición del recurso de casación, con fundamento en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa al fallo dictado por el Tribunal *a quo*, de incurrir en las infracciones que se detallan a continuación. Respecto de la causal primera: falta de aplicación del artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos; aplicación indebida de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994; y errónea interpretación de la Resolución 880 dictada por el Consejo Superior del IESS y de los artículos 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a la presentación de la acción y 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En relación con la causal tercera, errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, y falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal, “*que ha dado lugar a la no aplicación del Art. 1 de la ley de Remuneraciones del Servidor Público; 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; equivocada aplicación de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo y de las Resoluciones: 905 dictada por el Consejo Superior y C.I. 019, 070, 089 y 097, expedidas por la Comisión Interventora*” del mismo instituto. Y, en lo relativo a la causal quinta, afirma que en la sentencia objeto del recurso, se adoptan disposiciones contradictorias e incompatibles, que violan la garantía constitucional prevista en el artículo 24, numeral 13, de la Constitución Política de la República, y también lo dispuesto en el artículo 278 del Código Adjetivo Civil. Por su parte, el actor, Francisco Eduardo León Cáceres, impugnó ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 2000121-3656 A.N., de 6 de septiembre del 2001, suscrito por el Director de Recursos Humanos (E) del IESS, y 3003101.701, de 24 de octubre de 2001, suscrito por el Director Regional 3 del IESS, que niegan sus pretensiones dirigidas a que se le pague, entre otros, los siguientes rubros: 1) Incrementos al sueldo base, 2) Diferencia en los valores no pagados de la bonificación por responsabilidad, 3) Reliquidación de los décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto sueldos, 4) El valor de la diferencia del pago de vacaciones y bono vacacional, 5) El valor de la diferencia existente en las gratificaciones, en los rubros no pagados, 6) Diferencia de la bonificación por tiempo de servicios, 7) El valor de la diferencia existente en el subsidio de antigüedad, 8) Diferencia en los valores no pagados por bonificación complementaria, 9) Diferencia en los valores no pagados por costo de vida, 10) Reliquidación de la diferencia del pago de cesantía y fondos de reserva, 11) Reliquidación en la diferencia del aporte patronal, 12) Pago del índice inflacionario y bonificación por rendimiento individual, 13) Reliquidación del aguinaldo navideño, comisariato y ropa de trabajo, 14) Reliquidación de la bonificación por años de servicio, subsidio familiar, subsidio de alimentación, transporte y bono educacional, 15) Retroactivo por resoluciones del CONADES y del CONAREM; y, 16) Retroactivo por la aplicación de la Resolución N° 880, de las resoluciones o disposiciones que se hayan emitido a favor de los servidores públicos, así como de los actuales derechos económicos y sociales de la

contratación colectiva del IESS, Código del Trabajo, decretos ejecutivos, etc.; rubros que el demandado afirma no tener pendientes de pago.- TERCERO: Expuesto el asunto, procede el análisis correspondiente. El artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, cuya falta de aplicación acusa el recurrente, establece el régimen nacional de remuneraciones, y dice que es el sistema de pago de los servidores públicos que ocupen puestos del Servicio Civil Ecuatoriano, de conformidad con lo que dispone la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; aquella norma legal guarda relación con la Resolución 879 expedida por el Consejo Superior del IESS, el 14 de mayo de 1996, que determina que *“Las relaciones entre el IESS y sus servidores se regulan por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, con excepción de los obreros que están amparados por el Código del Trabajo, de acuerdo con el artículo 31, inciso tercero del literal g) de la Norma Suprema.”*. Complementariamente, el Consejo Superior del IESS, en la misma fecha, expidió la Resolución 880, que dispone que *“Los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, adquiridos por los trabajadores del IESS, incluida la jubilación patronal, se mantienen en beneficio de todos los actuales servidores del Instituto que cumplan los requisitos establecidos por la Ley. Los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que ingresaren a la institución a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, no están amparados por este último beneficio.”*. Sobre la base de estas resoluciones y a fin de implementar los nuevos regímenes laborales que empezaron a regir al interior de la institución a partir del 14 de mayo de 1996, el Consejo Superior del IESS, mediante Resolución N° 882, de 11 de junio del mismo año, realiza una clasificación por series, de los cargos subordinados al Código del Trabajo; y, con Resolución N° 019, de 19 de febrero de 1999, para adecuar el sistema remunerativo de todos sus servidores, bajo los criterios de racionalidad y equidad, establece una clasificación por grupos ocupacionales, según los niveles de escolaridad y un ajuste salarial con rangos mínimo y máximo para cada categoría de los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, inclusive de los profesionales sujetos a la Ley de Escalafón para Médicos. En virtud de estas resoluciones, el actor Francisco Eduardo León Cáceres, Servidor de la Dirección Regional 3 del IESS, al haber ingresado a la institución demandada el 3 de abril de 1996, quedó sometido al régimen de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y, en consecuencia, al sistema remunerativo de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Es incuestionable que la Resolución 880, ya referida, reconoce a los servidores del IESS y en el caso, al actor antes nombrado, los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, incluida la jubilación patronal, pero, exclusivamente, hasta el 14 de mayo de 1996, fecha en la que los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y los sujetos al Código del Trabajo pasan a gozar de los beneficios correspondientes a cada régimen; pues, es inadmisibles, legal y moralmente, que el grupo sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa pretenda seguir disfrutando tanto de los derechos económicos que por ley les correspondían según su régimen, como los que se derivan de pactos colectivos celebrados al interior de la entidad con el grupo amparado por el Código del Trabajo; tan es así que el artículo 2 de la misma Resolución 880 prescribe que *“La Contratación Colectiva se celebrará con los trabajadores sujetos al Código del Trabajo”*. Interpretar de otro modo tal resolución, haciendo perennes los

beneficios para unos y limitados para otros al interior de una misma entidad, es discriminatorio y, por lo mismo, violatorio de elementales principios constitucionales. En el mismo propósito de adecuar legal y técnicamente los nuevos regímenes de relación laboral entre el IESS y sus servidores, imperantes a partir del 14 de mayo de 1996, esta institución, conforme obra de autos, desde esa misma fecha y todos los años sucesivos, según se desprende del estudio de la normativa institucional en lo que a este aspecto se refiere, mediante resoluciones Nos. 061, 062, 070, 071, 089, 092, 097, 131, 132, 134 y 142, y en acatamiento de las emitidas por el CONAREM, ha efectuado alzas salariales a todos sus servidores, incrementando sus remuneraciones en la escala de sueldos básicos y sus componentes y, además, en los beneficios sociales, que corresponden, entre otros, a los siguientes rubros: escalafón, bono de comisariato, bono vacacional, subsidio educacional, refrigerio, gratificación de diciembre, que es distinto del aguinaldo navideño, ropa de trabajo, uniformes y equipo de protección, ayuda por fallecimiento de familiares, y bonificación por responsabilidad.- CUARTO: El artículo 75 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994, establece la vigencia de los derechos consignados en dicho contrato, en el caso de cambio de nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del comité central o de las organizaciones laborales integrantes del mismo o si se modificare el régimen jurídico que norma las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, añadiendo que, para los años subsiguientes, los derechos adquiridos en materia económica, serán incrementados en un porcentaje equivalente al índice inflacionario. El artículo 76 establece que el Comité Central Unico de Trabajadores a Nivel Nacional es el único con competencia legal para efectos de la vigilancia y aplicación de dicho contrato y que las partes declaran que no se imputarán beneficios que sean decretados por instancias del Estado, para los trabajadores del país. Es pertinente señalar que, producido el cambio de régimen jurídico de las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, circunstancia prevista en el artículo 75 ya citado, los derechos consignados en dicho contrato colectivo, por ser adquiridos, efectivamente y por lo expresado en los considerandos precedentes, se mantienen, pero hasta la fecha de dicho cambio de régimen, esto es hasta el 14 de mayo de 1996; y, en lo relativo al incremento en un porcentaje equivalente al índice inflacionario, al tratarse éste de un mero factor de cálculo, no cuantificable, y en consideración a que el IESS ha efectuado sucesivos incrementos a los sueldos, a sus componentes y a los beneficios sociales de todos los servidores de la institución, que inclusive alcanzan valores superiores a los reclamados, conforme se desprende del oficio N° 2000121-3656 AN, suscrito por el economista Marco Andrade Villacrés, Director de Recursos Humanos (E) de la Dirección Regional 3 del IESS, que obra de fojas 3 a 4 del expediente, se concluye que, efectivamente, el Tribunal *a quo* aplicó indebidamente los artículos mencionados.- QUINTO: El artículo 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa entonces vigente disponía: *“Prescripción de derechos.- Los derechos contemplados en esta Ley a favor del servidor público caducarán en el plazo de sesenta días, contado desde la fecha en que pudieron hacerse efectivos, salvo que tuvieren otro plazo especial para el efecto”*. Al respecto, cabe señalar que esta Sala concuerda con el Tribunal *a quo* en el sentido de que la norma antes transcrita sólo es aplicable en sede

administrativa mas no en sede jurisdiccional, por lo que no existe errónea interpretación del artículo 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribe que: “*El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyan materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna*”; si conforme obra de autos, los actos administrativos impugnados fueron notificados al accionante el 24 de octubre del 2001 y la demanda se ha presentado el 21 de diciembre del mismo año, es evidente que no operó la caducidad; en cuya virtud la invocación del recurrente, de que se ha interpretado erróneamente el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es inadmisibile.- SEXTO: En lo concerniente a la acusación del fallo por errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil y por falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal (actuales artículos 115, 113 y 165, en el orden invocado, de la Codificación del Código de Procedimiento Civil), normas relativas a la valoración de la prueba, a la carga de la prueba y a los instrumentos públicos que hacen fe y constituyen prueba, en su orden, si bien su estimación es atributo privativo del Juez *a quo*, al haberse acusado la infracción de la ley con fundamento en la causal tercera, luego del análisis respectivo y considerando que el recurrente ha cumplido los presupuestos que la doctrina establece para la procedencia del cargo bajo esta causal: precisión del medio probatorio defectuosamente valorado, determinación de las normas procesales infringidas en relación con la prueba indebidamente valorada, estableciendo la correspondiente relación e identificación de las normas violadas por efecto de la infracción, la Sala acepta la procedencia del cargo imputado a la sentencia, por haberse configurado lo que la misma doctrina conoce como violación indirecta por transgresión de normas sustantivas. En tal virtud y sin que sea necesario considerar las demás alegaciones, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, atenta la facultad otorgada por el artículo 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia recurrida y rechaza la demanda presentada por Francisco Eduardo León Cáceres. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte suprema de Justicia.

RAZON: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy lunes veintitrés de abril del año dos mil siete a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden al Director General del IESS, en el casillero judicial No. 932, al Director Regional de la Procuraduría General en Cuenca en el casillero No. 1200 y no notifiqué a Francisco Eduardo

León Cáceres por cuanto no he señalado casillero judicial para el efecto.- Certifico.- (PG).

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

RAZON: siento como tal que las fotocopias que en cuatro (4) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 186/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Francisco Eduardo León Cáceres contra el Director General del IESS, al que me remito en caso necesario. Certifico.- Quito, a 4 de mayo de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 191-07

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Quito, 26 de abril de 2007; las 09h00.

VISTOS (65-2005): El doctor Julio Farfán Matute, abogado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, debidamente facultado para el efecto por el Director General de dicho instituto, conforme la ratificación de fojas 309 de los autos, interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada el 26 de octubre de 2004, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, que, al aceptar parcialmente la demanda, declara ilegales los actos administrativos impugnados dentro del juicio incoado por la actora, Silvia Margarita Córdova Vásconez, en contra el representante legal del instituto en mención. Concedido el recurso y por encontrarse la causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera: PRIMERO: La competencia de esta Sala para conocer y decidir este asunto quedó establecida al momento de la calificación del recurso y en la tramitación de él se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de juicios, por lo que se declara la validez procesal.- SEGUNDO: El instituto demandado, en su escrito de interposición del recurso de casación, con fundamento en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa al fallo dictado por el Tribunal *a quo*, de incurrir en las infracciones que se detallan a continuación. Respecto de la causal primera: falta de aplicación del artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos; aplicación indebida de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994; y errónea interpretación de la Resolución 880 dictada por el Consejo Superior del IESS y de los artículos 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a la presentación de la acción y 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En relación con la causal tercera, errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, y falta de aplicación de los

artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal, “*que ha dado lugar a la no aplicación del Art. 1 de la ley de Remuneraciones del Servidor Público; 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; equivocada aplicación de los artículos 75 y 76 del II Contrato Colectivo y de las Resoluciones: 905 dictada por el Consejo Superior y C.I. 019, 070, 089 y 097, expedidas por la Comisión Interventora*” del mismo instituto. Y, en lo relativo a la causal quinta, afirma que en la sentencia, objeto del recurso, se adoptan disposiciones contradictorias e incompatibles, que violan la garantía constitucional prevista en el artículo 24, numeral 13, de la Constitución Política de la República y lo dispuesto en el artículo 278 del Código Adjetivo Civil. Por su parte, la actora, Silvia Margarita Córdova Vásquez, impugnó ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, los actos administrativos contenidos en los oficios números: 2000121-3656 A.N. de 6 de septiembre del 2001, suscrito por el Director de Recursos Humanos (E) del IESS, y 3003101.880, de 19 de diciembre de 2001, firmado por el Director Regional del IESS, que niegan sus pretensiones dirigidas a que se le pague, entre otros, los siguientes rubros: 1) Incrementos al sueldo base, 2) Diferencia en los valores no pagados de la bonificación por responsabilidad, 3) Reliquidación de los sueldos décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto, 4) El valor de la diferencia del pago de vacaciones y bono vacacional, 5) El valor de la diferencia existente en las gratificaciones, en los rubros no pagados, 6) Diferencia de la bonificación por tiempo de servicios, 7) El valor de la diferencia existente en el subsidio de antigüedad, 8) Diferencia en los valores no pagados por bonificación complementaria, 9) Diferencia en los valores no pagados por costo de vida, 10) Reliquidación de la diferencia del pago de cesantía y fondos de reserva, 11) Reliquidación en la diferencia del aporte patronal, 12) Pago del índice inflacionario y bonificación por rendimiento individual, 13) Reliquidación del aguinaldo navideño, comisariato y ropa de trabajo, 14) Reliquidación de la bonificación por años de servicio, subsidio familiar, subsidio de alimentación, transporte y bono educacional, 15) Retroactivo por resoluciones del CONADES y del CONAREM; y, 16) Retroactivo por la aplicación de la Resolución N° 880, de las resoluciones o disposiciones que se hayan emitido a favor de los servidores públicos, así como de los actuales derechos económicos y sociales de la contratación colectiva del IESS, Código del Trabajo, decretos ejecutivos, etc.; rubros que la demandada afirma no tener pendientes de pago.- TERCERO: Expuesto el asunto, procede el análisis correspondiente. El artículo 1 de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, cuya falta de aplicación acusa la recurrente, establece el régimen nacional de remuneraciones, y dice que es el sistema de pago de los servidores públicos que ocupen puestos del Servicio Civil Ecuatoriano, de conformidad con lo que dispone la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; aquella norma legal guarda relación con la Resolución 879 expedida por el Consejo Superior del IESS, el 14 de mayo de 1996, que determina que “*Las relaciones entre el IESS y sus servidores se regulan por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, con excepción de los obreros que están amparados por el Código del Trabajo, de acuerdo con el artículo 31, inciso tercero del literal g) de la Norma Suprema*”. Complementariamente, el Consejo Superior del IESS, en la misma fecha, expidió la Resolución 880, que dispone que “*Los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, adquiridos por los trabajadores del IESS, incluida la jubilación patronal, se mantienen en beneficio de todos los actuales servidores del*

Instituto que cumplan los requisitos establecidos por la Ley. Los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que ingresaren a la institución a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, no están amparados por este último beneficio”. Sobre la base de estas resoluciones y a fin de implementar los nuevos regímenes laborales que empezaron a regir al interior de la institución a partir del 14 de mayo de 1996, el Consejo Superior del IESS, mediante Resolución N° 882, de 11 de junio del mismo año, realiza una clasificación por series, de los cargos subordinados al Código del Trabajo; y, con Resolución N° 019, de 19 de febrero de 1999, para adecuar el sistema remunerativo de todos sus servidores, bajo los criterios de racionalidad y equidad, establece una clasificación por grupos ocupacionales, según los niveles de escolaridad y un ajuste salarial con rangos mínimo y máximo para cada categoría de los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, inclusive de los profesionales sujetos a la Ley de Escalafón para Médicos. En virtud de estas resoluciones, la actora, Silvia Margarita Córdova Vásquez, servidora de la Dirección Regional 3 del IESS, al haber ingresado a la institución demandada el 3 de abril de 1996, quedó sometida al régimen de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y, en consecuencia, al sistema remunerativo de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Es incuestionable que la Resolución 880, ya referida, reconoce a los servidores del IESS y en el caso, a la actora antes nombrada, los derechos económicos y beneficios sociales de orden individual, incluida la jubilación patronal, pero, exclusivamente, hasta el 14 de mayo de 1996, fecha en que los servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y los sujetos al Código del Trabajo, pasan a gozar de los beneficios correspondientes a cada régimen; pues, es inadmisibles, legal y moralmente, que el grupo sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa pretenda seguir disfrutando tanto de los derechos económicos que por ley les correspondían según su régimen, como los que se derivan de pactos colectivos celebrados al interior de la entidad con el grupo amparado por el Código del Trabajo; tan es así que el artículo 2 de la misma Resolución 880 prescribe que “*La Contratación Colectiva se celebrará con los trabajadores sujetos al Código del Trabajo*”. Interpretar de otro modo tal Resolución, haciendo perennes los beneficios para unos y limitados para otros al interior de una misma entidad, es discriminatorio y, por lo mismo, violatorio de elementales principios constitucionales. En el mismo propósito de adecuar legal y técnicamente los nuevos regímenes de relación laboral entre el IESS y sus servidores, imperantes a partir del 14 de mayo de 1996, esta institución, conforme obra de autos, desde esa misma fecha y todos los años sucesivos, según se desprende del estudio de la normativa institucional en lo que a este aspecto se refiere, mediante resoluciones Nos. 061, 062, 070, 071, 089, 092, 097, 131, 132, 134 y 142, y en acatamiento de las emitidas por el CONAREM, ha efectuado alzas salariales a todos sus servidores, incrementando sus remuneraciones en la escala de sueldos básicos y sus componentes y, además, en los beneficios sociales, que corresponden, entre otros, a los siguientes rubros: escalafón, bono de comisariato, bono vacacional, subsidio educacional, refrigerio, gratificación de diciembre, que es distinta del aguinaldo navideño, ropa de trabajo, uniformes y equipo de protección, ayuda por fallecimiento de familiares, y bonificación por responsabilidad.- CUARTO: El artículo 75 del II Contrato Colectivo Unico a Nivel Nacional celebrado entre el IESS y

sus trabajadores, el 24 de agosto de 1994, establece la vigencia de los derechos enunciados en dicho contrato, en el caso de cambio de nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del Comité Central o de las organizaciones laborales integrantes del mismo o si se modificare el Régimen Jurídico que norma las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, añadiendo que, para los años subsiguientes, los derechos adquiridos en materia económica, serán incrementados en un porcentaje equivalente al índice inflacionario. El artículo 76 establece que el Comité Central Unico de Trabajadores a Nivel Nacional es el único con competencia legal para efectos de la vigilancia y aplicación de dicho contrato y que las partes declaran que no se imputarán beneficios que sean decretados por instancias del Estado, para los trabajadores del país. Es pertinente señalar que, producido el cambio de régimen jurídico de las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, circunstancia prevista en el artículo 75 ya citado, los derechos previstos en dicho contrato colectivo, por ser adquiridos, efectivamente y por lo expresado en los considerandos precedentes, se mantienen, pero hasta la fecha de dicho cambio de régimen, esto es hasta el 14 de mayo de 1996; y, en lo relativo al incremento en un porcentaje equivalente al índice inflacionario, al tratarse éste de un mero factor de cálculo, no cuantificable, y en consideración a que el IESS ha efectuado sucesivos incrementos a los sueldos, a sus componentes, y a los beneficios sociales de todos los servidores de la institución, que inclusive alcanzan valores superiores a los reclamados, conforme se desprende del oficio N° 2000121-3656 AN, suscrito por el economista Marco Andrade Villacrés, Director de Recursos Humanos (E) de la Dirección Regional 3, que obra de fojas 19 a 20 del expediente, se concluye que, efectivamente, el Tribunal *a quo* aplicó indebidamente los artículos mencionados.- QUINTO: El artículo 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa entonces vigente disponía: "*Prescripción de derechos.- Los derechos contemplados en esta Ley a favor del servidor público caducarán en el plazo de sesenta días, contado desde la fecha en que pudieron hacerse efectivos, salvo que tuvieran otro plazo especial para el efecto*". Al respecto, cabe señalar que esta Sala concuerda con el Tribunal *a quo* en el sentido de que la norma antes transcrita sólo es aplicable en sede administrativa mas no en sede jurisdiccional, por lo que no existe errónea interpretación del artículo 125 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribe que: "*El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyan materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna*". Si, conforme obra de autos, los actos administrativos impugnados fueron notificados a la accionante el 19 de diciembre del 2001 y la demanda se ha presentado el 10 de enero del 2002, es evidente que no operó la caducidad; en cuya virtud la invocación del recurrente, de que se ha interpretado erróneamente el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es inadmisibles. SEXTO: En lo concerniente a la acusación del fallo por errónea interpretación del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil y por falta de aplicación de los artículos 117 y 169 del mismo cuerpo legal (actuales artículos 115, 113 y 165, en el orden invocado, de la Codificación del Código de Procedimiento Civil), normas relativas a la valoración de la prueba, a la

carga de la prueba y a los instrumentos públicos que hacen fe y constituyen prueba, en su orden, si bien su estimación es atributo privativo del Juez *a quo*, al haberse acusado la infracción de la ley con fundamento en la causal tercera, luego del análisis respectivo y considerando que el recurrente ha cumplido los presupuestos que la doctrina establece para la procedencia del cargo bajo esta causal: precisión del medio probatorio defectuosamente valorado, determinación de las normas procesales infringidas en relación con la prueba indebidamente valorada, estableciendo la correspondiente relación e identificación de las normas violadas por efecto de la infracción, la Sala acepta la procedencia del cargo imputado a la sentencia, por haberse configurado lo que la misma doctrina conoce como violación indirecta por transgresión de normas sustantivas. En tal virtud y sin que sea necesario considerar las demás alegaciones, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, atenta la facultad otorgada por el artículo 16 de la Ley de Casación, casa la sentencia recurrida y rechaza la demanda presentada por Silvia Margarita Córdova Vásconez. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

RAZON: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy jueves veintiséis de abril del año dos mil siete a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden al Director General del IESS en el casillero judicial No. 932, al Procurador General del Estado en el casillero judicial No. 1200 y no notifiqué a Silvia Córdova Vásconez por cuanto no ha señalado casillero judicial para el efecto.

Certifico (PG).

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en cuatro (4) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 191/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Silvia Margarita Córdova Vásconez contra el Director General del IESS, al que me remito en caso necesario.- Certifico.- Quito, a 4 de mayo de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 192-07

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 26 de octubre del 2006.

VISTOS (162-2004): El recurso de casación que consta a fojas 74 y 75 del proceso, interpuesto por los señores General Paco Moncayo Gallegos, Alcalde Metropolitano, y doctor Carlos Jaramillo Díaz, Procurador Metropolitano, a nombre y representación de la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito, respecto de la sentencia de mayoría expedida por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, el 31 de marzo de 2004, a las 09h00, dentro del proceso signado con el número 9145-CSA, propuesto por el señor Jorge Alberto Hidalgo Piedra en contra de la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito, sentencia en la que se “*acepta la demanda y se declara la ilegalidad de la Resolución Modificatoria No. 3849 de 28 de diciembre del 2001 adoptada por el Concejo Metropolitano de Quito que modifica en parte y ratifica en otra la resolución de adjudicación mediante remate forzoso No. 537 de 10 de marzo de 1998, con respecto únicamente al demandante Jorge Hidalgo Piedra*”.- Los recurrentes fundamentaron su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos: 261, 263 literal e), de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, 143 de la Constitución Política, y 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; los recurrentes han fundamentado también el presente recurso de casación en la causal segunda del artículo 3 de la mencionada Ley de Casación, por indebida aplicación de los artículos 1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado.- Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, con su actual conformación, avoca conocimiento de aquél y para resolver considera: PRIMERO: La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interponen contra las sentencias o autos de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación en vigencia.- SEGUNDO: Se ha agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad alguna que declarar.- TERCERO: Por los efectos que se desprenderían de ser admitida la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, esta Sala ha de iniciar su análisis por los fundamentos de las alegaciones referidas a dicha causal. El recurrente sostiene que el Tribunal *a quo* ha aplicado indebidamente los artículos 1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues, la Corte Suprema de Justicia, en fallos de triple reiteración, ha diferenciado con nitidez la acción de ejecución derivada del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado y las acciones de conocimientos típicas, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Desde esta perspectiva, señalan los recurrentes (fs. 74, vuelta): “*Los señores Ministros equivocan la aplicación de las normas procesales al calificar la acción propuesta por el administrado como una de ejecución y no una de conocimiento desde el momento en que basan su fallo...*” en el contenido del considerando cuarto de la sentencia materia de este recurso.- A este

respecto, esta Sala con ocasión de la interpretación del régimen aplicable a la caducidad del derecho de acción, previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en casos vinculados con el artículo 28 de la Ley de Modernización, tuvo la oportunidad de señalar la diferencia de los procesos de conocimiento y de ejecución en sede contencioso administrativa. Así, esta Sala expuso (ver resolución No. 378-2006 en el caso 37-2004 Jorge Brito Albuja contra el Ministerio de Defensa Nacional) “*El régimen jurídico aplicable a los procesos contenciosos administrativos ha estado inspirado, principalmente, en la idea de que el fin de la acción contencioso administrativa era la 'impugnación' de los actos de la Administración ilegítimos, impugnación dirigida a conseguir el restablecimiento del derecho subjetivo vulnerado (recurso de plena jurisdicción) o el orden jurídico afectado (recurso objetivo). Se trataba, pues, de un proceso típico de conocimiento. Por ello, la única excepción a la norma general fue la de los actos administrativos presuntos que, dentro del sistema expuesto, no consideraba el caso del silencio administrativo positivo, instituto que resultó de la innovación introducida por el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. En efecto, antes del artículo 28 ibídem, el último inciso del artículo 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa estableció que el silencio administrativo (producido luego de 30 días de efectuada la petición, como regla general) generaba un acto administrativo presunto negativo. En este sentido, si el acto administrativo presunto era negativo, era coherente que el actor acuda a los tribunales distritales, en ejercicio de su derecho de acción, para 'impugnar' el acto administrativo presunto con el que se mantenía la vulneración del derecho subjetivo alegado en sede administrativa. En la situación anotada, la fecha de inicio para contar el término de caducidad del derecho a demandar tuvo como referencia el día siguiente a la fecha en que se produjo el acto administrativo presunto, materia de la impugnación. Esta misma solución (Véase, por ejemplo, la Resolución No. 28-2006 de 30 de enero de 2006 en el caso No. 29-2000, Montaña contra Universidad Luis Vargas Torres y la Resolución No.37-06 de 2 de febrero de 2006 en el caso No. 253-2003, Arcos y otros contra Municipalidad de Santo Domingo) fue adoptada por la Corte Suprema para enfrentar los problemas que se derivaban del cambio del efecto del silencio administrativo, de un acto administrativo presunto negativo a uno positivo. Evidentemente, la solución dada debe ser siempre entendida en relación con el contenido del acto administrativo presunto, pues no es lo mismo 'impugnar' un acto por considerar que éste afecta un derecho subjetivo, que acudir a los órganos judiciales con el objetivo de hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto en el que se declara o reconoce un hecho o un derecho, o bien, se admite una prestación de dar, hacer o no hacer a cargo de la Administración omisa. Como se puede apreciar, por la introducción del silencio administrativo con efectos positivos, el proceso contencioso administrativo tiene, actualmente, una función adicional que debe ser cumplida, atendiendo la materia y el sujeto pasivo del proceso, en razón del mandato constitucional contenido en el artículo 24, numeral 17, referido a la tutela judicial: 'Hacer efectivo (ejecutar) el contenido del acto administrativo presunto'. Así, sin ánimo de generalizar, pues habrá que considerar siempre la casuística que se pretende, es posible que ocurran al menos dos situaciones en las que, en función del*

contenido del acto administrativo presunto, se establecería el momento en el que se justificaría la intervención de los Tribunales Distritales para hacerlo efectivo (ejecutarlo): a) Si de la petición del administrado se deriva un acto administrativo presunto en el que únicamente se declara o reconoce un derecho o un hecho del que se desprendan consecuencias jurídicas, la intervención de los Tribunales Distritales sería justificable únicamente desde el momento en que un nuevo acto o un hecho administrativo posterior afecten de algún modo el derecho o hecho declarado o reconocido en el acto administrativo presunto, pues los actos administrativos regulares, sean explícitos o presuntos, gozan de la protección jurídica derivada de la presunción de legitimidad. Cabe en este supuesto, sin embargo, que el administrado, beneficiario del acto administrativo presunto, acuda a la vía judicial para obtener alguna actuación material derivada de la declaratoria o reconocimiento efectuado en sede administrativa, tal como la inscripción en un registro o la emisión formal del documento acreditativo del derecho para continuar con otros procedimientos administrativos, ante la misma u otra autoridad; y, b) Si de la petición del administrado se deriva un acto administrativo presunto en el que, sin perjuicio de la declaratoria o reconocimiento de un derecho o de un hecho con trascendencia jurídica, se admita una prestación de dar, hacer o no hacer a cargo de la Administración (v. Gr. El pago de indemnizaciones por responsabilidad pública ante un daño que le es imputable; la liquidación de remuneraciones; la remoción de obstáculos para el ejercicio de un derecho previamente declarado, etcétera), la intervención de los Tribunales Distritales se justificaría de manera inmediata. (el subrayado es de la Sala) pues es evidente que se requerirán actuaciones materiales para hacer efectivas las prestaciones a cargo de la Administración. Sin embargo, en este caso es posible, también, que el administrado intente, en la misma sede administrativa, el incumplimiento de las prestaciones a las que se ha obligado la Administración, en razón del acto administrativo presunto. Si esta última fuera la circunstancia, la intervención de los Tribunales Distritales se justificaría frente al último pronunciamiento explícito negativo o frente a la omisión de la Administración con relación a los requerimientos de cumplimiento efectuados por el administrado. Se hace notar, no obstante, que la circunstancia en la que la Administración omite cumplir con el contenido del acto administrativo presunto, cuando el administrado ha procurado su ejecución en la misma sede administrativa, no modifica el hecho de que la materia del eventual proceso judicial sea la misma pretensión planteada en sede administrativa, esto es, la ejecución del acto administrado presunto original; luego, la materia principal del proceso no estaría relacionada con las ulteriores omisiones de la Administración en el procedimiento de ejecución impulsado en su propia sede, como si se tratara de ejecutar en sede judicial una cadena interminable de nuevos actos administrativos presuntos. Esto último se debe a que el contenido del acto administrativo presunto que resulta del silencio administrativo, no es otra cosa que el contenido de la petición del administrado como si esta hubiese sido aceptada por la autoridad destinataria, admitiendo las razones jurídicas y fácticas alegadas por el administrado; y, si la petición consiste en que la Administración cumpla con aquello que se afirma ha sido admitido previamente, no tiene asidero lógico suponer que esta petición ha sido aceptada si es que no se ha producido materialmente la conducta solicitada por el administrado. No se puede

perder de vista que todo acto administrativo, sea explícito o presunto, tiene como contenido una manifestación de la voluntad de la Administración, declarando, reconociendo, autorizando, admitiendo, etcétera". Teniendo en mientes la distinción entre actos administrativos presuntos meramente declarativos y actos administrativos presuntos con algún contenido prestacional a cargo de la administración, es fácil establecer que tipo de proceso corresponde a cada supuesto en sede contencioso administrativa. En efecto, si el acto administrativo presunto, derivado del silencio de la administración, es meramente declarativo, y éste se ve afectado por una acción u omisión posterior de la administración, el proceso que se debe instaurar en el caso es de conocimiento, pues, ordinariamente, la pretensión se dirige a impugnar la acción u omisión de la administración que afecta la declaración contenida en el caso administrativo presunto; que en este supuesto, se presenta como uno de los antecedentes o fundamentos de la demanda y la pretensión impugnatoria. Por el contrario, cuando se acude a la Función Judicial con el objeto de hacer efectivo un acto administrativo presunto con un contenido que implica el cumplimiento de una prestación a cargo de la administración -y en todo caso en que se requiera que los tribunales distritales ordenen una actuación material a cargo de la administración- con sustento en un acto administrativo presunto, el proceso que debe ser aplicado es simplemente el de ejecución, tantas veces señalado por esta Corte. Es importante aclarar, de todos modos, que el procedimiento, es decir, la secuencia de actos procesales conducentes a la resolución del conflicto, tanto en los procesos de conocimiento, como en el proceso de ejecución derivado del artículo 28 de la Ley de Modernización, es el previsto en el Capítulo IV de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con las adecuaciones derivadas de la naturaleza propia de cada proceso. La aplicación del mismo procedimiento -insistimos con las adecuaciones que exigen la naturaleza de cada proceso- se desprende del artículo 38 de la Ley de Modernización que, en su redacción dada por el artículo 1 de la Ley 2001-56, publicada en el Registro Oficial No. 483, de 28 de diciembre de 2001, señala: "Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por la entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa" (el subrayado es de la Sala).- Con estos criterios, al revisar el contenido de la demanda (fs. 5 a 7) y de la sentencia materia de este recurso (fs. 66 a 69) se desprende con claridad que el proceso ventilado ante el Tribunal a quo es un proceso de conocimiento, que tiene, entre otros antecedentes, la supuesta existencia de actos administrativos presuntos meramente declarativos. En efecto: a) En la demanda se señala que: "a través de continuas peticiones de mi parte, dirigidas al Procurador Metropolitano de Quito, al Presidente de la Junta de

Remates, a la Presidente del Comité de Expropiaciones, Remates y Avalúos, y al mismo señor Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito, he solicitado se de curso a la impugnación y se declare nulo en Oficio Circular No. 538 de 10 de marzo de 1998, la misma que jamás tuvo respuestas...". Estas peticiones constan agregadas al proceso a fojas 38 a 45, con sus correspondientes razones de recepción.- b) En el considerando cuarto de la sentencia materia de este recurso, se expresa que el Tribunal *a quo* constató la existencia de los actos administrativos presuntos que se originaron en virtud de la omisión de la administración.- c) Sin que para el asunto en análisis corresponda definir la corrección del criterio empleado por el Tribunal *a quo* para calificar la regularidad de los actos administrativos presuntos que estima existen en el caso, lo relevante está en el hecho de que, según el considerando quinto de la sentencia materia del recurso, los efectos derivados del silencio administrativo considerados en la sentencia no son el único fundamento para que el Tribunal *a quo* resuelva la controversia y declare la ilegalidad del acto administrativo materia del proceso, según fue solicitado en la demanda (fs. 7).- d) La parte dispositiva de la sentencia no contiene la orden de ninguna actuación material a cargo de las autoridades respecto de las cuales se sostiene la existencia de actos administrativos presuntos, porque el actor nunca solicitó nada parecido a ello. En su lugar, el Tribunal *a quo* resolvió, exclusivamente, declarar la ilegalidad de los actos administrativos cuya nulidad fue, también, materia de las peticiones que, en su momento, cursó el actor, en sede administrativa. De ello se desprende que, en ningún caso, el proceso fue calificado como de ejecución, como ha sostenido los recurrentes.- Por todas estas consideraciones, es claro que la supuesta violación de los artículos 1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en relación con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, no tiene asidero. Al ser ésta la situación del argumento principal de los recurrentes en torno a la calificación de la naturaleza jurídica del proceso, no tiene sentido considerar los efectos que los mismos recurrentes dan a la violación de los referidos artículos 1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. En tal virtud, se rechazan las alegaciones planteadas por los recurrentes, al invocar la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.- CUARTO: Los recurrentes han invocado la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por la falta de aplicación de los artículos 261, 263, literal e) de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (en su numeración entonces vigente) y 143 de la Constitución Política, porque entienden que el Tribunal *a quo* no consideró que la Ley Orgánica de Régimen Municipal prevalecería sobre el Código Civil y, en tal virtud, según las normas de la Ley Orgánica del Régimen Municipal invocadas, no podría reconocer la titularidad en el actor de una superficie obtenida por relleno de quebradas con sus taludes, pues, estas superficies constituyen bienes de dominio público, en la especie de bienes de uso público.- Primeramente, es necesario reiterar que no es correcto señalar que la relación entre una ley orgánica y una ley ordinaria es jerárquica, o que la primera ha de prevalecer por sobre la segunda por el hecho de su denominación: Se ha señalado insistentemente (ver resoluciones 34-2007, 35-2007, 36-2007, 37-2007 y 38-2007 de 31 de enero de 2007, en los casos 24-04, 25-04, 26-04, 27-04, 28-04 ETAPA c. Superintendencia de Telecomunicaciones) que la Constitución Política, en su artículo 143, cuando establece que: “Una ley ordinaria no podrá modificar una ley

orgánica ni prevalecer sobre ella, ni siquiera a título de ley especial”, no define una relación de jerarquía entre dos tipos de leyes, sino que señala las consecuencias de la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 142 de la misma Constitución, de acuerdo con la cual solo a través de una ley orgánica es posible regular las materias taxativamente señaladas en el artículo 142 *ibídem*; de tal modo que, cualquier otra materia sometida a reserva de ley (artículo 141 *ibídem*), deberá ser regulada por medio de una ley ordinaria. De tal forma que, del hecho de que existen materias que no pueden ser reguladas sino por una ley orgánica, se deriva el efecto de que ninguna ley ordinaria puede afectar de modo alguno el contenido de la ley orgánica. Se trata, entonces, de una regla sobre la manera de ejercer las potestades normativas en determinadas materia, de tal suerte que, el problema no es formal (la simple denominación del texto normativo), sino sustancial, esto es concerniente a la materia que es regulada. De ello se infiere que el hecho de que el Tribunal *a quo* haya aplicado normas del Código Civil en el considerando sexto de su sentencia para fundamentar su criterio en relación con la propiedad del actor sobre el bien materia de los actos administrativos impugnados, no constituyen un error que deba ser reprochado por la simple invocación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.- De otra parte, a nadie le cabe la menor duda que los bienes del dominio público se encuentran fuera del comercio, por ser inalienables, inembargables e imprescriptibles. Este es precisamente el contenido de los artículos 261 y 262 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal (en su numeración entonces vigente). Tampoco hay duda de que, según el artículo 263, literal e), de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (en su numeración entonces vigente), son bienes del dominio público (en su especie de bienes de uso público) las superficies obtenidas por rellenos de quebradas con sus taludes. El problema no consiste, entonces, en que el Tribunal no haya aplicado estas normas como sostienen los recurrentes, sino en el hecho de que, a juicio del Tribunal *a quo*, según aparece en el considerando sexto, el actor ha probado suficientemente la titularidad del bien, que la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito ha sostenido en el proceso fueron superficies obtenidas por rellenos de quebradas y, por tanto, bienes de dominio público. De tal forma que las normas cuya violación han invocado los recurrentes no podían ser aplicadas al caso, cuando, a juicio del Tribunal Distrital, el supuesto de hecho no corresponde al régimen de los bienes de dominio público, según la valoración de la prueba que ha efectuado el Tribunal *a quo*. Los recurrentes presuponen que el bien materia de los actos administrativos impugnados es del dominio público, lo que es materia de prueba en el proceso. Se hace notar que, contra la presunción de legitimidad de los actos administrativos en los que se incluye la calificación del bien como de dominio público, la carga de la prueba le corresponde al actor, que sostiene que se trata de un bien de dominio privado del que es su titular, salvo que se hubiese producido el supuesto del artículo 34, último inciso, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Tribunal *a quo*, por los méritos del proceso, se ha inclinado por esta última calificación de los hechos y ha estimado que el bien materia de los actos impugnados es un bien privado, y así lo hace constar en el considerando sexto de la sentencia materia de este recurso. Los recurrentes aspiran que esta Sala revea la calificación y valoración que ha hecho el Tribunal *a quo* de la prueba y, con base en ello, aplique las normas de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que alegan han sido violadas. Los

asuntos de valoración de la prueba corresponden a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, y solo es posible abordarlos cuando existe alguna violación a una norma procesal sobre esta valoración, de la que se desprenda otra vulneración, pero en este caso, a una norma sustantiva.- QUINTO: Finalmente, los recurrentes han alegado que se ha violentado el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En el caso, aparece con claridad que el actor presenta su demanda solicitando se declaren ilegales la Resolución Modificatoria No. 3849, de 28 de diciembre de 2001 y aquellos actos que le sirven, de antecedentes (fs.). Esta demanda fue presentada el 13 de febrero de 2002 (fs. 7 vuelta) y, el Tribunal *a quo*, al encontrar fundada la pretensión, declaró ilegal el acto administrativo impugnado. De estos datos, se desprende que el derecho de acción, en el presente caso, fue ejercido oportunamente, según la regla general de caducidad prevista en el primer inciso del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Se aclara, por los defectos de la argumentación vertida en el recurso y por la necesidad de una adecuada aplicación del régimen de caducidad del derecho de acción contencioso administrativa, que no se debe confundir los presupuestos materiales para que prospere una demanda, con aquellos presupuestos procesales para que se establezca regularmente una relación jurídico-procesal, que le permita al Juez dictar válidamente una sentencia sobre el fondo de la controversia: Así, cuando el derecho de acción caduca, el Juez no puede dictar válidamente una sentencia sobre el fondo, porque la relación jurídico-procesal no pudo entablarse regularmente, y ello, con independencia de los fundamentos jurídicos o fácticos que justifiquen la procedencia de la pretensión del actor. De otra parte, es posible que, en razón de la materia en disputa, el derecho a demandar no haya caducado, aunque el derecho del actor en que funda su pretensión se haya extinguido, sea por caducidad o prescripción. En tal caso, el proceso es regular, y el Juez puede desechar la demanda, en una sentencia válidamente dictada, en razón de la extinción del derecho alegado.- Por lo señalado en los considerandos cuarto y quinto de esta sentencia, tampoco es posible admitir las alegaciones de los recurrentes en relación con la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Por las consideraciones vertidas, que se constriñen a lo que ha sido materia del presente recurso, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso interpuesto.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Ministro Juez.

f.) Dr. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

f.) Dr. Hernán Salgado Pesantes, Ministro Juez.

Certifico.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

RAZON: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy jueves veintiséis de abril del año dos mil siete a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden a Jorge Hidalgo Piedra en el casillero judicial No. 975, al Alcalde y

Procurador Síndico del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito en el casillero judicial No. 934 y al Procurador General del Estado en el casillero judicial No. 1200.- Certifico (PG).

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora.

RAZON: Siento como tal que las fotocopias que en seis (6) fojas útiles anteceden, debidamente selladas, foliadas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 192/07 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Jorge Alberto Hidalgo Piedra, al que me remito en caso necesario.- Certifico.- Quito, a 4 de mayo de 2007.

f.) Dra. María del Carmen Jácome O., Secretaria Relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

No. 196-2005

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 30 de abril del 2007; a las 11h00.

VISTOS: La acusada PATRICIA DEL CARMEN LUCAS SANTANA presenta recurso de revisión, contra la sentencia ejecutoriada y que fue emitida el 19 de noviembre del 2004 a las 15h37, por la Jueza Vigésimo Cuarto de lo Penal del Guayas, en la cual se le impone la pena de seis meses de prisión y la multa de treinta y un dólares norteamericanos, por considerarla autora del delito tipificado en el Art. 494 del Código Penal. El recurso presentado fue debidamente fundamentado por la recurrente, habiéndose corrido traslado con el mismo a la señora Ministra Fiscal del Estado, subrogante, quien contestó, de conformidad con lo que establece el Art. 365 del Código de Procedimiento Penal, absteniéndose de dictaminar por tratarse de un proceso de acción privada. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo considera: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Sala Tercera de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de revisión propuesto de conformidad con la ley, en virtud de la creación de la Sala prevista en la LEY ORGANICA REFORMATIVA A LA LEY ORGANICA DE LA FUNCION JUDICIAL, por la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006, así como por el sorteo de ley respectivo. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiere acarrear su nulidad; por lo que, este Tribunal de alzada, declara la validez de esta causa penal. TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.- 1.- De fojas 72 a 74 del proceso, el señor GUIDO GALO GRUNAUER CUCALON, deduce acusación particular por el delito de injurias, en contra de PATRICIA DEL CARMEN LUCAS SANTANA, manifestando que el día 14 de mayo del 2003, la acusada

propuso ante el Juez Primero de lo Penal del Guayas, subrogante del Duodécimo de lo Penal del Guayas, una acusación particular, en la que acusó falsamente al compareciente y a su cónyuge Nadia Minuche Arrieta de Grunauer del delito de estafa, tipificado en el Art. 563 del Código Penal y que amparada en dichos argumentos falsos y fraudulentos, se inició acción penal en contra del compareciente y de su cónyuge antes mencionada, logrando obtener órdenes de prisión preventiva en su contra, permaneciendo su esposa por varios días en la cárcel, hasta ser liberada mediante fianza pecuniaria. 2.- Mediante la experticia grafológica practicada por el Instituto de Criminalística de la Policía Judicial del Guayas se determinó que la firma que se le imputaba como suya, no le correspondía; y que el sello de la compañía GIOVANNA CLD y la letra de cambio que aparece con sus firmas, fueron manipulados en forma fraudulenta y dolosa, para inculparlos de un delito inexistente. 3. Que en este proceso penal, el Fiscal de la causa se abstuvo de acusarlos; por lo que, en fecha 05 de noviembre del 2003, el Juez Duodécimo de lo Penal del Guayas, dictó sobreseimiento definitivo a favor del compareciente y de su cónyuge, calificando como maliciosa y temeraria la acusación particular de Patricia Lucas Santana, auto que se encuentra ejecutoriado por el Ministerio de la ley. 4.- El 31 de marzo del 2004, se admite al trámite la querrela presentada por GUIDO GRUNAUER CUCALON en contra de PATRICIA DEL CARMEN LUCAS SANTANA por el delito de injurias; y, en fecha 19 de noviembre del 2004, la señora Jueza Vigésimo Cuarto de lo Penal del Guayas, dicta el fallo declarando con lugar la acusación particular de Guido Galo Grunauer Cucalón y condenando a la acusada a la pena de seis meses de prisión y multa de treinta y un dólares americanos como autora del delito tipificado en el Art. 494 del Código Penal, sentencia de la que se interpone el presente recurso de revisión. CUARTO: FUNDAMENTACION DE LA REVISION.- La recurrente fundamenta el recurso en el Art. 359 y en la causal 3° del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal y sostiene entre otras cosas que, se han violado todos los principios del debido proceso ya que la Jueza al sentenciarla, no hizo una real valoración de los actos procesales, en especial de la prueba. Alega que existió prescripción de la acción, la misma que no fue tomada en cuenta, habiendo transcurrido más de 180 días desde la fecha en que su acusación fue declarada como temeraria y maliciosa, a la fecha de citación. Que procede revisar si en este proceso no se ha probado conforme a las reglas de la ley la infracción imputada, ya que en la acusación indicada no hubo, de manera alguna, el animus injuriandi contra el querellante, sino el ejercicio de su derecho de poner en conocimiento del ministerio público, la existencia de un delito. Sostiene además, que en la sentencia se han utilizado documentos nulos por no haberse observado las solemnidades de los Art. 168, 169, 170, 171, 177, 178 y 179 del Código de Procedimiento Civil, nulidad que es declarada por la ley en el Art. 174 íbidem. Por lo que solicita la revisión de la sentencia impugnada a efecto de que sea revocada. QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- La señora Ministra Fiscal interviniente, manifiesta que: 1.- La resolución del Tribunal Constitucional publicada en el Registro Oficial No. 334 del 8 de junio de 1998, ratificatoria de la que anteriormente adoptó el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, eliminó del Código de Procedimiento Penal anterior, las frases contenidas en los Arts. 359 y 432 del precitado cuerpo legal que, expresamente, manifestaban que no cabía recurso alguno contra las sentencias de segunda instancia pronunciadas por

las cortes superiores en los juicios de acción privada. 2.- Que el Art. 219 de la Carta Política del Estado, consigna las funciones del Ministerio Público, encontrándose entre ellas la de prevenir en el conocimiento de las causas de acción pública, dirigir y promover la investigación preprocesal y procesal penal; y, de hallar fundamento acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes, pero, en ninguna parte le faculta para que intervenga en los delitos de acción privada. 3.- Que los Arts. 25, 33 y 65 del Código de Procedimiento Penal vigente y los Arts. 2, 3 y 8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, disponen que los fiscales deben intervenir únicamente en los juicios de acción pública, de instancia oficial y de instancia particular; en consecuencia los delitos de acción privada le corresponde únicamente al ofendido mediante querrela. Además es menester recordar que la ley considera que el delito de acción privada es más que otra cosa, una ofensa privada y, por eso delega en el particular afectado el ejercicio privativo de la acción penal, a tal punto que es el acusador quien gobierna el proceso, pues el juicio empieza, continúa y termina solamente en virtud de las manifestaciones de su voluntad expresadas mediante sus escritos y peticiones, aún más el Art. 113 del Código Penal, permite que en el caso de las injurias, el acusador tiene la facultad de condonar la pena ya impuesta, a pesar de existir sentencia condenatoria. En consecuencia y por cuanto el Ministerio Público no puede intervenir en los procesos de acción privada, se abstiene de emitir el dictamen dispuesto por la Sala. SEXTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.- Las consideraciones que hace el Ministerio Fiscal se contraen al siguiente análisis: En efecto, no cabe considerar como parte procesal al Ministerio Público en los delitos de acción privada, por lo que expresan el Art. 219 de la Constitución Política de la República, así como por lo establecido en los Arts. 25, 33 y 65 del Código de Procedimiento Penal y Art. 2, 3 y 8 de la ley; y, en este sentido se conmina al Secretario Relator de la Sala que, en lo posterior, se abstenga de remitir esta clase de juicios para dictamen de la Fiscalía, ni aún en el caso del recurso de revisión a pesar de lo que expresa el Art. 365 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, en cuanto se refiere a la competencia de esta Sala para conocer tanto el recurso de casación así como el de revisión se debe observar la Resolución del Tribunal Constitucional No. 006-2003-DI, publicada en el Registro Oficial No. 194 del 21 de octubre del 2003, organismo que al absolver una demanda de inconstitucionalidad de la frase **“De lo que resuelva la Corte Superior respecto de la apelación no cabe recurso alguno”**, que constaba en el Art. 347 del Código de Procedimiento Penal, declaró su inconstitucionalidad; y, por lo tanto, expedita la interposición de tales recursos. 2.- El inciso final del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, que determinan los seis casos en los cuales habrá lugar al recurso de revisión, dice: **“Excepto el último caso de revisión, sólo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada”**. El recurso se ha fundamentado en el numeral 3° de esta disposición legal, sin que la recurrente haya producido en autos ninguna prueba. Por lo expuesto, la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY”**, declara improcedente el recurso planteado y dispone devolver el proceso al juzgado de origen. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las cuatro copias que anteceden son iguales a su original.

Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 302-2005

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 4 de abril del 2007; a las 10h00.

VISTOS: Esta Tercera Sala de lo Penal es competente para conocer y resolver el recurso de revisión propuesto por el sentenciado Silvio Ricardo Farías Zambrano en virtud de lo dispuesto en la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial publicada en el Registro Oficial No. 238 del 28 de marzo del 2006 así como en virtud de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006. Al efecto para resolver, se considera lo siguiente: PRIMERA: El sentenciado Silvio Ricardo Farías Zambrano a fojas 154 del cuaderno de primer nivel propone el recurso de revisión respecto de la sentencia dictada el 15 de febrero de 2002 por el Juez Segundo de Tránsito del Guayas quien le impuso la pena de tres años de prisión ordinaria como autor responsable del delito culposo que tipifica y reprime el Art. 76 de la Ley de Tránsito con las agravantes previstas por el Art. 70 literales b) y c) de la misma ley. De esta sentencia la Agente Fiscal Primera de Tránsito del Guayas, abogada Herlinda Izquierdo de Urquiza ha interpuesto los recursos de apelación y nulidad, pero, han sido denegados por extemporáneos y causó estado según se aprecia a fojas 152 a 153.- SEGUNDA: Silvio Farías Zambrano en el recurso de revisión se declara inocente y culpa de imprudencia al peatón que falleció; considera que el Juez de Tránsito no efectuó una justa valoración procesal y otorga validez a un solo testimonio; no da valor al informe investigativo y, al no haberse realizado la audiencia prevista por los Arts. 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal, a pesar de haberla convocado el Juez, pero no la instaló, se ha incurrido en inobservancia de las reglas del debido proceso.- TERCERA: Ninguna de las alegaciones anteriores constituyen los casos previstos por el Art. 385 del Código de Procedimiento Penal vigente a la sustanciación de la causa en primer nivel desde luego que no ha evacuado ni ha adoptado nuevos hechos o nuevas pruebas, debiéndose puntualizar que el Juez Segundo de Tránsito del Guayas con providencia del 27 de marzo de 2000 reabre a la etapa

probatoria por diez días, fojas 145, el 13 de junio del 2001 convoca a las partes para la audiencia oral, fojas 146, el 7 de agosto de 2001 reitera la misma convocatoria para esa diligencia que no asoma cumplida pese a las notificaciones oportunas que el Secretario ha efectuado a las partes procesales; y, Silvio Ricardo Farías Zambrano tampoco ha comparecido a la audiencia en estrados que la Sala ha convocado en providencia de 11 de julio de 2006, tal cual se observa a fojas 12 y 13. Ello significa que el propio acusado no mostró ningún interés por la práctica de la aludida audiencia, se comportó renuente y mal puede valerse de tales circunstancias para alegar una nulidad que está contradicha por la declaratoria de validez procesal en la mencionada sentencia.- Por estas consideraciones y dejándose constancia que Silvio Ricardo Farías Zambrano ha rendido la fianza que se establece con el Instrumento Público de fojas 143, de acuerdo con el Art. 390 del Código Adjetivo Penal anterior, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se declara la improcedencia del recurso de revisión. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las dos copias que anteceden son iguales a su original.

Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 480-2005

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 26 de abril del 2007; a las 15h00.

VISTOS: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala Penal, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el presente juicio, de conformidad con lo que establece la Primera Disposición General de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial No. 26 del jueves 26 de mayo del 2005, en concordancia con la Resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de fecha 07 de diciembre del 2005 y publicada en el Registro Oficial No. 183 del 09 de enero del 2006, así como en virtud de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006 y legal posesión de los cargos.- SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de alzada declara la validez del trámite procesal.- TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.- Gilberto Manuel Barre Zambrano interpuso recurso de revisión de la sentencia ejecutoriada que pronunció el Tribunal Segundo de lo Penal de Esmeraldas el 04 de junio del 2004, a las 08h40, en la que condenó al recurrente a la

pena modificada de 8 años de reclusión mayor ordinaria, en calidad de autor del delito de violación sexual a la menor de 11 años de edad Angela Narcisca Barre González, de conformidad con lo que prescriben los artículos 512 numeral 1 y 513 del Código Penal. El sentenciado en su escrito de 23 de agosto del 2004 que contiene el recurso, manifiesta que no se comprobó la existencia del delito a que se refiere el fallo, y además, que es completamente inocente y no culpable de la violación a la menor, quien había sufrido una desfloración antigua y al momento del reconocimiento médico no se encontró en su vagina huellas de semen. Fundamenta el recurso en los numerales 3, 4 y 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, esto es que la sentencia ha sido dictada en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados, que el sentenciado no es responsable por el delito y por ultimo, que no se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción.- CUARTO: PLAZO DE PRUEBA.- El sentenciado y recurrente Barre Zambrano no compareció durante el plazo de prueba por lo que no aportó ningún nuevo dato probatorio para justificar las causales que invocó al proponer el recurso.- QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- La Ministra Fiscal subrogante cumpliendo lo dispuesto por el artículo 365 del Código ibídem emitió dictamen que consta agregado al expediente de la Sala, en el que luego de analizar las actuaciones principales del proceso señala que el delito está justificado con los testimonios de las peritos médicas doctoras María Guarnizo Verdezoto y Francia Torres Chávez y la partida de nacimiento de la ofendida que establece la edad de 11 años, mientras que la responsabilidad ha sido acreditada con las declaraciones rendidas ante el Tribunal Penal, de lo cual aparece que el recurrente fue encontrado responsable del delito de violación recibiendo sentencia condenatoria, por lo cual, la representante del Ministerio Público manifiesta que debe ser rechazado por improcedente el recurso de revisión.- SEXTO: No se ha realizado la audiencia pública para la alegación verbal del recurrente, quien no compareció a la dirigencia ni tampoco sus abogados Angel Caicedo Quintero y Dr. Wilson Quiñónez Ramírez; en definitiva, Gilberto Manuel Barre Zambrano no justificó mediante nuevas pruebas las causas invocadas en su recurso que demuestren el error de hecho incurrido por los juzgadores en la sentencia.- La Sala está impedida legalmente para reexaminar o revalorizar la prueba actuada ante el Tribunal Penal de Esmeraldas, concluyendo del examen de esas diligencias presentadas durante la etapa del juicio que el delito está justificado conforme a derecho de acuerdo con el informe pericial, tanto más que las peritos se han ratificado en el contenido del informe, además ha testimoniado el perito que elaboró el informe del reconocimiento del lugar e inclusive consta la declaración de la menor quien manifiesta haber sido ofendida sexualmente desde los 8 años de edad por Gilberto Manuel Barre, conviviente de su madre.- Por las consideraciones que anteceden no habiendo prueba de ninguna de las causas invocadas por el recurrente, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala declara improcedente el recurso de revisión interpuesto por Gilberto Manuel Barre Zambrano y ordena la devolución del proceso al Tribunal Penal de origen.- Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las dos copias que anteceden son iguales a su original.

Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 568-2005

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 27 de marzo del 2007; a las 10h00.

VISTOS: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala Penal, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el presente juicio, de conformidad con lo que establece la Primera Disposición General de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial No. 26 del jueves 26 de mayo del 2005, en concordancia con la Resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de fecha 07 de diciembre del 2005 y publicada en el Registro Oficial No. 183 del 09 de enero del 2006, así como en virtud de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006 y legal posesión de los cargos.- SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de Alzada declara la validez de este trámite.- TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.- Marisol del Rocío Naranjo Moposita interpuso recurso de revisión de la sentencia ejecutoriada que dictó el Tribunal Quinto de lo Penal del Guayas el 23 de septiembre del 2002, a las 17h30, condenando a la recurrente a la pena de DOCE AÑOS de reclusión mayor extraordinaria y multa de 60 salarios mínimos vitales generales, en calidad de autora responsable del delito de tenencia y posesión ilícitas de droga, acto que tipifica y sanciona el artículo 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, hoy artículo 62 de la Codificación de esta ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 490 de 27 de diciembre del 2004.- La recurrente en su escrito de 3 de febrero del 2005 a las 08h45, presentado ante el Tribunal Penal del Guayas formula como antecedente una larga exposición de los hechos que motivaron su detención ocurrida en el aeropuerto Simón Bolívar de Guayaquil el 24 de octubre del 2001, mientras pretendía viajar con destino a Nueva York, habiéndose detectado 5 paquetes de heroína que estaban ocultos en la ropa interior y botas que le entregó Jhon Jairo para que la transporte a Estados Unidos, bajo oferta de pago, recibiendo también el pasaje aéreo en la Compañía LAN CHILE; abunda en detalles sobre la actuación maliciosa de su ex - compañero de estudios universitarios Galo Estupiñán quien en conocimiento de su mala situación económica pretendió ayudarle y le contactó

con el referido Jairo en la ciudad de Guayaquil, quien bajo amenaza de muerte le obligó a aceptar el “negocio muy remunerado” de transportar la droga a Nueva York. La recurrente también critica la intervención de los peritos que pesaron la droga e impugna su idoneidad lo que resulta procesalmente impertinente, pues estas objeciones y las que dirige en contra de los testigos y la actuación de los jueces de Tribunal Penal por no aceptar las atenuantes, no vienen al caso en este momento. La sentenciada fundamenta su recurso de revisión en el artículo 360 numeral 6 del Código de Procedimiento Penal que preceptúa: “Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito a que se refiere la sentencia” caso para el cual la norma impide practicar nueva prueba para demostrar el error del juzgador. CUARTO: DICTAMEN FISCAL.- En cumplimiento de lo que dispone el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal la Ministra Fiscal General subrogante ha emitido su dictamen en el que observa que no existe una debida fundamentación de la solicitud de revisión, ya que el escrito que contiene dicho recurso deviene en un verdadero alegato que sostiene el personal punto de vista de la sentenciada, y que se contrae a atacar el fallo, intenta analizar los elementos de convicción, invoca la violación de la ley en el nombramiento de peritos del pesaje de la droga, reclama porque el Tribunal no aceptó las atenuantes para modificar la pena, todo lo cual es incompatible con la naturaleza del recurso de revisión, motivo por el cual solicita que se lo rechace por improcedente. QUINTO.- ANALISIS DE LA SALA.- Oído el alegato verbal del abogado defensor de la recurrente durante la audiencia pública y con vista del fallo pronunciado por el Tribunal Penal y demás actuaciones del proceso se concluye que la existencia del delito se encuentra comprobada conforme a derecho mediante los testimonios juramentados rendidos ante el Tribunal Penal por los peritos Dolly Ramírez Aspiazu, Química, y Gonzalo Almeida Muñoz, Ingeniero Químico, los mismos que han reconocido y ratificado el informe pericial agregado a los autos en el que concluyen que la muestra de la sustancia amarillenta encontrada en la ropa interior y botas de la sentenciada es clorhidrato de heroína. De igual manera el cabo de policía Eduardo Navarrete confirma haber pesado la droga y tomado una muestra para la pericia a presencia del subteniente Javier Alvarado y la Fiscal Antinarcóticos del Guayas, constatando que los 5 paquetes encontrados en poder de Marisol del Rocío Naranjo Moposita tienen un peso bruto de 1.461 gramos y contienen heroína de acuerdo con los efectos de los reactivos químicos utilizados en la prueba de campo, todo lo cual consta en el acta de pesaje y toma de muestras que suscriben los intervinientes. También se ha receptado en la audiencia pública de juzgamiento los testimonios del Sargento de policía Miguel Escaleras, del cabo Carlos Maruri y del Sargento Milton Jiménez, quienes acreditan la responsabilidad de la acusada, la que por su parte reconoció ante el Tribunal Penal haber estado en posesión y tenencia de la sustancia sujeta a fiscalización, que le entregó Jhon Jairo dentro de la ropa interior y botas. SEXTO: RESOLUCION.- Con fundamento en las constancias procesales que quedan indicadas se concluye que el delito previsto en el artículo 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas está comprobado en legal forma así como también la responsabilidad de la recurrente, por lo que resulta inadmisibles las causal invocada, que la Sala la desestima. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se declara improcedente el recurso de revisión interpuesto por

Marisol del Rocío Naranjo Moposita y se dispone la devolución del proceso al Tribunal Penal de origen.- Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las tres copias que anteceden son iguales a su original.

Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 670-2005

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 18 de abril de 2007; a las 10h00.

VISTOS: La Corte Superior de Justicia de Tulcán ha dictado la sentencia condenatoria de 04 de marzo de 2005, a las 08h45, mediante la cual atendiendo la consulta del fallo de mayoría dictado por el Tribunal Penal que funciona en dicha ciudad, confirma en lo principal y lo modifica en cuanto admite circunstancias atenuantes para reducir la pena, de doce, a ocho años de reclusión mayor ordinaria que la debe cumplir el imputado Juan Chulca Chilingua por el delito de enriquecimiento ilícito determinado en el Art. 76 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, disponiéndose además que, el vehículo marca Hino modelo XZU412L-HKMOW, motor SO5CTA10284, año 2004, sea devuelto a la Empresa Mercantil “Ecuadoriana de Motores Cía. Ltda.”. La sentencia concluye que en el referido vehículo, supuestamente de propiedad del imputado, se transportó 869.760.000 millones de pesos colombianos camuflados en los largueros y travesaños; el dinero ha sido verificado mediante actas de conteo y entrega inicial al Depositario - Antinarcóticos del CONSEP y luego ha sido depositado en la cuenta del Banco Central del Ecuador según ese funcionario que da fe de estos hechos; en los largueros y tablas del camión han sido encontrados vestigios de clorhidrato de cocaína- marihuana y, además el imputado tiene juicios pendientes por lo que se deduce que él conocía el procedimiento para encaletar u ocultar droga o el dinero que debía transportarlo desde Colombia hasta Ecuador, agregando que “...pretendió enriquecerse y aumentar considerablemente su patrimonio, pues al adquirir un vehículo pagando de contado 10.500 dólares y comprometerse al pago de 5.000 dólares mensuales en el corto plazo de tres meses, lo hizo en confianza de que podía obtener dinero fácil...”, según se expresa en la sentencia.- Para resolver el recurso de casación interpuesto oportunamente por Juan Carlos Chulca Chilingua, considerase: PRIMERO: JURISDICCION Y

COMPETENCIA: La jurisdicción y competencia de la Sala para conocer este juicio está regulado por la Disposición General de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial que fue publicada con el Registro Oficial No. 26 de 26 de mayo de 2005, en armonía con la Resolución de la Corte Suprema de Justicia que fue promulgada en el Registro Oficial No. 183 de 9 de enero de 2006 y, en razón de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema el 21 de noviembre de 2006.

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL: En el trámite de esta causa, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda ocasionar su nulidad; por lo que, este Tribunal de Casación declara la validez de este proceso penal.

TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES: 1.- El Dr. Ernesto Montenegro C. en su condición de Fiscal Distrital de la provincia del Carchi ha dictado la providencia de 10 de noviembre del 2003, fojas 18, manifestando que el 07 de noviembre de aquel año en la Jefatura Antinarcóticos del Carchi se ha recibido una llamada telefónica en la que se informa que el día jueves 6 de noviembre de 2003 un camión marca Hino, color blanco, conducido por Juan Chulca Chilingua se había accidentado a la altura de la parroquia "Julio Andrade" y quien a eso de las 17h50 ha sido localizado en el Hospital "Luis G. Dávila" de Tulcán luego de haber sido intervenido quirúrgicamente por las lesiones sufridas en el accidente de tránsito; posteriormente, se ha verificado que el vehículo accidentado se trataba del camión marca Hino Dutro, color blanco, sin placas, totalmente destruido en la parte frontal, sin mayores daños en el cajón de madera, vehículo que se encontraba en los patios del Comando de Policía Carchi N° 10. 2.- En la investigación de este accidente de tránsito, la policía, al levantar una tabla del piso del cajón de madera, ha constatado la existencia de doble fondo en los travesaños donde han encontrado paquetes con dinero colombiano envueltos en plástico transparente con cinta de embalaje y algunos de ellos atados con cuerdas de nylon blanco; se ha procedido a la destrucción de los doble fondos para constatar las evidencias existentes en los travesaños y largueros del vehículo accidentado, obteniendo de los ocho travesaños y los dos largueros derecho e izquierdo, ciento treinta y tres paquetes de las denominaciones de cincuenta, veinte y diez mil pesos colombianos, alcanzando una cantidad total de ochocientos sesenta y nueve millones setecientos sesenta mil pesos colombianos. 3.- Posteriormente, en el control sur de Tulcán ha sido localizada una camioneta color amarillo perteneciente a la Cooperativa "El Corán" tratando de abandonar la ciudad y logrando detener a los ciudadanos ecuatorianos Noli Agustín Herrera Vicente, Oswaldo Leonidas Pinargoty Parrales y Edison Miguel Shiguango Cuzme quienes han sido identificados por haber ingresado con anterioridad al Hospital "Luis G. Dávila" para visitar a Juan Carlos Chulca, haciéndose pasar como miembros de una aseguradora, han tomado fotografías del vehículo accidentado y han contratado a un abogado defensor para retirar urgentemente el camión. 4.- Adicionalmente, la policía, ha verificado las partículas presuntamente de sustancias estupefacientes encontradas en los doble fondos de los travesaños del cajón de madera, resultando en el análisis con el equipo de SABRE 2000, positivo de cocaína, aunque no señala si el Fiscal designó peritos para el examen químico de la droga que se menciona fue encontrada en "partículas". 5.- Con estos antecedentes, afirma el Fiscal interviniente que, el hecho punible es el de enriquecimiento ilícito que imputa a Juan Carlos Chulca Chilingua, Noli Agustín Herrera Vicente, Oswaldo Leonidas Pinargoty Parrales y Edison

Miguel Shiguango Cuzme por existir suficientes fundamentos en la participación de tales hechos, por cuyas razones resuelve dar inicio a la etapa de instrucción fiscal y pide que el Juez ordene la prisión preventiva de ellos.- 6.- El titular del Juzgado Primero de lo Penal de Tulcán en auto de 11 de noviembre de 2003 fojas 19 vta. 20, avoca conocimiento de la causa, efectúa una ligera descripción de los hechos sobre la base de la aludida instrucción fiscal, en cuya virtud también imputa la comisión del delito de enriquecimiento ilícito como infracción de acción pública de instancia oficial a Juan Carlos Chulca Chilingua, Noli Agustín Herrera Vicente, Oswaldo Leonidas Pinargoty Parrales y Edison Miguel Shiguango Cuzme, ordenando la prisión preventiva del primero de ellos.- 7.- El Tribunal Penal que funciona en la ciudad de Tulcán, en fallo de mayoría dictado el 8 de diciembre de 2004, fojas 678 a 681, declara que Juan Carlos Chulca Chilingua es autor del delito tipificado y reprimido por el Art. 76 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, imponiéndole sin atenuantes la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, ordena la devolución del camión marca Hino, motor SO5CTA10284 a la empresa "Maquinaria Mavesa" por considerar como su legítimo propietario, dispone el comiso definitivo de los dineros incautados y, eleva en consulta la sentencia a la Corte Superior de ese Distrito, la que, con fecha 04 de mayo del 2005, ha emitido la sentencia a través de la cual confirma la dictada por el Tribunal Penal, imponiendo a Juan Chulca Chilingua la pena modificada de ocho años de reclusión mayor ordinaria toda vez que admite circunstancias atenuantes, para lo cual arguye que el imputado **"...pretendió enriquecerse y aumentar considerablemente su patrimonio, pues al adquirir un vehículo pagando de contado 10.500 dólares y comprometerse al pago de cinco mil dólares mensuales en el corto plazo de tres meses, lo hizo en confianza de que podía obtener dinero fácil"**.

CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO: El recurrente en la fundamentación de este recurso, hace las siguientes precisiones: 1.- Que en la sentencia se ha violado la ley, por cuanto existe una falsa aplicación de la misma; y además, por haberla interpretado erróneamente, vulnerando el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. 2.- Que se ha hecho una falsa aplicación de la ley, especialmente en lo que se refiere a los Arts. 143, 79, 86, 91, 92, 94 y 95 del Código de Procedimiento Penal, con respecto al valor del testimonio del acusado, a la valoración de las pruebas materiales, a la designación de peritos y la elaboración de informes, a los medios empleados para la experticia de reconocimiento de la droga; por lo que, también se ha violado el Art. 24, numeral 14 de la Constitución Política de la República. 3.- Que de conformidad a lo que determina el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 115 del Código de Procedimiento Civil, no se ha aplicado a su favor la duda razonable con respecto a la materialidad del tráfico ilícito de estupefacientes o precursores químicos o enriquecimiento ilícito que significa el principio universal del indubio pro reo. Que no se ha aplicado a su favor la presunción de inocencia reconocida en los Arts. 192 y 24 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el Art. 311 del Código de Procedimiento Penal, por lo que cabe a su favor la absolución. Que también el Tribunal de lo Penal ha violado los Arts. 86, 143, 250, 304-A y 311 del Código de Procedimiento Penal y Art. 76 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- La Dra. Cecilia Armas Erazo de Tobar, Ministra Fiscal General del Estado, subrogante, en

su dictamen manifiesta lo siguiente : 1.- Que en la sentencia se advierte que el Tribunal de lo Penal del Carchi, declara que se ha comprobado conforme a derecho, tanto la existencia de la infracción, como la responsabilidad penal del recurrente, lo cual está sustentado en las siguientes pruebas: a) testimonio del Teniente Coronel Claudio Guerra, quien manifiesta que tenía conocimiento de la transportación de droga; que al conocer el accidente de tránsito de un camión Hino, ocurrido en la parroquia Julio Andrade, provincia del Carchi, al verificarlo se constató que el chofer del vehículo Juan Carlos Chulca, se encontraba en el hospital y el vehículo en las instalaciones policiales y que cuando la policía levantó los tableros del cajón del automotor, se encontró billetes de moneda colombiana envueltos en plásticos tanto en los travesaños como en los largueros. Afirma el declarante que les informaron que una camioneta amarilla venía con otras personas a rescatar el dinero, la misma que fue retenida con sus ocupantes. Así mismo agrega que se procedió a realizar un barrido para detectar presencia de partículas de droga con el Equipo Sabre 2000, dando positivo y presenta un video que revela la forma como se encontró el dinero debidamente camuflado; b) los testimonios de los policías Angel Erráez, Darwin Andrade y Germán Ayala, quienes narran que conjuntamente con el Fiscal Dr. Iván Sandoval procedieron a levantar los travesaños del cajón del vehículo, donde se encontraron los billetes de denominaciones altas de 50, 20 y 10 mil pesos colombianos, posteriormente tomaron contacto con la madre del ciudadano Juan Carlos Chulca, conductor del camión accidentado, quien tenía en su poder 1000 dólares americanos que le había entregado Noli Herrera para las curaciones de su hijo. El Policía Andrade, sostiene que localizó al herido del accidente de tránsito en el hospital de Tulcán, quien era conocido como "chavalo", constatando que Noli Herrera ingresó al hospital a conversar con Chulca; que en el vehículo accidentado, se encontraron 133 paquetes con billetes, envueltos con plástico transparente en los travesaños y largueros; que en el control sur detuvieron a la camioneta con personas que se hicieron pasar por empleados de una aseguradora; afirma que encontró dos hojas de cuaderno en el que se indicaba cuatro viajes y la anotación de mil dólares. El Policía Ayala manifiesta que el recurrente en la versión dijo que el dinero le pertenecía a José Rivadeneira, y que tenía que trasladarlo hasta la ciudad de Esmeraldas, que no tenía relación alguna con Herrera, pero la casa comercial donde Juan Carlos Chulca compró el vehículo tenía registrado como garante a Noli Herrera, c) el Policía José Luis Gómez afirma haber realizado la experticia con el equipo Sabre 2000, confirmando el resultado positivo de dicho examen sobre la presencia de partículas de droga en el camión; d) testimonio de Marcelo Noboa, Depositario del CONSEP-Carchi manifiesta haber recibido en custodia dos vehículos un camión marca Hino blanco y una camioneta amarilla, la cantidad de ochocientos sesenta y nueve millones setecientos sesenta mil pesos colombianos, cuatro teléfonos celulares, y el comprobante de depósito del Banco Central por la totalidad del dinero incautado; e) el acusado en su testimonio manifiesta que José Rivadeneira le ofreció un flete, el que consistía en llevar dinero a Esmeraldas pero en forma camuflada, para lo cual debía ser constituido un cajón con los espacios para transportar el mismo, esto lo hicieron en Ipiales, y durante el viaje iba ser custodiado por Rivadeneira, además dice que el vehículo lo adquirió a crédito a tres meses plazo con un pago mensual de USD 5.000; f) los testimonios de José Rivadeneira y Hernán Sanabria afirman haber suscrito un contrato de compra-

venta de una hacienda en el valor de trescientos setenta mil dólares de propiedad de Rivadeneira por herencia de su padre, situada en la provincia de Esmeraldas; que tuvo que trasladarse a la ciudad de Ipiales a recibir dinero que Sanabria le entregaba y que por consejo de él debía llevarlo camuflado. 2.- El Tribunal considera que se ha comprobado la existencia de la infracción, con las pruebas presentadas por el Ministerio Público en la audiencia, y con respecto a la responsabilidad del acusado ha quedado demostrado que actuó con conciencia y voluntad, los resultados de la prueba de Sabre 2000 han dado positivo la presencia de partículas de cocaína y marihuana, en el vehículo que conducía, del certificado otorgado por el Juzgado Penal Décimo Primero de Pichincha se establece que el acusado tiene pendiente un juicio por tráfico de estupefacientes, además considera el Tribunal que la situación económica del acusado no le permitía pagar el valor de \$ 5.000,00 mensuales por las letras de la adquisición del vehículo, razones que llevan a dictar sentencia condenatoria; 3.- Dice la Ministra Fiscal que, la pretensión del recurrente de que se analicen las pruebas, no tiene asidero, porque éstas ya fueron valoradas por el Tribunal Penal, en aplicación a las reglas de la sana crítica, como lo preceptúa el Art. 86 ibídem, habiendo llegado al convencimiento de que existen presunciones probadas, graves, precisas y concordantes, que determinan el nexo causal entre la infracción y sus partícipes, como lo ordenan los Arts. 87 y 88 del cuerpo legal aludido, más aún cuando de las pruebas producidas ante el Tribunal Penal, se determina que en el vehículo de propiedad de Chulca se encontraron camuflados paquetes de dinero, cuya procedencia no se pudo justificar, tanto más cuanto que, existen presunciones de que allí se transportó droga conforme aparece de la prueba del Sabre 2000; pruebas que dejan sin sustento la alegación de la duda razonable sostenida por el recurrente, y que impide la aplicación de la institución del indubio pro reo, al haberse comprobado la participación del sentenciado en el hecho que se juzga; así como tampoco se evidencian trasgresiones constitucionales, toda vez que es evidente que el acusado ha ejercido las garantías del debido proceso, sin limitación alguna. Mediante el recurso de casación, no puede corregirse aquellos errores de trámite que debieron exponerse al momento de la audiencia preliminar; conforme lo establece el Art. 229 del Código Procesal Penal; más aún cuando el juzgador no se sustentó en el informe pericial del Sabre 2000, sino en el testimonio del perito que lo rindió en la audiencia, cuyas conclusiones científicas no pudieron ser controvertidas. De lo mencionado se puede concluir que no existe violación de la ley en la sentencia de mayoría, dictada por el Tribunal Penal del Carchi, razón por la cual estima que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por Juan Carlos Chulca Chiliquinga, por ser improcedente, dice en la parte final la Fiscalía. SEXTO: ANALISIS DE LA SALA: 1.- El recurso de casación es de naturaleza extraordinaria que tiene por finalidad determinar si en la sentencia dictada por los jueces se ha incurrido o no en las violaciones de ley conforme lo establece el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. A la Sala no le compete reexaminar el recaudo probatorio, así como tampoco realizar la valoración de los elementos de convicción que sirvieron al juzgador para llegar a la certeza, no solamente de la materialidad de la infracción, sino también de la responsabilidad penal que pudiera tener el imputado, excepto, cuando exista evidencia de que la sana crítica, no se haya fundamentado en la realidad procesal; pues, solamente en este caso, cabe su impugnación. 2.- El Art. 73 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y

Psicotrópicas, establece dos elementos fácticos para que pueda configurarse el delito de enriquecimiento ilícito: a) Que sobre el imputado existan presunciones de que es productor o traficante ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o de precursores u otros productos químicos específicos o se halle involucrado en otros delitos previstos por la referida ley; y, b) Que directamente o por interpuesta persona realice gastos o aumente su patrimonio o el de un tercero en cuantía no proporcionada a sus ingresos y que no haya podido justificar la legalidad de los medios empleados para efectuar esos gastos u obtener el incremento patrimonial. 3.- En este caso, a más de las precisiones que hace la Ministra Fiscal, el recurrente en su VERSION de fojas 38 y 39 del proceso, rendida ante la Fiscal interviniente y que fue RATIFICADA en todas sus partes en la audiencia de juzgamiento, entre otras cosas admite los siguientes hechos: a) Que en su calidad de chofer tenía pleno conocimiento de que en el vehículo que él manejaba, se iba a transportar, desde la ciudad de Ipiales, una gran cantidad de dinero colombiano, hasta la ciudad de Esmeraldas, camuflado en dobles fondos que previamente fueron elaborados bajo su consentimiento; b) Que el vehículo marca HINO en el que se transportó el dinero lo había comprado el 26 de septiembre del 2003, en la ciudad de Ambato, en la cantidad de \$ 25.000 y que dio de entrada poco más de \$ 10.000 y que el saldo lo iba a pagar en cuotas de CINCO MIL DOLARES mensuales; c) Que su trabajo es como chofer y que conjuntamente con su mujer tienen un negocio de ropa por todo lo cual tienen un ingreso de OCHOCIENTOS DOLARES MENSUALES; d) Que fue detenido una sola vez, por el delito de TRAFICO DE DROGAS en la ciudad de Santo Domingo de los Colorados. 4.- En efecto a fojas 70 de los autos y dentro del informe investigatorio de la policía, de fecha 08 de diciembre del 2003, en el que se narra con lujo de detalles la descripción del delito, así como la responsabilidad penal del imputado, consta que JUAN CARLOS CHULCA CHILQUINGA, registra dos detenciones, una por compra de artículos robados y otra por TRAFICO DE PRECURSORES QUIMICOS; y, en el mismo informe que consta como ANEXO No. 15, se encuentra agregado otro informe de fecha 06 de julio de 1999, y que se refiere al caso ANTIDROGAS denominado "OPERACION RETORNO", expresando en la p. 165 con respecto al detenido JUAN CARLOS CHULCA CHILQUINGA que: "el 26 de junio de 1999, a las 15h40 fue localizado en el punto de vigilancia el camión NISSAN conducido por JUAN CARLOS CHULCA CHILQUINGA, conocido en la organización narcodelictiva como "chavalo" y que al ser revisado el vehículo se encuentra un DOBLE FONDO en el piso de cajón, en donde al levantarlas se encontró TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE PAQUETES DE DROGA que posteriormente al realizar las pruebas de campo respondió positivo a CLORHIDRATO DE COCAINA". En este último informe y a fojas 162 consta que a esa fecha ya tenía una detención anterior "POR TRAFICO DE PRECURSORES QUIMICOS". 5.- De todo aquello deviene que el juzgador tuvo suficientes elementos fácticos para determinar tanto la materialidad de la infracción, así como la responsabilidad penal del imputado, quien sin lugar a dudas ha adecuado su conducta a las circunstancias del Art. 76 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en razón de que, por una parte se establece claramente que el imputado ha estado involucrado en otros delitos previstos en esta ley, así también por el hecho de haber adquirido bienes (el camión), en una cuantía no proporcionada a sus ingresos

(OCHOCIENTOS DOLARES MENSUALES) y ocultar en el camión una millonaria cantidad de pesos colombianos. Para esta precisión, ni siquiera es menester determinar a quien iba destinado el dinero incautado, ni quién era su verdadero propietario. Sin embargo de lo expresado, no deja de resultar extraño que el solo hecho de transportar dinero camuflado, en doble fondo, de la misma manera en que fue encontrado anteriormente la droga en un vehículo del imputado, induce al juzgador a determinar su ilicitud, ya que no se entiende que siendo el dinero para el pago de una transacción supuestamente lícita, no se haya depositado el dinero electrónicamente, por intermedio del sistema bancario internacional. SEPTIMO: RESOLUCION.- Por todo lo expuesto y acogiendo el dictamen fiscal, la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de conformidad a lo que dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal declara improcedente el recurso de casación interpuesto por JUAN CARLOS CHULCA CHILQUINGA, disponiéndose que se remita este proceso al Tribunal de origen para el cumplimiento de la sentencia. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi (V.S), Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.

Certifico: f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las doce copias que anteceden son iguales a su original.

Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.
VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO DR. JAIME CHAVEZ YEROVI

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 18 de abril del 2007; a las 10h00.

VISTOS: La Corte Superior de Justicia de Tulcán ha dictado la sentencia condenatoria de 4 de marzo de 2005, a las 08h45, mediante la cual atendiendo la consulta del fallo de mayoría del Tribunal Penal que funciona en dicha ciudad, confirma en lo principal y lo modifica en cuanto admite circunstancias atenuantes para reducir la pena a ocho años de reclusión mayor ordinaria que la debe cumplir el imputado Juan Chulca Chilquinga y dispone que el vehículo marca Hino modelo XZU412L-HKMQW, motor SO5CTA10284, año 2004, sea devuelto a la Empresa Mercantil "Ecuatoriana de Motores Cía. Ltda.", para todo lo cual arguye que él ha cometido el delito de enriquecimiento ilícito determinado por el Art. 76 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas puesto que en el indicado vehículo de "su propiedad" transportó 869.760.000 millones de pesos colombianos camuflados en los largueros y travesaños; el dinero ha sido verificado mediante actas de conteo y entrega inicial al Depositario- Antinarcóticos del CONSEP y luego ha sido depositado en la cuenta del Banco Central del Ecuador según ese funcionario que da fe de estos hechos. En los largueros y tablas del camión han sido encontrados vestigios de clorhidrato de cocaína-marihuana y, tiene juicios pendientes, por lo que deduce que el

acusado conocía el procedimiento para encajetar u ocultar droga o el dinero que debía transportarlo desde Colombia hasta Ecuador, agregando que "...pretendió enriquecerse y aumentar considerablemente su patrimonio, pues al adquirir un vehículo pagando de contado 10.500 dólares y comprometerse al pago de 5.000 dólares mensuales en el corto plazo de tres meses, lo hizo en confianza de que podía obtener dinero fácil...", según expresa.- Para resolver el recurso de casación interpuesto oportunamente por Juan Carlos Chulca Chilingua, fojas 9 del cuaderno formado en la indicada Corte de Justicia, considérase: PRIMERO: La competencia de la Sala para conocer la aludida demanda está regulada por la Disposición General de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial que fue publicada con el Registro Oficial No. 26 de 26 de mayo de 2005, en armonía con la Resolución de la Corte Suprema de Justicia que fue promulgada en el Registro Oficial No. 183 de 9 de enero de 2006 y, en razón de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema el 21 de noviembre de 2006.- SEGUNDO: El recurso de casación es de naturaleza extraordinaria que tiene por finalidad determinar si en la sentencia dictada por los jueces se ha incurrido o no en las violaciones de ley que contempla el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. Para ese propósito, ha menester describir los hechos constitutivos del delito investigado desde el momento mismo que el representante del Ministerio Público decide iniciar el proceso penal.- TERCERO: El Dr. Ernesto Montenegro C. en su condición de Fiscal Distrital de la Provincia del Carchi ha dictado la providencia de 10 de noviembre del 2003, fojas 18, manifestando que el 7 de noviembre de aquel año en la Jefatura Antinarcoóticos del Carchi se ha recibido una llamada telefónica comunicando que el día jueves 6 de noviembre de 2003 un camión marca Hino, color blanco, conducido por Juan Chulca Chilingua se había accidentado a la altura de la parroquia "Julio Andrade"; a eso de las 17h50 es localizado el ciudadano Juan Carlos Chulca Chilingua en el Hospital Luis G. Dávila de Tulcán quien había sido intervenido quirúrgicamente de las lesiones sufridas en accidente de tránsito; posteriormente, se ha verificado el vehículo accidentado que se trataba del camión marca Hino Dutro, color blanco, sin placas, totalmente destruido en la parte frontal, sin mayores daños en el cajón de madera, vehículo que se encontraba en los patios del Comando de Policía Carchi No. 10 y al levantar una tabla del piso del cajón de madera, se ha constatado la existencia de dobles fondos en los travesaños donde han encontrado paquetes con dinero colombiano envueltos en plástico transparente con cinta de embalaje y algunos de ellos atados con cuerdas de nylon blanco; se ha procedido a la destrucción de los dobles fondos para constatar las evidencias existentes en los travesaños y largueros del vehículo accidentado, obteniendo de los ocho travesaños y los dos largueros derecho e izquierdo, ciento treinta y tres paquetes de las denominaciones de cincuenta, veinte y diez mil pesos colombianos, alcanzando una cantidad total de ochocientos sesenta y nueve millones setecientos sesenta mil pesos colombianos; en el control sur de Tulcán ha sido localizada una camioneta color amarillo perteneciente a la Cooperativa "El Corán" tratando de abandonar la ciudad y logrando detener a los ciudadanos ecuatorianos Noli Agustín Herrera Vicente, Oswaldo Leonidas Pinargoty Parrales y Edison Miguel Shiguango Cuzme quienes han sido identificados cuando ingresaban al Hospital Luis G. Dávila para visitar a Juan Carlos Chulca, se han hecho pasar como miembros de una aseguradora, han tomado fotografías del vehículo

accidentado y han contratado a un abogado defensor para retirar urgentemente el camión. Adicionalmente, han verificado las partículas de sustancias estupefacientes encontradas en los dobles fondos de los travesaños del cajón de madera, refiriendo como resultado positivo de cocaína, aunque no señala si el Fiscal designó peritos para el examen químico de la droga que menciona fue encontrada en "indicios" o "partículas". Con estos antecedentes, afirma que el hecho punible es el delito de enriquecimiento ilícito que imputa a Juan Carlos Chulca Chilingua, Noli Agustín Herrera Vicente, Oswaldo Leonidas Pinargoty Parrales y Edison Miguel Shiguango Cuzme por existir suficientes fundamentos en la participación de tales hechos, por cuyas razones resuelve dar inicio a la etapa de instrucción fiscal y pide que el Juez ordene la prisión preventiva de ellos.- El titular del Juzgado Primero de lo Penal de Tulcán con auto de 11 de noviembre de 2003 fojas 19 vlt. y 20, avoca conocimiento de la causa, efectúa una ligera descripción de los hechos sobre la base de la aludida instrucción fiscal, en cuya virtud también imputa la comisión del delito de enriquecimiento ilícito como infracción de acción pública de instancia oficial a Juan Carlos Chulca Chilingua, Noli Agustín Herrera Vicente, Oswaldo Leonidas Pinargoty Parrales y Edison Miguel Shiguango Cuzme, ordenando la prisión preventiva del primero de ellos.- CUARTO: El Tribunal Penal que funciona en la ciudad de Tulcán, en fallo de mayoría dictado el 8 de diciembre de 2004, fojas 678 a 681, declara que Juan Carlos Chulca Chilingua es autor de delito tipificado y reprimido por el Art. 76 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, imponiéndole sin atenuantes la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, ordena la devolución del camión marca Hino, motor SO5CTA10284 a la empresa "Maquinaria Mavesa" "como su legítimo propietario" y, eleva en consulta la sentencia a la Corte Superior de ese Distrito. Tribunal que ha emitido la sentencia de 4 de mayo de 2005 a través de la cual confirma la dictada por el Tribunal Penal, imponiendo a Juan Chulca Chilingua la pena modificada de ocho años de reclusión mayor ordinaria toda vez que admite circunstancias atenuantes, para lo cual arguye que el imputado "...pretendió enriquecerse y aumentar considerablemente su patrimonio, pues al adquirir un vehículo pagando de contado 10.500 dólares y comprometerse al pago de cinco mil dólares mensuales en el corto plazo de tres meses, lo hizo en confianza de que podía obtener dinero fácil..."; es decir, no asevera que Chulca Chilingua se haya enriquecido ilegalmente ni determina la cuantificación que significaría la situación real de su economía en comparación con la anterior que tenía de modo previo y antes de la presunta comisión del ilícito; lo que hace es deducir o colegir que "pretendió enriquecerse", sin considerar las circunstancias naturales que preceden a un contrato de compra venta de vehículo como son las relativas al pago parcial del precio, giramiento de letras para pagos periódicos al término de cada mes, venta realizada con reserva de dominio, etc., todo lo cual evidencia normalidad si se quiere en la celebración de tal contrato que no comporta ningún vicio de enriquecimiento ilícito, tanto más si fue de fecha anterior a la infracción materia de este enjuiciamiento penal. Nótese que el Art. 76 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, exige en principio que "...existan presunciones de que es productor o traficante ilícito de sustancias estupefacientes..." y, en la segunda parte de dicho precepto penal requiere que la persona imputada "...realice gastos o aumente su patrimonio o el de un tercero en cuantía no proporcionada a sus ingresos sin justificar la legalidad de

los medios empleados...”, exigencia esta última que es de carácter concreto y objetivo. En el caso que nos ocupa no se ha demostrado fehacientemente ninguno de esos presupuestos ya que no consta del proceso que Chulca Chilingua haya aumentado su patrimonio en cuantía no proporcional a sus ingresos, condición que en esencia caracteriza el enriquecimiento ilícito. Si consta mediante prueba instrumental que compró el vehículo a plazos en fecha anterior al delito, pagando una cantidad inicial y el saldo en cuotas mensuales, se reitera que no asoma viso alguno de enriquecimiento ilícito y el juzgador mal puede aventurar sus expresiones para afirmar deleznablemente que el acusado “... pretendió enriquecerse...” y derivar de ello el grado de responsabilidad penal que ha extraído la Corte Superior de Tulcán. Pues, para dictar sentencia condenatoria es imprescindible necesario que el juzgador cuente con la certeza de haberse probado la dualidad legal consistente en la existencia material del delito y la responsabilidad penal, conceptos que son de carácter objetivo y no meramente abstracto ni subjetivo, según el texto del citado precepto legal que se ha mantenido tanto en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Art. 76, como en la Codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que fue promulgada por el Registro Oficial No. 490 del 27 de noviembre de 2004, Art. 73, en relación con el Art. 304-A del Código Adjetivo Penal en vigencia.- QUINTO: La cantidad de ochocientos sesenta y nueve millones setecientos sesenta mil pesos colombianos que fueron encontrados en el día y hora de autos entre los largueros y travesaños del camión marca Hino, ha sido depositada en la cuenta del Banco Central del Ecuador y el depositario del CONSEP en la provincia del Carchi da cuenta de ello, de tal manera que ese dinero está a buen recaudo, no le pertenece ni le ha pertenecido al procesado Chulca Chilingua que luego del accidente sufrido ha quedado hospitalizado, mientras que el vehículo que conducía ha sido llevado por la Policía del Carchi. También han encontrado según el Parte Policial “... vestigios de clorhidrato de cocaína - marihuana...” pero, no se ha evacuado ningún reconocimiento químico ni peritaje para determinar a qué tipo de drogas correspondían tales sustancias y el peso de ellas.- Por estas consideraciones, se establece clara y categóricamente que la prueba actuada no es compatible con el ilícito perseguido y, por ende, no se ha demostrado la materialidad de la infracción ni el grado de participación, por cuyas motivaciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de acuerdo con los Arts. 349 y 358 del Código de Procedimiento Penal se casa la sentencia recurrida ya que la Corte Superior de Tulcán ha contravenido expresamente al texto legal del enriquecimiento ilícito imputado y, en consecuencia, se enmienda en estos términos la violación de la ley, dictándose sentencia absolutoria a favor del ciudadano Juan Carlos Chulca Chilingua cuya libertad será librada por el Tribunal Penal de Tulcán que es el Juez ejecutor de esta decisión. Ejecutoriado que fuese el fallo, devuélvase el proceso para los fines legales. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.- Certifico.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 58-2006

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 24 de abril del 2007; a las 11h30.

VISTOS: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala Penal tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el presente juicio, de conformidad con lo que establece la Primera Disposición General de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial No. 26 del jueves 26 de mayo del 2005, así como en virtud de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006 y legal posesión de los cargos.- SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal.- TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.- El doctor Alexis García Adum, defensor de oficio del condenado Juan Evangelista Vera Montiel, interpuso oportunamente recurso de casación de la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal Segundo de lo Penal de Los Ríos el 19 de abril del 2005, que le impuso la pena de 12 años de reclusión mayor extraordinaria como autor de asesinato, más el pago de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, pues consta del proceso que Josefa Esperanza Garcés Sánchez en calidad de hija del decesado Lucas Trifones Garcés Pérez se presentó en este juicio como acusadora particular.- Concedido el recurso y sorteada la causa su conocimiento correspondió a esta Sala, competente por lo mismo para resolver la impugnación.- CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- El recurrente en cumplimiento de lo dispuesto por el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal fundamentó su recurso de casación mediante escrito que se incorpora de fojas 3 a 7 del expediente de la Sala y manifiesta que el Tribunal Segundo de lo Penal de Los Ríos ha contravenido el Art. 24 numerales 4 y 7 de la Constitución Política de la República por cuanto se detuvo ilegalmente a su defendido y además desechó sus alegaciones afirmando que no pueden permitir la impunidad de un delito execrable lo que demuestra la animadversión de los jueces en contra de su defendido; así mismo asegura que se ha hecho una falsa aplicación del Art. 192 de la Carta Política que establece que el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia y hará efectivas las garantías del debido proceso, lo cual ha sido inobservado. También agrega que se ha contravenido el texto de los Arts. 79, 80, 83, 84, 88 y 94 del Código de Procedimiento Penal, sobre todo porque las pruebas se han practicado violando la ley, por cuanto el reconocimiento y la autopsia del cadáver, así como el reconocimiento del lugar de los hechos han sido realizados por peritos “empíricos” sin ninguna especialización contraviniendo lo dispuesto por el Art. 94 del Código de Procedimiento Penal, motivo por el cual los informes periciales carecen de eficacia probatoria.- Impugna también la actuación del policía Angel Miguel Camino Caisahuano por haber privado de la libertad a su

cliente sin orden del Juez lo que constituye una violación constitucional; además expresa que se ha contravenido el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal porque nunca se presentó el arma homicida, y además porque el Tribunal Penal declaró comprobado el hecho en base a presunciones.- QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- La señora Ministra Fiscal General subrogante en su dictamen agregado al expediente expresa que realizado el análisis del fallo no encuentra violación de la ley en la que hubiere incurrido el Tribunal Penal, porque de acuerdo a su criterio se encuentra probada la materialidad de la infracción, así como la participación y consecuente culpabilidad del sentenciado como autor del delito de asesinato, por lo que concluye solicitando a la Sala declarar improcedente el recurso.- SEXTO: ANALISIS DE LA SENTENCIA.- 1).- Observa el recurrente que tanto el reconocimiento del lugar como el reconocimiento y autopsia del cadáver del decesado y los informes emitidos por los peritos carecen de eficacia probatoria por cuanto no poseen especialización y son empíricos en la materia, pretendiendo así enervar la prueba actuada en la etapa del juicio en la que se acreditó la existencia de la infracción; tales objeciones son impertinentes dado que el Art. 95 del Código de Procedimiento Penal permite al Fiscal lo mismo que al imputado designar un perito y en caso de no existir especialistas habilitados puede inclusive nombrar a personas mayores de edad y de reconocida honradez y probidad que posean conocimientos sobre la materia a informar. En el caso, han intervenido en la comprobación de la existencia material del delito contra la vida en calidad de peritos dos profesionales médicos, y en el reconocimiento del lugar de los hechos han actuado dos peritas que han cumplido su cometido en forma objetiva ilustrando el informe con tomas fotográficas, inclusive del madero presuntamente utilizado para golpear y causar un trauma craneo-encefálico a la víctima, que originó su muerte; por lo mismo no se ha vulnerado ni las garantías constitucionales del debido proceso ni las normas procedimentales, tanto más que esas diligencias han sido judicializadas ante el Tribunal Penal durante la etapa del juicio.- 2).- En la sentencia consta que el Tribunal Penal aceptó la prueba testimonial que le ha permitido formar criterio y concluir que tanto Vera Montiel como Garcés Pérez momentos antes se encontraban discutiendo en un establecimiento del recinto Roncador del cantón Mocache, provincia de Los Ríos, apareciendo al día siguiente el cadáver de Garcés en el patio de una casa abandonada, señalando los declarantes como responsable a Vera, cuyos zapatos dejaron huellas en la tierra.- 3).- Las presunciones del nexo causal entre la infracción y el responsable se encuadran en lo establecido por el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal, y aunque no es discutible por lo mismo la existencia comprobada conforme a derecho, del ilícito contra la vida y la autoría del recurrente, no es menos cierto en cambio que en el fallo del Tribunal Penal no se determina cómo se produjo el hecho y en qué momento operó la circunstancia agravante de la alevosía constitutiva del delito de asesinato, que describe y sanciona el numeral 1 del Art. 450 del Código Penal.- De ahí que el análisis del Tribunal en este punto no se encuadra en una correcta tipificación, error que perjudica al justiciable y debe ser rectificado, por lo que la Sala declara comprobado el delito de homicidio simple previsto en el Art. 449 del Código ibídem, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes señaladas en los numerales 6 y 7 del Art. 29 en concordancia con la norma modificatoria de la pena del Art. 72, ambos del Código Penal.- 4).- En definitiva del examen

de la sentencia se concluye que no existe violación de las normas constitucionales en especial de los numerales 4 y 7 del Art. 24, lo primero, porque de ser cierto que el policía detuvo a Vera sin orden de Juez el acto debió ser sancionado por su propia autoridad, y lo segundo, porque en el decurso del proceso se ha garantizado la presunción de inocencia del imputado hasta el momento en que el Tribunal Penal con vista de las pruebas pronunció la sentencia de condena.- En cambio, resulta evidente para esta Sala la equivocada subsunción del acto punible al tipo delictivo en que ha incurrido el Tribunal Penal de Los Ríos, por haber hecho una falsa aplicación de la ley al calificar como asesinato un hecho que, dadas las circunstancias, deviene en homicidio simple.- Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala acepta en parte el recurso de casación por lo que rectificando el error en la tipificación declara a Juan Evangelista Vera Montiel, como autor responsable del delito de homicidio simple previsto en el Art. 449 del Código Penal, a quien impone la pena modificada por las atenuantes de seis años de reclusión mayor ordinaria debiendo descontarse el tiempo que haya estado privado de la libertad por esta causa.- Se ratifica el pago de daños y perjuicios y también de las costas procesales.- Devuélvase el proceso al Tribunal Penal de origen para los fines de ley.- Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces. Certifico.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las cuatro copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 130-2006

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 17 de abril del 2007; a las 15h00.

VISTOS: El Tribunal Segundo de lo Penal de Chimborazo ha dictado sentencia condenatoria el 11 de octubre de 2005 mediante la cual declara que el acusado Jorge Enrique León Rea es autor responsable del delito de violación sexual previsto por los Arts. 512 caso 3) y 513 parte final del Código Sustantivo Penal, imponiéndole la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria con deducción del tiempo que haya permanecido en detención por esta causa, la interdicción y la suspensión de los derechos de ciudadanía por igual tiempo, arguyendo que se ha comprobado la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado en la comisión del delito que se le atribuye, en la persona de la menor adulta Viviana Huilca Rea, según manifiesta.- Para resolver el recurso de casación interpuesto oportunamente por Jorge Enrique León Rea, considérase: PRIMERO: La competencia de la Sala para conocer la aludida demanda está regulada por la Disposición General de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial que fue publicada en el Registro Oficial Nro. 26 de 26 de mayo de 2005, en armonía con la Resolución de la Corte Suprema de Justicia que fue promulgada en el Registro Oficial Nro. 183 de 9 de enero de 2006 y, en razón de la designación efectuada por el Pleno de la Corte

Suprema el 21 de noviembre de 2006.- SEGUNDO: Sobre la base de las diligencias actuadas durante la Indagación Previa Nro. 99-05, fojas 1 a 7 y 8 a 14 del cuaderno de primer nivel, el abogado Oswaldo Vaca Bósquez en su condición de Agente Fiscal del Distrito de Chimborazo ha dictado la providencia de 4 de mayo de 2005, fojas 15, señalando que del parte suscrito por el Policía Hugo Yungán y denuncia de Norma Susana Rea Tingo se viene en conocimiento que el día sábado 30 de abril de 2005 en horas de la madrugada ha llegado Jorge Enrique León Rea al domicilio ubicado en el barrio "21 de Abril" calle Juan Montalvo Cuarta Longitudinal, quien aprovechando que no se encontraba Norma Susana Rea Tingo ha procedido a violar a la menor Viviana Noemí Huilca Rea, ha retirado cosas de tal domicilio y se ha ido a la cancha de volley ubicada en las calles 9 de Octubre y Rocafuerte donde ha sido detenido por miembros de la Policía; el sospechoso en su versión ha reconocido haber mantenido relaciones con su hijastra por el recto, en cuya virtud se ha practicado el reconocimiento médico legal con la intervención del perito Dr. Julio Banda Tenenpaguay quien en su informe concluye que la ofendida Viviana Noemí Huilca Rea presenta su membrana himen anular íntegra, la hipotonía de esfínteres anales y las laceraciones descritas a nivel de pliegues radiados del ano, han sido producidos por la penetración reciente de un agente vulnerante por vía posterior o anal, añadiendo que de la partida de nacimiento se establece que Viviana Noemí Huilca Rea tiene la edad de 15 años, por cuyas razones el Fiscal considera que se trata de un delito de violación que imputa a Jorge Enrique León Rea y pide que el Juez disponga la prisión preventiva.- El Juez Primero de lo Penal de la ciudad de Riobamba en auto dictado el 4 de mayo de 2005, fojas 17, efectúa una descripción de los hechos que contiene la instrucción fiscal, avoca conocimiento de la causa y ordena la prisión preventiva de Jorge Enrique León Rea.- TERCERO: La materialidad de la infracción en la forma prevista por los Arts. 91, 92, 95 y 103 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, se desprende de la prueba instrumental que está constituida por el parte que ha emitido el Cabo de Policía Hugo Yungán en la ciudad de Riobamba el 30 de abril de 2005, fojas 1 y 7, reconocimiento médico ginecológico de Viviana Noemí Huilca Rea, fojas 5 e informe médico legal del Dr. Julio Banda T. fojas 12 a 13 del cuaderno de primer nivel, en el cual el perito concluye que la examinada mantiene la membrana himen anular íntegra, pero, "La Hipotonía de esfínteres anales y las laceraciones descritas a nivel de pliegues radiados del ano, fueron producidos por la penetración reciente de un agente vulnerante por vía posterior o anal" y, sugiere que la reconocida reciba tratamiento psicológico; el instrumento público de fojas 9 que es la partida de nacimiento de Viviana Noemí Huilca Rea ocurrido en Riobamba el 6 de enero de 1990, es decir, a la fecha de los hechos investigados ha contado con la edad de 15 años con 3 meses; con el informe presentado por el Cabo de Policía Lcdo. Simón Tapia Lara fojas 23 a 25; con la ampliación de fojas 46 presentada por el Perito Dr. Julio Banda T., quien se ratifica en su informe Nro. 001-DML-2005, indicando que han sido tomadas muestras del conducto recto anal y remitidas a criminalística para investigar la presencia de espermatozoides y, que no se han evidenciado lesiones traumáticas en las áreas para genital ni extra genital; y, con la diligencia sobre el reconocimiento del lugar cuyo informe obra de fojas 53 a 54, todo lo cual está corroborado por Jorge Enrique León Rea en la versión libre de fojas 2, quien manifiesta que el día sábado 30 de abril de 2005 llegó a su casa "...como a las 05h00 del

siguiente día en estado étlico, le pregunté a mi hijastra de nombres Viviana de 17 años, no vendrá tu mamá, la cual me dice que no, para lo cual me acosté en la cama de ella a abrazarle, mantuvimos relaciones con mi hijastra Viviana por el recto...", declaración esta que ha sido rendida no solo en presencia del representante del Ministerio Público y Cabo de Policía Simón Tapia, sino también del Defensor Público Dr. Jaime Valverde, circunstancia que legitima la diligencia y torna en desestimable e inadmisibles la ulterior retractación que pretende realizar en contraposición con la garantía básica que contempla el Art. 24 numeral 5) de la Constitución Política de la República.- CUARTO: La responsabilidad del imputado como autor de la infracción investigada, está demostrada también con los testimonios rendidos durante la audiencia privada de juzgamiento, fojas 69 a 77, testimonios de los policías Simón Tapia Lara, Julio Banda Tenenpaguay, Carlos Poma Copa, quienes se ratifican en los informes presentados.- QUINTO: El acusado Jorge Enrique León Rea en la versión de fojas 2 afirma haber mantenido "...relaciones con mi hija Viviana por el recto..." y, la agraviada Viviana Noemí Huilca Rea en la versión libre de fojas 8, declara con su curadora que Jorge León llegó a la casa un poco tomado, preguntó por Norma Rea y luego le dijo que se "...saque la ropa y yo comencé a gritar, de ahí me dio un chirrido en la cara y me dijo que me calle, yo grité pero nadie me escuchó, y ya no pude hacer nada...", añadiendo "...me cogió me desvestió y me penetró por atrás, me dijo que estaba conciente de lo que hacía y que no me hacía nada por delante porque yo podía quedar embarazada, entonces que me hace por atrás, así me tuvo desde las cuatro de la mañana hasta las seis de la mañana...", todo lo cual comportan las circunstancias agravantes previstas por los Arts. 30 numeral 1) parte final, 31 y 596 del Código Sustantivo Penal, puesto que perpetró el delito prevaleciendo de su condición de ascendiente político e ingresó al lecho de la víctima, en cuya virtud no procede la aceptación de circunstancias atenuantes que modifiquen la pena; pero, tampoco procede agravar la situación jurídica de Jorge León Rea pues imperativamente lo prohíbe el Art. 24 numeral 13) de la Constitución Política toda vez que ha sido el único que ha recurrido de la sentencia dictada por el Tribunal Penal Segundo de Chimborazo que le declaró autor responsable de la infracción tipificada y reprimida por los Arts. 512 numeral 3) y 513 del Código Sustantivo Penal.- Por estas consideraciones y por cuanto el Tribunal Inferior no ha contravenido ninguno de los previstos por el Art. 349 del Código Adjetivo Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de acuerdo con el Art. 358 del citado cuerpo de leyes se declara que es improcedente el recurso de casación y se ordena devolver el proceso para que se ejecute la sentencia, una vez que cause estado el presente fallo. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.

Certifico.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las cuatro copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 140-2006

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 24 de abril del 2007; a las 10h30.

VISTOS: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala Penal tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el presente juicio, de conformidad con lo que establece la Primera Disposición General de la Ley Reformativa a la Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial No. 26 del jueves 26 de mayo del 2005, en concordancia con la Resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de fecha 07 de diciembre del 2005 publicada en el Registro Oficial No. 183 del 09 de enero del 2006, así como en virtud de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006 y legal posesión de los cargos.- SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal.- TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.- Marcelo Ojeda Moreno interpuso dentro de término el recurso de casación de la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de lo Penal de Tungurahua, el 17 de octubre del 2005 a las 09h00 que le impuso la pena de treinta días de prisión correccional y multa de treinta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica como autor responsable de las lesiones causadas a los cónyuges Jorge Washington Pilataxi Guano y Fanny Lucila Araujo, acto que tipifica y sanciona el primer inciso del artículo 464 del Código Penal.- Concedido el recurso y sorteada la causa su conocimiento correspondió a esta Sala, competente por lo mismo para resolver la casación.- CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- En cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 352 y 353 del Código de Procedimiento Penal Marcelo Ojeda Moreno fundamentó su recurso mediante escrito agregado al expediente de la Sala, en el que manifiesta en síntesis que el Tribunal Penal al pronunciar el fallo condenatorio contravino la norma legal tanto porque no se comprobó la existencia de la infracción, pues el informe de la pericia médica se refiere a una "limitación funcional", palabras no previstas en el Código Penal que más bien se remite a enfermedad e incapacidad física para el trabajo; cuanto porque incumplió aplicar el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal que establece que las pruebas deben ser producidas durante la audiencia del juicio ante el Tribunal Penal, y en el caso, el acusador particular no presentó prueba inculpativa que permita establecer su responsabilidad penal, como autor del ilícito. El recurrente observa además que los juzgadores hicieron una falsa aplicación de los artículos 18 y 19 del Código Penal respecto al hecho de haber sido impulsado a golpear por una fuerza que no pudo resistir y además que obró en legítima defensa ante la ofensa verbal del acusador proferida en contra de su madre, lo que repelió "con golpes de puño y puntapiés sin que sobre todo el acusado haya utilizado ninguna arma...". También observa que el

Tribunal Penal no analizó la prueba testimonial que le favorece valorándola según las reglas de la sana crítica como disponen los artículos 85, 86 y 87 del Código de Procedimiento Penal, violándose de esta manera la ley, haciendo una falsa aplicación de la misma e interpretándola erróneamente, todo lo cual motivó el "pronunciamiento de una sentencia condenatoria totalmente injusta" que además contraviene el numeral 2 del artículo 309 del Código ibídem.- QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- La señora Ministra Fiscal General subrogante ha dado contestación al traslado que se le corrió con el escrito de fundamentación y manifiesta que luego de examinar la sentencia concluye que no existen argumentos valederos que comprueben la violación de normas legales, ya que no se ha especificado en qué consiste la interpretación errónea de la ley o la falsa aplicación de la misma. La simple puntualización de leyes supuestamente violadas no acredita la procedencia del recurso de casación, pues según sostiene la representante del Ministerio Público existe en autos prueba legal de la infracción de lesiones acreditada por el testimonio rendido por el perito Dr. Marco Almeida Escobar, quien señaló que el tiempo de enfermedad e incapacidad de los lesionados es de quince días para cada uno, por lo que la infracción se encuadra en el primer inciso del artículo 464 del Código Penal; así mismo, la responsabilidad penal del recurrente consta justificada con las declaraciones de testigos que han depuesto en la etapa del juicio.- Concluye solicitando a la Sala que declare la improcedencia del recurso de casación.- SEXTO: ANALISIS DE LA SENTENCIA.- El fallo pronunciado por el Tribunal Segundo de lo Penal de Tungurahua analiza conforme las reglas de la sana crítica las pruebas judicializadas por la parte acusadora y el Agente Fiscal durante la audiencia pública de juzgamiento, las enuncia así como efectúa una relación precisa y circunstanciada del acto punible, cumpliendo lo que dispone el numeral 2 del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal; en efecto, el perito médico en su testimonio ha ratificado el contenido y la autoría de los dos informes que elaboró luego del reconocimiento efectuado a Jorge Washington Pilataxi Guano quien presentó traumatismo ocular izquierdo y a su cónyuge Fanny Lucila Araujo que presenta fractura de los huesos propios de la nariz aparte de otras contusiones, asignando para ambos casos quince días de enfermedad e incapacidad física. El uso de la expresión "limitación funcional" que emplea el perito no deviene en motivo admisible para sustentar la casación.- Por otro lado, los testimonios de los testigos analizados por los juzgadores establecen la responsabilidad penal del recurrente, quien además al fundamentar su recurso reconoció haber dado golpes de puño y puntapiés al acusador Pilataxi. El Tribunal Penal al dictar sentencia contra Marcelo Ojeda Moreno no ha violado ley alguna, dejando constancia que la invocación que éste ha hecho de los artículos 18 y 19 del Código Penal no se sustenta en ninguna prueba, ya que no hay constancia procesal de las injurias proferidas contra su madre que según el recurrente respaldan su alegación de legítima defensa, menos aún ha demostrado que al agredir al acusador y a su cónyuge obró impulsado por una fuerza que no pudo resistir, la que de acuerdo a la doctrina se encuadra en la teoría de la "emoción violenta", que no es sinónimo de legítima defensa ni puede subsumirse en esta causal de justificación. Por lo demás, los juzgadores han aceptado circunstancias atenuantes a favor del recurrente que han modificado la pena lo que demuestra que el Tribunal aplicó correctamente la ley, no violó su texto ni realizó una incorrecta aplicación de la norma legal o incurrió en interpretación errónea de la misma. Por las consideraciones

que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Marcelo Ojeda Moreno y dispone devolver el proceso al Tribunal Penal de origen para la ejecución de la sentencia.- Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.

Certifico.- f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las tres copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 191-2006

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**

Quito, 26 de abril del 2007; a las 11h00.

VISTOS: El sentenciado MARIO ISLAO MEDINA GUAILLAS, presenta recurso de casación contra la sentencia pronunciada el 20 de diciembre del 2005; a las 08h50 por la Unica Sala de la Corte Superior de Justicia de Tena, que confirma en todas sus partes la expedida por el Tribunal Penal de Napo el 24 de noviembre del 2005 a las 08h15, mediante la cual se le impone la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, por considerarlo autor responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 61 de la ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con lo establecido en los artículos 42, 29 numerales 6 y 7 y 72 inciso tercero del Código Penal. Oportuna y debidamente fundamentado el recurso de casación; se corrió traslado con el mismo a la señora Ministra Fiscal del Estado, subrogante, quien contestó, de conformidad con lo que establece el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Sala Tercera de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación propuesto de conformidad con la ley, en virtud de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006, así como por la creación de la Sala prevista en la LEY ORGANICA REFORMATORIA A LA LEY ORGANICA DE LA FUNCION JUDICIAL, y por el sorteo de ley respectivo. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal.- TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.- 1.- Mediante auto resolutivo de fecha 8 de junio del 2005, el Juez Primero de lo Penal de Napo, dispone llamar a juicio a MARIO ISLAO

MEDINA GUAILLAS, contra quien se determinó presunciones graves de responsabilidad penal como autor del delito tipificado y sancionado en el Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; 2. Posteriormente en fecha 24 de noviembre del 2005, el Tribunal Penal de Napo, judicatura en que se radicó la competencia del presente juicio, dictó sentencia condenatoria en contra de MARIO ISLAO MEDINA GUAILLAS, imponiéndole la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, por considerarlo autor responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con lo establecido en los artículos 42, 29 numerales 6 y 7 y 72 inciso tercero del Código Penal. Sentencia que es confirmada en todas sus partes por la Unica Sala de la Corte Superior de Justicia de Tena; y de la que el condenado presenta recurso de casación. CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- El sentenciado alega que la Unica Sala de la Corte Superior de Justicia de Tena, al confirmar el fallo expedido por el Tribunal Penal de Napo, ha violado la ley al haber infringido el Art. 24 numeral 2 de la Constitución Política del Ecuador, que sostiene que en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado; Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, sanciones para el transporte de sustancias sujetas a fiscalización; Arts. 4, 11, 29 numerales 6 y 7, 42 y 32 del Código Penal, la institución pro reo, en la que nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción no es consecuencia de su acción u omisión, de las circunstancias atenuantes, sobre la responsabilidad de autor; y nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia; Arts. 113, 114, y 115 del Código de Procedimiento Civil, de las copias autenticadas de nombramiento y posesión de peritos, reconocimientos e informes, validez de los actos procesales y obligatoriedad de la prueba; y, Art. 311 del Código de Procedimiento Penal, que dice relación a la sentencia absolutoria. QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- La señora Ministra Fiscal interviniente, al contestar la fundamentación del recurso de casación realizada por el recurrente, manifiesta: 1.- Que el Tribunal ha declarado que se encuentra comprobada la existencia material de la infracción con los actos precisados en el considerando tercero del fallo: a) Exhibición de la evidencia física por parte del Ab. Bayardo Moreno, depositario del CONSEP, consistente en una funda plástica con el número del caso y del imputado, en cuyo interior se encuentran cinco paquetes envueltos con cinta de embalaje color café conteniendo una sustancia blanquecina amarillenta granulada; b) Análisis químico pericial de la sustancia por parte del Dr. Edwin Manosalvas, perito químico designado, quien establece que dicha sustancia corresponde a base de cocaína, resultado que concuerda con la experticia practicada por las Dras. Guillermina Gallo Zea y Mariana Torres Salazar, peritas de la Subdirección Técnica Científica de la Policía Judicial, Departamento de Criminalística de Pichincha; c) Diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos, Control Integrado de Policía de Baeza; d) Diligencia de descripción de las evidencias físicas por parte de los peritos designados policías Luis Padilla y Segundo Masache: "Una estructura de madera de color caoba, cinco paquetes envueltos con cinta de embalaje conteniendo una sustancia blanquecina con un peso bruto aproximado de 940 gramos: paquete No. 1:100 gramos; paquete No. 2:240 gramos; paquete No.

3:150 gramos; paquete No. 4:185 gramos y paquete No. 5:265 gramos; así como fotografías adjuntas al informe; e) acta de verificación y pesaje de la droga; y, f) Testimonio del Agente de Policía Rodrigo Monteros Sillo, quien se ratifica en el acta de verificación y pesaje de la droga. Que en cuanto se refiere a la responsabilidad del acusado, el juzgador ha analizado el testimonio del Agente de Policía Lansgner Alfredo Palacios Ormaza, quien declara que al detectar la droga en la estructura de madera, preguntó al controlador del vehículo a quien pertenecía esa carga, y este respondió que era del pasajero que viajaba en el asiento N° 38, por lo que subió al bus y bajó al hoy acusado, quien al momento de su detención, negó ser dueño de la estructura de madera. Este testimonio concuerda con lo declarado por Manuel Yaguana, controlador del bus de la cooperativa de Transportes Loja, disco No. 16, quien señala que en el Terminal Terrestre de Lago Agrio recibió de manos del pasajero Mario Medina una estructura de madera y dos mochilas, lo cual colocó en la segunda bodega del costado derecho, pasajero al cual identifica por cuanto manifestó que se bajaba en el sector de El Trébol de la ciudad de Quito; que en el control de Policía de Baeza, agentes de antinarcóticos revisaron el bus y encontraron esa carga, por lo que le interrogaron por su propietario, ante lo cual manifestó que iba a buscar el pasajero que viajaba en el asiento N° 38, que una vez en la prevención destaparon la estructura y encontraron cinco paquetes envueltos con cintas de embalaje con una sustancia, que los agentes dijeron que era droga. Que identificó al propietario de esa carga, ya que era el único que se quedaba en el sector de El Trébol, por ello colocó el equipaje en la segunda bodega. Por su parte el acusado en su testimonio niega que haya sido propietario de la droga que fue encontrada en el control por parte de los agentes de policía. Esta prueba testimonial, le permite al Tribunal Penal llegar a la convicción de que el recurrente Mario Islao Medina Guailas, en la fecha, lugar día y hora que constan en la instrucción fiscal, fue aprehendido, cuando en el bus en el que viajó, entregó al controlador del mismo dos mochilas y una estructura de madera en la que se encontró la droga; 2.- En el caso materia de estudio, dice la Ministra, no se advierte que el Tribunal Penal haya infringido las normas legales que se indican en el escrito de fundamentación del recurso, menos aún que el recurrente no sea el autor del delito, más bien, la prueba testimonial demuestra que Mario Islao Guailas intervino directamente en el acto antijurídico por el cual fue sentenciado. Razón por la cual solicita a la Sala rechazar el recurso interpuesto por improcedente ya que su impugnación se sustenta en el Art. 3 numeral 3 de la Ley de Casación, que procede en materia Civil y no Penal, “desacuerdo que es suficiente para declararlo impropio”, dice la Fiscalía. SEXTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.- La casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias en las que se hubiere violado la ley, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya en fin, por haberla interpretado erróneamente o como señala Fabio Calderón Botero en su obra “Casación y Revisión en Materia Penal” que el recurso de casación **“es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) o sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo); de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos**

y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo”; 2.- En el caso que nos ocupa la Sala está imposibilitada de reexaminar las pruebas, así como tampoco juzgar los medios intelectivos por los cuales el juzgador llega al convencimiento de la responsabilidad del imputado, pues, existe constancia plena de la materialidad de la infracción y el Juez realiza previamente una valoración racional de las pruebas, en base de la lógica del raciocinio, esencia misma de la sana crítica; 3.- La fundamentación del recurso de casación, tiene algunas imprecisiones e inexactitudes legales, como las que hace notorio la señora Ministra Fiscal, cuando expresa que el Art. 3 de la Ley de Casación invocado, no es aplicable para el caso, pues aquella norma jurídica, tiene vigencia en el ámbito civil y que este **“desacuerdo es suficiente para declararlo impropio”**. El mismo sentenciado acepta que no ha podido actuar algunas pruebas a su favor, admitiendo que el hecho **“de ser una persona pobre no le ha permitido actuar prueba e investigaciones omitidas por el Fiscal”**, lo cual no lo exime, de ninguna manera, de la responsabilidad penal precisada en la sentencia; 4. En efecto, para el Tribunal ad quem, no hay duda alguna sobre la responsabilidad del imputado, cuando en el considerando sexto, expresa que: Analizadas y valoradas las constancias procesales que han sido transcritas en los considerandos que anteceden, se determina inequívocamente la existencia del nexo causal entre la materialidad del delito y la responsabilidad penal del acusado. La exhibición de la sustancia decomisada, pruebas químicas periciales que establecen se trata de BASE COCAINA, diligencias de reconocimiento del lugar de los hechos, de la evidencia física y del testimonio del custodio de las evidencias físicas, constituyen pruebas irrefutables sobre la materialidad del delito; 5. Ciertamente que es una premisa tanto legal como constitucional que en caso de duda, en cuanto a la aplicación de la ley, **“se aplicará en el sentido más favorable al reo”**, mas en la especie, no existe tal posibilidad, ya que la aplicación del Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, disposición legal con la que se ha condenado al recurrente, no admite esta discrecionalidad del juzgador. OCTAVO: RESOLUCION.- Por las consideraciones antes expuestas, la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY”**, de conformidad a lo que establece el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por MARIO ISLAO MEDINA GUAILLAS, ordenando su devolución al Tribunal de origen, a fin de que se cumpla con la sentencia recurrida. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las seis copias que anteceden son iguales a su original.

Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 275-2006

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 10 de abril del 2007; a las 10h30.

VISTOS: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala Penal tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el presente juicio, de conformidad con lo que establece la Primera Disposición General de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial No. 26 del jueves 26 de mayo del 2005, en concordancia con la Resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de fecha 07 de diciembre del 2005 publicada en el Registro Oficial No. 183 del 09 de enero del 2006, así como en virtud de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006 y legal posesión de los cargos.- SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal.- TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.- El Dr. Luis Remigio Serrano Serrano interpuso dentro de término el recurso de casación de la sentencia pronunciada por el Segundo Tribunal Penal del Azuay que le impuso la pena de DOS MESES de prisión correccional en calidad de autor de la infracción de lesiones inintencionales, en agravio de la menor Mariángel Calvache Torres, ilícito que tipifica y reprime el artículo 472 del Código Penal, condenándole también al pago de la indemnización de daños y perjuicios, costas y honorarios profesionales del abogado de la defensa.- Así mismo, el acusador particular Luis Gerardo Calvache Valladares interpuso oportunamente el recurso de casación del fallo, mientras el representante del Ministerio Público se conformó con la sentencia.- Concedidos los recursos de casación y sorteada la causa su conocimiento correspondió a esta Sala que, para resolver las impugnaciones considera: CUARTO: FUNDAMENTACION DE LOS RECURSOS.- El recurrente Dr. Luis Remigio Serrano Serrano dando cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal ha fundamentado su recurso mediante el escrito agregado de fojas 9 a 13 del expediente de la Sala, manifestando que el Segundo Tribunal Penal del Azuay ha hecho una falsa aplicación de la ley al declarar con lugar la acusación particular presentada con posterioridad a la conclusión de la etapa de instrucción fiscal, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal que sanciona con la "nulidad absoluta de las diligencias realizadas fuera del plazo" por lo que solicita se deseche dicha acusación que ha sido ilegalmente aceptada por el Tribunal Penal. Añade que no existe en el Código Penal el tipo delictivo de lesiones como resultado de una intervención quirúrgica realizada por un profesional de la medicina, cuya conducta está regulada y sancionada por el Código de la Salud, tanto más que por ese motivo la autoridad de salud es el Juez competente para

conocer, establecer e imponer sanciones; por esta consideración señala también que ninguna persona en este caso el recurrente en calidad de médico puede ser distraído de su Juez competente. Agrega que sólo por analogía y para llenar un vacío legal se aplica un tipo penal como el que ha sido invocado por el Tribunal, por lo que ha violado la ley al arrogarse una competencia que no la tiene y seguir un procedimiento inaplicable; reitera que "Sin que esté tipificado en el Código Penal la mala praxis o mala práctica médica, se me ha juzgado y sentenciado con un procedimiento impropio bajo normas procedimentales propias de la legislación penal; y, aplicando por analogía el tipo penal lesiones a los resultados de una práctica quirúrgica, conociendo perfectamente los señores magistrados del Segundo Tribunal Penal que hay una diferencia fundamental entre la actividad de un cirujano para la práctica de una intervención en pro de la salud del paciente, y una lesión causada por imprudencia, impericia o negligencia". Sostiene el Dr. Serrano que es un profesional médico acreditado por sus conocimientos técnicos en el área de su especialidad por lo que amparado en la autorización escrita del padre de la niña Calvache practicó la intervención quirúrgica (11 de diciembre del 2002 a las 12h30) contando con los elementos de juicio necesarios para operar. Además observa que no se ha comprobado el lugar donde se cometieron los hechos pues no se lo ha reconocido en la etapa probatoria. Precisa también que cuando intervino encontró una anomalía en la paciente extirpando una masa que no debía estar ahí sin que se haya producido en el futuro el rebrote de la masa, que ya no afecta la salud de Mariángel Calvache; aclara que no extirpó la glándula parótida como consta en el informe de la perita médico, lo que se demostró mediante la palpación realizada por un profesional durante la audiencia de juzgamiento. En definitiva, niega haber causado lesión alguna a la menor y lo que ella presentó fue una "lesión iatrogénica" que es una patología que afectó el estado de salud, por todo lo cual reitera no haber cometido infracción y concluye solicitando a la Sala "revocar la sentencia" dictada por el Segundo Tribunal de lo Penal del Azuay. Por su parte el acusador particular Luis Gerardo Calvache Valladares al fundamentar su recurso de casación mediante escrito que obra desde fojas 3 a 7 del expediente manifiesta que su impugnación sólo está dirigida al "tipo penal por el cual se sanciona, y no en lo referente a la responsabilidad del acusado y la existencia de la infracción". Añade que el Tribunal Penal del Azuay en la sentencia dictada el 3 de marzo del 2006, a las 11h00, interpretó erróneamente la ley al aplicar como tipo penal para sancionar al acusado el establecido en el artículo 472 del Código Penal, más no el del artículo 467 ibídem que es el ilícito materia de su acusación. Respalda su punto de vista en que el acusado actuó dolosamente en contra de los exámenes médicos de sangre y ecosonografía, pues sometió a su hija a una operación como si fuera urgente, cuando dicho tratamiento era electivo, no realizó otro tipo de exámenes y lo más grave es que el absceso que padecía su hija "no requería de la intervención quirúrgica a la que fue sometida" por lo que la conducta del médico acusado se encuadra en el artículo 467 del Código Penal. Corrobora lo expuesto aludiendo al hecho de que la tipificación del Tribunal Penal constituye una interpretación errónea de la ley, por cuanto su hija padece en la actualidad una lesión permanente a causa de la actuación "dolosa del acusado", quien provocó en la paciente una parálisis facial periférica permanente que ha afectado su rostro, y que puede empeorar en el futuro originando una atrofia que a la postre deformará la cara de

su hija. Agrega que la actitud dolosa del sentenciado se manifiesta porque cuando viajaron desde Loja hasta Cuenca donde tiene su consultorio el Dr. Serrano le presentaron un examen de sangre y una ecosonografía, de los que aparecía que su hija tenía un absceso, se trataba de un problema inflamatorio, pero el Dr. Serrano diagnosticó que el padecimiento de la niña era un tumor maligno cancerígeno ya que afirmó que los diagnósticos médicos presentados eran erróneos, por lo que requería de una intervención quirúrgica de urgencia para salvarle la vida, pese a pedirle que ordene nuevos exámenes. Reitera la existencia del dolo en la conducta del Dr. Serrano por cuanto sólo requirió de una hora para atender la consulta e ingresar al quirófano, falseando a la verdad al asegurar que el caso era de urgencia siendo que la operación quirúrgica era electiva, esto es, no era pertinente ni necesaria la intervención quirúrgica. Insiste el recurrente en que el dolo con el que actuó el sentenciado Dr. Serrano tiene dos sustentos, el primero, en haber cambiado un diagnóstico respaldado en pruebas de laboratorio e imagenología, y el segundo, por la inmediatez con la que operó a su hija, todo lo cual constituye conducta dolosa que no tomó en cuenta el Tribunal Penal incurriendo en una errónea tipificación delictiva, por lo que solicita a la Sala casar la sentencia acogiendo el tipo delictivo previsto en el artículo 467 del Código Penal.- QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- La señora Ministra Fiscal General subrogante en su dictamen que se incorpora a fojas 23 y 24 manifiesta que las pruebas incorporadas al juicio entre ellas los testimonios de la Dra. Leticia Bustamante que realizó el reconocimiento médico legal de la menor y las declaraciones de los doctores Gabriel Tenorio y Franco Romero contribuyen a comprobar la existencia de la infracción prevista en el artículo 472 del Código Penal pues se demostró que la agraviada presenta una lesión o paresia del lado derecho de la hemicara, la que es permanente a consecuencia de la intervención quirúrgica del Dr. Luis Serrano Serrano, quien sin tomar ninguna medida de prevención o precaución y desestimando los exámenes del laboratorio y los resultados de la ecosonografía que establecían que el absceso era una simple inflamación de los tejidos de la parótida, sometió a la menor a una intervención quirúrgica de urgencia para salvarle la vida. Que la conducta del Dr. Serrano demuestra falta de precaución tanto en el diagnóstico como en el resultado de la intervención quirúrgica, que ha dado origen de manera inintencional a una lesión permanente en la menor Mariángel Calvache Torres. Concluye la representante del Ministerio Público manifestando que los recursos interpuestos por Luis Remigio Serrano Serrano y Luis Calvache Valladares son improcedentes y deben rechazarse, por cuanto la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de lo Penal del Azuay no ha violado la ley, ni ha hecho una falsa aplicación de ella, ni ha sido interpretada erróneamente.- SEXTO: ANALISIS DE LA SENTENCIA.- 1).- Del examen realizado a la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Penal del Azuay, fechada el 3 de marzo del 2006 a la 11h00, se establece que la perita Dra. Leticia Bustamante, efectuó el reconocimiento médico de Mariángel Calvache Torres por lo que ante el Tribunal Penal ratificó que como lesión quirúrgica postraumática la menor presenta "parálisis facial del lado derecho" la que es permanente y altera la estética facial por desviación de su hemicara izquierda, lo cual es notorio cuando sonríe, frunce la ceja, silba o habla; agrega que gracias al tratamiento de rehabilitación se aprecia una leve atrofia de su hemicara derecha, siendo menester que Mariángel Calvache continúe con el tratamiento de fisioterapia para evitar una atrofia

mayor.- Declara también la Dra. Bustamante que por las imágenes del ecosonograma de la menor no se detectó la existencia de un tumor sino de un absceso y que la lesión pos-operatoria es irreversible y permanente, pudiendo superarse la paresia con una microcirugía.- El Dr. Fabián Lozano quien efectuó la ecosonografía dice haber observado que la glándula parótida derecha estaba aumentada de tamaño, que la niña al momento tenía la cara hinchada, que las imágenes del examen no demostraban la existencia de un tumor sino de un absceso. De igual manera el declarante Dr. Luis Lauro Montesdeoca manifiesta que efectuó el análisis anatómico patológico de las muestras extraídas en la intervención quirúrgica descartando la existencia de tumor siendo el diagnóstico el de inflamación crónica activa de la parótida. El doctor Gabriel Tenorio Salazar al responder preguntas relacionadas con la lesión pos-operatoria de la menor luego de revisar la historia clínica encontró una afectación por sección del nervio facial derecho que por cierto es menor y no total, y luego de examinar a la paciente en la audiencia pública expresa que tiene una evolución favorable, que no se ha seccionado completamente el nervio facial, que la parótida se encuentra en su sitio y que por la historia clínica colige que se trató de un tumor al cuello o adenopatía, sugiriendo se practique un examen de electromiograma. Así mismo el Dr. Franco Romero da a conocer al Tribunal Penal que hay posibilidad de regeneración de la paciente mediante una microcirugía o un injerto de células madres, técnica que aún no se aplica en nuestro país.- Según el testimonio del acusado rendido con juramento reconoce que acudieron a su consultorio Mariángel Calvache Torres con sus padres y al examinarla detectó masa en su cuello que no correspondía al informe ecosonográfico sino que según su opinión médica era un tumor o adenopatía, al que no se podía hacer punciones siendo necesario extirpar, lo que explicó a los padres quienes autorizaron el procedimiento quirúrgico añadiendo que "en su actuar profesional jamás podía estar ni remotamente la posibilidad de hacer daño a nadie..."; expresa que el informe de la ecosonografía que le presentaron en su consultorio era apenas una impresión diagnóstica, que la masa en el cuello por más de mes y medio no cedió al tratamiento clínico y más bien creció por lo que la solución era extirpar el tumor que tenía aproximadamente 6 centímetros.- Por su parte el acusador ha reiterado ante el Tribunal Penal que el Dr. Serrano luego de observar las imágenes del electrosonograma y leer el informe le indicó que el diagnóstico estaba equivocado pues se trataba de un tumor maligno canceroso que se debía extirpar de inmediato; que las muestras extraídas fueron al laboratorio del Dr. Luis Montesdeoca para el examen patológico enterándose recién que nunca existió tumor maligno y que los ganglios extraídos eran simplemente células inflamadas; que a consecuencia de la intervención su hija tiene una parálisis facial periférica derecha posquirúrgica y que debe continuar con fisioterapia diaria pudiendo después de muchos años recuperar la normalidad en un noventa por ciento. 2).- La alegación del sentenciado de que la acusación particular se ha presentado una vez concluida la instrucción fiscal no es pertinente en este momento procesal y debió ser reclamada ante el Tribunal Penal, que más bien la ha aceptado por cuanto de los autos consta que se presentó oportunamente de conformidad con el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal y su reforma, que prescribe: "1. Al tratarse de delitos de acción pública la acusación particular puede presentarse desde el momento en que el Juez notifica al ofendido con la resolución del fiscal de iniciar la instrucción fiscal hasta

antes de la conclusión de la instrucción fiscal”.- 3).- No tiene relevancia procesal la falta de la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos y si no se ha practicado esta prueba tampoco significa que el Tribunal Penal haya violado la ley.- 4).- La parte acusadora fundamenta su recurso únicamente en relación al tipo penal aplicado en su fallo por el Segundo Tribunal Penal del Azuay, que correspondería al ilícito previsto en el artículo 467 del Código Penal y no al de lesiones inintencionales descrito por el artículo 472 ibídem, que es la figura delictiva aplicada en este caso como antecedente para la sanción del acusado. Lo más importante a este respecto es distinguir si el delito que se imputa es de carácter doloso o culposo; en el primer supuesto, si el agente tuvo la intención positiva de causar daño, y en el segundo, si el médico actuó con negligencia, sin previsión y precaución al practicar la cirugía de extirpación de la masa calificada como cancerosa detectada en el cuello de la paciente. Para esclarecer la duda es necesario recurrir a las enseñanzas de los tratadistas; según la doctrina sustentada por Jiménez de Asúa, dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior, con conciencia de que se quebranta un deber con voluntad de realizar el acto y con representación del resultado que se quiere; en síntesis, es la determinación de la voluntad hacia el delito; implica una resolución delictuosa y hay la representación del resultado deseado. En el dolo el sujeto obra maliciosamente cuando actúa con voluntad y conocimiento y prevé los efectos dañinos de su acción. Doctrinariamente se presentan varias clases de dolo que de alguna manera pueden aplicarse a la casuística penal, por ejemplo el dolo de peligro que según Mezger se trata de un tipo doloso determinado que se contrapone al dolo de lesión. En el dolo eventual el sujeto activo se representa la posibilidad de un resultado dañino que no desea pero que insiste en su realización, en definitiva hay dolo eventual cuando el sujeto activo convencido de la producción del resultado no desiste de su conducta. Mezger también lo denominó dolo condicionado siendo el primer presupuesto para su admisión el que el autor se haya representado lo querido como posible para lo cual insiste en su acción dañina. El *dolus bonus* o dolo bueno es otra categoría del tipo culposo contrapuesto al *dolus malus* o dolo malo, que según Ferri, es el “delictuosamente maligno” aplicable a los delitos en los que el agente interviene con la intención positiva de causar daño a un tercero, en cambio, el dolo bueno tiene entre sus elementos la culpa por negligencia, falta de previsión o precaución. Jiménez de Asúa manifiesta que existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor que se producen sin querer ni buscar un resultado antijurídico. Mezger sostiene que actúa culposamente aquél a quien se le reprocha haber desatendido un deber de precaución que le incumbía personalmente y que por esto no ha evitado el hecho y sus consecuencias. En general, la culpa es de inobservancia del deber de cuidado en el desenvolvimiento de la propia conducta para evitar daños a terceros. Soler expresa que el agente responde por culpa cuando ha producido un resultado delictuoso sin quererlo, por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los deberes que le incumbían. En general, según Raúl

Goldstein, la culpa se funda en la previsibilidad del daño y en la exigibilidad de actuar conforme a las exigencias del derecho. Es incuestionable entonces que existe una diferencia fundamental y esencial entre dolo y culpa, pues en ésta falta la intención o voluntad, elementos en cambio que caracterizan al dolo, frente al cual el agente se representa los efectos dañinos de su conducta antijurídica.- Estos principios doctrinarios sirven para establecer que en el presente caso resulta notorio y evidente que el médico Dr. Luis Remigio Serrano Serrano actuó de manera culposa, porque sin tomar las debidas precauciones y prever los resultados de su intervención, sin confirmar nuevamente los resultados de los informes del laboratorio y de la ecsonografía que le presentaron los padres de la menor, decidió en forma rápida la intervención quirúrgica aduciendo peligro de muerte de la paciente, comprobándose luego por el resultado del análisis anatomopatológico de la masa que la dolencia solo era un absceso mas no un tumor y que al parecer se habría producido un corte de la mielina del nervio facial que ha producido una lesión pos-operatoria, habiendo observado esta Sala que la menor presenta una evolución y regeneración favorable.- En definitiva, en el caso existe el elemento culpa que ha sustentado correctamente en su sentencia el Tribunal Segundo de lo Penal del Azuay, encuadrando la conducta del Dr. Serrano en el ilícito que tipifica y sanciona el artículo 472 del Código Penal que prescribe: “Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de OCHO DIAS A TRES MESES y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito especial”.- 5).- Supuesta la existencia de culpa resulta inadmisibles las alegaciones de inocencia del sentenciado, de la no comprobación del ilícito, de la falta de competencia de los jueces penales y en contrapartida, de la prevalencia del Código de la Salud que ha invocado en su condición de médico pretendiendo sustraerse a la acción de la justicia penal. Pero tampoco es aceptable el criterio sostenido por la parte acusadora que imputa al justiciable haber perpetrado una infracción dolosa ya que los supuestos fácticos le contradicen pues los hechos no se subsumen en el tipo establecido en el artículo 467 del Código Penal, que es de naturaleza dolosa.- Las consideraciones anteriores permiten a la Sala concluir que en la sentencia recurrida no se ha violado la ley, no se ha contravenido expresamente su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella o por haberla interpretado erróneamente. Por las motivaciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala declara como improcedentes los recursos de casación y dispone devolver el proceso al Tribunal Segundo de lo Penal del Azuay para la ejecución de la sentencia.- Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las seis copias que anteceden son iguales a su original.

Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 320-2006

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 12 de abril del 2007; a las 11h00.

VISTOS: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala Penal tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el presente juicio, de conformidad con lo que establece la Primera Disposición General de la Ley Reformativa a la Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial No. 26 del jueves 26 de mayo del 2005, en concordancia con la resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de fecha 07 de diciembre del 2005 publicada en el Registro Oficial No. 183 del 09 de enero del 2006, así como en virtud de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006 y legal posesión de los cargos.- SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal.- TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.- Adán Isidro Arias Espín interpuso oportunamente el recurso de casación de la sentencia pronunciada vía consulta por la Unica Sala de la Corte Superior de Justicia de Tena el 27 de abril del 2006, en la que se le impone la pena modificada por las atenuantes de ocho años de reclusión mayor ordinaria y multa de 60 salarios mínimos vitales generales en calidad de autor responsable del delito previsto en el Art. 61 de la codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que reprime el transporte de droga, reformando así el fallo dictado por el Tribunal Penal de Napo el 22 de marzo del 2006.- Concedido el recurso y sorteada la causa su conocimiento correspondió a esta Sala, competente por lo mismo para resolver la impugnación.- CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- En cumplimiento de lo que disponen los Arts. 352 y 353 del Código de Procedimiento Penal Adán Isidro Arias Espín fundamentó su recurso de casación mediante escrito que se agrega de fojas 3 a 9 del expediente de esta Sala, en el que expresa que la Unica Sala de la Corte Superior de Justicia de Tena en su sentencia califica el supuesto ilícito como "delito flagrante" contraviniendo de esta manera el Art. 162 del Código de Procedimiento Penal que presupone que el acto ha sido cometido en presencia de una o más personas o se lo ha descubierto inmediatamente después de su perpetración, situación que no ha ocurrido ni se menciona en el parte policial ni en la instrucción fiscal, lo cual ha influido en la decisión de la causa y sobre todo en el pronunciamiento de la sentencia que lo condena.- Así mismo expresa que, dicho Tribunal ha violado el Art. 24 numeral 7 de la Constitución Política de la República que declara la garantía de presunción de inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se hubiere establecido

mediante sentencia ejecutoriada. La Sala Unica de la Corte Superior de Justicia de Tena ha observado también que el recurrente no presentó pruebas en abono de su inocencia olvidando que las pruebas le correspondía presentar al Ministerio Público. Agrega Adán Isidro Arias Espín que también se ha contravenido el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal que le obliga al juzgador valorar la prueba conforme las reglas de la sana crítica, más no con el criterio subjetivo como las ha apreciado la Sala de la Corte Superior, quien además han incumplido observar lo que dispone el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal como requisito para pronunciar sentencia. Fundado en lo expuesto concluye solicitando a esta Sala que enmendando las violaciones legales en las que ha incurrido la Unica Sala de la Corte Superior de Justicia de Tena proceda a casar la sentencia y le absuelva de culpa.- QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- La señora Ministra Fiscal General del Estado subrogante ha contestado el traslado que se le corrió con el escrito de fundamentación emitiendo su dictamen que se agrega al expediente, fojas 13 a 15, en el que expresa que habiendo examinado la sentencia no encuentra que se hubiere violado la ley por cualesquiera de las formas señaladas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, indica que en el considerando tercero consta la prueba de la existencia material de la infracción que tipifica y sanciona el Art. 61 de la codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; han sido exhibidos cinco paquetes envueltos con cintas de embalaje que contienen en total 2.500 gr. de cocaína transportada por el sentenciado dentro de un saco de maíz que guardó en la bodega del bus de la Cooperativa de Transporte Quijos, que se dirigía a la ciudad de Quito; muestras de dicha sustancia han sido sometidas al análisis químico por parte de las peritas doctoras Guillermina Gallo Zea y Mariana Torres, quienes han testimoniado en la etapa del juicio ratificando ante el Tribunal Penal que dicho informe fue elaborado por ellas y el resultado del examen de la sustancia dio positivo para cocaína. En el dictamen fiscal también se alude a los testimonios rendidos por los policías Lorenzo Masache Jumbo y Darwin Roberto Quijo Pilaguano y el chofer del bus Kléver Eduardo Vega Alvarez, quienes en conjunto acreditan que el recurrente antes de ingresar a comprar el boleto de viaje Chaco - Quito ya portaba un saco de yute y además vestía una chompa tipo militar y una vez adquirido el pasaje se quedó en la oficina esperando el arribo del bus siendo observado por la secretaria de la cooperativa.- Señala la representante del Ministerio Público que todas estas pruebas han sido presentadas durante la audiencia pública del juicio como ordena la ley y fueron valoradas por el juzgador conforme las reglas de la sana crítica, con vista de las cuales el Tribunal Penal dictó sentencia, lo que desvirtúa la objeción del recurrente de que no se tomó en cuenta la presunción de su inocencia; concluye solicitando a esta Sala declare improcedente el recurso de casación.- SEXTO: ANALISIS DE LA SENTENCIA.- 1).- El fallo de la Unica Sala de la Corte Superior de Justicia de Tena en el considerando cuarto expresa que el recurrente "... fue encontrado en delito flagrante de transporte de sustancias sujetas a fiscalización..." aseveración que al tenor del contenido del Art. 162 del Código de Procedimiento Penal es "el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión", texto del que se puede inferir distintas interpretaciones; en el segundo caso de la disposición transcrita no existe un límite de tiempo dentro del cual debe producirse un delito al que se califique como flagrante; en el caso aparece que el recurrente se embarcó en el Chaco a

eso de las 06h00 luego de pasar bebiendo con su amigo Jorge García hasta las 05h50; Arias previamente fue a la oficina de la cooperativa para comprar el boleto, y poco después de iniciar el viaje, a las 07h00 fue detenido el transporte en el Control Integrado de Baeza encontrando la policía el saco de yute conteniendo droga. Esta rápida secuencia de los hechos hasta el descubrimiento de la sustancia sujeta a fiscalización puede encuadrarse en el delito flagrante, que corresponde al segundo supuesto de la antes citada norma legal y cuyo efecto subsecuente es la privación inmediata de la libertad del agente, sin que por ello se le niegue la presunción de inocencia ni tampoco se le prive del legítimo derecho de defensa con todas las garantías del debido proceso previstas en el Art. 24 de la Constitución Política de la República.- 2).- Por lo demás existiendo un informe policial contrario al recurrente y una instrucción fiscal en la que se le vincula penalmente, Adán Isidro Arias Espín estaba obligado a presentar en la etapa del juicio las pruebas de descargo precisamente para enervar los cargos de responsabilidad que se le imputan en el dictamen fiscal acusatorio, pruebas que debieron ser judicializadas ante el Tribunal Penal del Napo, lo que ha omitido hacerlo.- 3).- Tanto el Tribunal Penal del Napo como la Unica Sala de la Corte Superior de Justicia de Tena declaran en sus fallos que la infracción está comprobada conforme a derecho con el acta de exhibición de cinco paquetes conteniendo cocaína y la pericia del análisis químico que acredita que la sustancia oculta en el saco de yute constituye cocaína, según los testimonios que han rendido las dos peritas. Por otro lado la prueba testimonial receptada a los testigos que han concurrido a prestar sus testimonios ante el Tribunal Penal acreditan que el saco de yute portaba consigo el recurrente mientras se encontraba comprando el pasaje en la oficina de la Cooperativa de Transporte de El Chaco, y que antes de la salida del bus la guardó en la bodega; momentos después la policía del Control Integrado de Baeza descubrió dentro de ese saco de yute cinco paquetes que de acuerdo a la prueba de identificación preliminar homologada PIPH dio positiva para cocaína con un peso de 2.500 gramos. Además el recurrente ha sido identificado por la secretaria de la cooperativa Jimena Quiroz Vargas como la persona que adquirió un pasaje y que usaba una chompa tipo militar, portaba un saco de yute blanco y se quedó en la oficina esperando el arribo del bus.- 4).- En síntesis, no se ha justificado las violaciones legales invocadas por el recurrente, estableciendo más bien que la sentencia dictada por la Unica Sala de la Corte Superior de Justicia de Tena es motivada y contiene un análisis jurídico y lógico de las pruebas actuadas de conformidad con los Arts. 79, 83, 119, 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal, de todo lo cual se concluye que se encuentra comprobada legalmente la infracción así como la responsabilidad penal, arribando los juzgadores al grado de certeza exigida por el Art. 304-A del código ibídem, requisito legal indispensable para dictar la sentencia condenatoria.- Por las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Adán Isidro Arias Espín por lo que dispone devolver el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de sentencia. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las cuatro copias que anteceden son iguales a su original.

Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 323-2006

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 10 abril del 2007; a las 11h00.

VISTOS: El acusador particular Ing. Gilber Renán Espinoza Vega presenta recurso de casación contra la sentencia pronunciada el 26 de enero del 2006 a las 11h35 por el Tribunal Penal Cuarto de Pichincha, en la cual se absuelve a los acusados Luis Armando Cevallos Guamanzara y Alexander Fabricio Alcívar Valenzuela, disponiendo la cesación de todas las medidas cautelares, personales y reales dictadas en su contra; por no haberse comprobado la existencia del delito de robo agravado. El recurso presentado fue debidamente fundamentado por el recurrente, habiéndose corrido traslado con el mismo a la señora Ministra Fiscal del Estado, subrogante, quien contestó, de conformidad con lo que establece el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Sala Tercera de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación propuesto de conformidad con la ley, en virtud de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006, así como por la creación de la SALA prevista en la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de la Función Judicial, y por el sorteo de ley respectivo. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.- 1.- A fojas 106 de los autos, el Ing. Gilber Renán Espinoza Vega, presenta su acusación particular, manifestando que el 19 de junio del 2004, a las 20h00, aproximadamente, en las calles Esmeraldas 7-50 y Vargas, de la ciudad de Quito, cuatro sujetos han ingresado al hotel "Azúcar" de su propiedad, quienes después de romper los vidrios de la recepción han procedido a llevarse \$ 1.500,00 dólares en efectivo, a más de agredirle a su persona, también agredieron a su esposa de nombres María Trinidad Vargas, con un estilete, siendo internada de gravedad en la Clínica "Santa Bárbara" por presentar cortes profundos en su rostro; habiéndose aprehendido a dos de los participantes, conforme consta en el parte respectivo, los mismos que responden a los nombres de LUIS CEVALLOS Y ALEXANDER

ALCIVAR, junto a la evidencia que se detalla en el parte. 2.- Mediante auto resolutivo de fecha 5 de noviembre del 2004, el Juez Quinto de lo Penal de Pichincha, dispone llamar a juicio a LUIS ARMANDO CEVALLOS GUAMANZARA Y ALEXANDER FABRICIO ALCIVAR VALENZUELA, contra quienes se determinó presunciones graves de responsabilidad penal como autores del delito de lesiones tipificado y sancionado por el segundo inciso del Art. 466 del Código Penal. 3.- Posteriormente, en fecha 26 de enero del 2006, el Tribunal Penal Cuarto de Pichincha, judicatura en que se radicó la competencia del presente juicio, dictó sentencia absolutoria a favor de los acusados LUIS ARMANDO CEVALLOS GUAMANZARA y ALEXANDER FABRICIO ALCIVAR VALENZUELA, sentencia de la que el acusador particular Ing. GILBER RENAN ESPINOZA VEGA interpone recurso de casación. CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- El recurrente sostiene que se han violado los preceptos legales, existiendo una falsa y errónea interpretación de las normas legales consignadas en los Art. 79 y 106 del Código de Procedimiento Penal; y Art. 550 y 552 del Código Penal, al sostener que el Tribunal toma en consideración los testimonios del compareciente y de otros; y decide no tomar en cuenta los rendidos por otras personas, además que se ha justificado la preexistencia de los objetos sustraídos y el lugar en el que estuvieron; y con el reconocimiento del lugar de los hechos y las lesiones, se ha determinado que se trata de robo con agravantes. QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- La señora Ministra Fiscal interviniente, al contestar la fundamentación del recurso de casación realizada por el recurrente, manifiesta: 1.- Que el Cuarto Tribunal Penal del Pichincha ha declarado que no se encuentra comprobada la existencia material de la infracción con los actos precisados en el considerando cuarto del fallo, y en el sexto y séptimo menciona que uno de los principios fundamentales del actual sistema procesal penal vigente en Ecuador es que las pruebas en orden a la existencia del delito y a la responsabilidad penal de los imputados deben ser producidas en el juicio, ante los Tribunales Penales. Pruebas que para su valoración deben ser eficaces y legales, esto es, que en su obtención no vulneren las garantías constitucionales y sean pedidas, ordenadas, practicadas e incorporadas al juicio, según las disposiciones procesales penales. Todo conforme prevé los Arts. 194 y 219 de la Constitución Política de la República y 79, 80, 83, 214, 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal, de donde se colige que las investigaciones y pericias actuadas por el Fiscal, quien ejerce la acción penal, alcanzan el valor de prueba una vez acreditadas y valoradas en la etapa del juicio, mandatos procesales imperativos que en la especie no se cumplen, violentando el principio de legalidad probatoria, razón por la que no se consideran los testimonios de los peritos Dra. Sandra Andrade, Dr. Patricio Jarrín y Sgto. de Policía Gonzalo Escobar Arcos, quienes han venido a dar cuenta de actuaciones investigativas referidas en fotocopias desglosadas de otra instrucción fiscal seguida en contra de los acusados, las mismas que a su vez han servido a la acusación para estructurar el expediente de instrucción en la presente causa. Para la existencia del delito se exige que la sustracción, vaya acompañado del ánimo de apropiación, pues solo concurriendo estos elementos es que puede concluirse que el que sustrajo la cosa, con el indicado ánimo, se ha apoderado de la misma cosa sustraída, elementos constitutivos del tipo que no aparecen con certeza producidos en esta causa penal. De lo expuesto se aprecia que lo alegado por el recurrente no tiene sustento jurídico,

toda vez que no se ha demostrado que el Tribunal inferior, en la sentencia haya violado las disposiciones legales allí consignadas, por lo tanto -la Fiscalía- pide a la Tercera Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, rechace por improcedente el recurso de casación interpuesto por el Ing. Gilber Renán Espinoza Vega. SEXTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.- La casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias en las que se hubiere violado la ley, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya en fin, por haberla interpretado erróneamente o como señala Fabio Calderón Botero en su obra "Casación y Revisión en Materia Penal" que el recurso de casación "es un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) o sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo); de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo"; 2.- En el caso que nos ocupa la primera obligación de la Sala, es el de examinar si en efecto, como se dice en la sentencia, "no se ha probado la existencia del delito, al no haberse determinado todos y cada uno de los elementos constitutivos del robo agravado, ni de tentativa de éste". El Art. 252 del Código de Procedimiento Penal dice: "La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa (etapa del juicio)". El Art. 79 ibídem dispone que "Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes...", y el Art. 83 del mismo cuerpo de leyes expresa que: "La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código". 3.- En los delitos contra la propiedad "se deberá justificar en el juicio tanto la preexistencia de la cosa sustraída o reclamada, como el hecho de que se encontraban en el lugar donde se afirma que estuvo al momento de ser sustraída", conforme lo establece la primera parte del Art. 106 del Código de Procedimiento Penal, siendo que, en verdad, aquel medio probatorio no ha sido producido en la audiencia de juzgamiento, en cuya diligencia además de haberse incorporado pruebas de otro proceso, no se ha establecido los elementos propios del delito de robo: a) violencia o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas (este elemento que si aparece ya fue objeto de juzgamiento); b) sustracción fraudulenta de cosas ajenas (no existe constancia de la sustracción por parte de los imputados); y, c) ánimo de apropiarse (no se les detuvo con evidencia alguna). 4.- Si bien en las reformas al Código de Procedimiento Penal, publicadas en el Registro Oficial No. 743 de fecha 13 de enero del 2003, se agregó como tercer inciso del Art. 25 que dice: "Cuando una persona hubiera cometido infracciones conexas de la misma o distinta gravedad en un mismo lugar o en diversos lugares, los fiscales de tales lugares, deberán iniciar instrucción fiscal por separado por cada una de las infracciones", disposición legal que además de conspirar a la economía procesal, ha destruido la unidad procesal, induciendo a yerros a los administradores de justicia, como en el presente caso, en el que se advierte que el Fiscal interviniente, de manera equívoca y con el deliberado propósito de evitar la libertad de uno de los imputados, dispuso la iniciación de

dos instrucciones fiscales; una por lesiones; y, otra por robo agravado, esta última cuando la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Quito, había ordenado la liberación de Alexander Fabricio Alcívar Valenzuela, desnaturalizándose de esta manera, el delito tipo de ROBO AGRAVADO O CALIFICADO DELITO AUTONOMO, en el que, precisamente sus elementos constitutivos son: la sustracción fraudulenta de las cosas con el ánimo de apropiación y la violencia que causa agravios físicos a las cosas o personas. Al tratarse este caso como dos hechos delictivos distintos y no complementarios, no solamente que se ha producido una falsa aplicación de la ley, sino que se ha desarrollado dos juicios penales, lo que contraría el numeral 16 del Art. 24 de la Constitución Política de la República. SEPTIMO: RESOLUCION.- Por las consideraciones antes señaladas y acorde con el dictamen fiscal, la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal declara improcedente el recurso de casación presentado por el Ing. Gilber Renán Espinosa Vega y una vez ejecutoriado este fallo, dispone su devolución al Tribunal de origen. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator.

CERTIFICO.- Que las cuatro copias que anteceden son iguales a su original.

Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.
No. 330-2006

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 2 de abril del 2007; a las 11h30.

VISTOS: Carlos Daniel Montero comparece con su escrito de fs. 329 a 312 manifestando que el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha dictó sentencia condenatoria en su contra el 21 de mayo del 2002, mediante la cual le impuso la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, sin considerar que al momento de la detención en el Terminal Terrestre "Cumandá" de esta ciudad, jamás le encontraron sustancias psicotrópicas en su persona, en sus valijas ni en su domicilio; que la maleta donde ha estado la droga era de Michael Chimbuzor y una segunda maleta de Rogers Reid; que, es ilegal la instrucción fiscal levantada en su contra porque existe nexo causal entre los supuestos delitos, pero no están reunidos los elementos del Art. 88 del Código de Procedimiento Penal; que, en la sentencia no se hace ninguna distinción o selección de responsabilidad de las infracciones y no se encuentra fundamentada en la forma prevista por los Arts. 4 y 36 del Código Penal, añadiendo que el verdadero culpable y autor del delito responde a los nombres de Michael Chimbuzor, por cuyas razones y de acuerdo con el Art. 360 numerales 4 y 6 del Código

Adjetivo Penal propone recurso de revisión puesto que se declara inocente del delito que versa sobre posesión ilícita de drogas, según concluye.- Para resolver considérase: PRIMERO: Esta Tercera Sala de lo Penal es competente para conocer y resolver el recurso de revisión propuesto por el sentenciado Carlos Daniel Montero en virtud de lo dispuesto en la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial publicada en el Registro Oficial No. 238 del 28 de marzo del 2006 así como en virtud de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006; SEGUNDO: Pretendiendo respaldar su petitorio principal, Carlos Daniel Montero ha presentado los escritos que obran de fs. 4 a 5 y 6 a 7 del expediente formado en la Sala, escritos en los cuales se limita a reproducir diligencias y piezas procesales que obran del juicio principal e impugna la acusación fiscal al reiterar que en ningún momento se le encontró con droga alguna. Además, se ha recibido el testimonio propio del Cabo de Policía Alvaro Sarmiento, fs. 9, quien declara de modo general sin precisión de fechas y se refiere a la aprehensión de Rogers Reid y Daniel Montero los mismos que han "...dejado la maleta a Chimbuzor en el interior del vehículo...", procediendo luego a "...capturar a los dos ciudadanos con la droga que tenían", según consta de modo textual. TERCERO: Las diligencias determinadas en el considerando anterior, no son idóneas ni suficientes para probar la acción intentada, tanto más si enfatizamos que el recurrente no ha evacuado nuevas pruebas, circunstancias que torna en inadmisibles el mencionado recurso. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se declara improcedente el recurso de revisión en la forma que contempla el Art. 367 del Código Adjetivo Penal y se dispone que el proceso sea devuelto al Tribunal del origen. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.
Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las dos copias que anteceden son iguales a su original.

Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 365-2006

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA PENAL**

Quito, 12 de abril del 2007; a las 10h00.

VISTOS: Magda Palacios Paredes, Rosa Capuano Rodríguez, Enma Piedad Caguano y Mauro Palacios Paredes proponen a fojas 156 recurso de revisión respecto de la sentencia dictada por la Segunda Sala Penal de la

Corte Suprema de Justicia el 25 de enero de 2006 dentro de la causa Nro. 65-2003, arguyendo que dicha sentencia así como las dictadas por el Juzgado Cuarto de lo Penal de Cotopaxi el 28 de junio de 2004 y por la Corte Superior de Cotopaxi el 15 de septiembre de 2004, se encuentran ejecutoriadas sobre la base de irreparables errores en la interpretación de los hechos puesto que en ningún momento han procedido a cometer el delito de usurpación, arguyendo además que tal sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos por informes maliciosos y, los sentenciados no son responsables, en cuya virtud se amparan en los Arts. 359 y 360 incisos tercero y cuarto del Código de Procedimiento Penal, según afirman.- Para resolver, considérase: PRIMERO: La Sala es competente para conocer esta clase de acciones al tenor de las disposiciones que contienen los Art. 359 y siguientes del Código Adjetivo Penal y en razón de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre de 2006 a favor de los suscritos como magistrados titulares.- SEGUNDO: Además, según la razón constante a fojas 1 del expediente, consta que a través del sorteo legal correspondió el conocimiento de la causa a la Tercera Sala Penal, la cual ha sustanciado en su totalidad el recurso mencionado.- TERCERO: Los recurrentes al momento de proponer la acción, ofrecieron aportar “La prueba adecuada que justifique el motivo de la revisión”, mas, el 7 de junio de 2006 se abrió la prueba por el término de diez días, durante el cual no se ha pedido, ordenado ni practicado ninguna diligencia tendente a respaldar las alegaciones que sostienen los recurrentes; vale decir, el recurso intentado no ha merecido ningún amparo probatorio y ha quedado en el campo de la mera proposición.- Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de acuerdo con el Art. 367 del Código de Procedimiento Penal, la Sala declara la improcedencia del recurso de revisión y se manda que el proceso sea devuelto para los fines consiguientes. Notifíquese y publíquese. Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

CERTIFICO: Que la copia que antecede es igual a su original.

Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 369-2006

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 24 de abril del 2007; a las 08h00.

VISTOS: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala Penal tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el presente juicio, de conformidad con lo que establece la Primera Disposición General de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial No. 26 del jueves 26 de mayo del 2005. El sorteo de causas, así como por la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006 y legal posesión de los cargos.- SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal.- TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.- Ana Lucila Cobo Chévez interpuso dentro de término recurso de casación de la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal Penal de Cotopaxi el 17 de abril del 2006, que le impuso la pena de tres años de prisión correccional y multa de diez y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Concedido el recurso y sorteada la causa su conocimiento correspondió a esta Sala, competente por lo mismo para resolver la impugnación.- CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- Ana Lucila Cobo Chévez ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, habiendo fundamentado su recurso de casación mediante escrito incorporado a fojas 3 del expediente de la Sala en el que expresa que el Tribunal Penal de Cotopaxi al dictar sentencia condenatoria en su contra ha violado la ley contraviniendo expresamente a su texto, realizando una falsa aplicación de la misma e interpretándola erróneamente. En este sentido manifiesta haber justificado plenamente que sus nombres y apellidos son Ana Lucila Cobo Chévez, pero en el juicio se le hace constar como “Ana Lucía Cobos Chévez”, por lo que alega que existe falta de identidad pues se ha procesado a otra persona mientras que en la sentencia se le impone una condena, concluyendo por tanto que existe falsa interpretación de la ley, que contraviene su texto por haberse hecho una falsa aplicación de ella al momento de pronunciar el fallo.- Agrega la recurrente que esa falta de identidad de persona constituye una violación de la norma legal por parte del Tribunal Penal lo que “influyó en la decisión de la causa al imponer sanción a otra persona que no es la enjuiciada”.- Finaliza invocando los Arts. 1014 del Código de Procedimiento Civil y 349 del Código de Procedimiento Penal como fundamento para solicitar se case la sentencia y se anule el proceso para ejercer sus derechos y demostrar su inocencia.- QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- La señora Ministra Fiscal General del Estado subrogante al contestar el traslado con el escrito de fundamentación de la recurrente emitió su dictamen que se agrega al expediente en el que expresa que una vez examinada la sentencia concluye que el Tribunal Penal da por comprobada la existencia del delito de abuso de confianza previsto en el Art. 560 del Código Penal y así mismo declara justificada con prueba testimonial la responsabilidad de Ana Lucila Cobo Chévez en calidad de autora del ilícito perpetrado mientras actuó como Tesorera del Comité de Padres de Familia de la Escuela Municipal La Maná, durante el año lectivo 2003 – 2004, y en tal calidad recibió los aportes de 10 y 15 dólares pagados en cada matrícula de los alumnos que suman \$1.665 para autogestión y mejoras del plantel, dineros que no ha devuelto. La pericia contable, cuyos resultados han sido corroborados mediante las declaraciones dadas ante el

Tribunal por las dos peritas demuestran la existencia de comprobantes firmados por la recurrente que acreditan haber recibido los aportes, dineros que se retuvo y nunca los devolvió.- Fundada en estos antecedentes la representante del Ministerio Público solicita que se rechace por improcedente el recurso de casación.- SEXTO: ANALISIS DE LA SENTENCIA.- En esta pieza procesal no aparece la supuesta falta de identidad de persona pues el fallo en su parte considerativa y resolutive hace expresa referencia a la enjuiciada Ana Lucila Cobo Chávez, que ha sido sentenciada por el Tribunal Penal a cumplir una pena de prisión como autora responsable de la infracción de abuso de confianza. No existe en consecuencia la causal invocada por la recurrente para interponer el recurso de casación y si bien en la denuncia presentada por la Directora de la escuela y el Presidente del Comité de Padres de Familia se ha hecho constar los nombres de Ana Lucía Cobos Chávez, este error o lapsus calami no configura una falta de identidad de persona. Es más, esta misma alegación ya fue invocada al interponer el recurso de nulidad de la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal de Cotopaxi, la que fue rechazada por la Sala Penal de la Corte Superior de Latacunga, por considerar que ese error no afecta a la validez procesal y es susceptible de corrección y enmienda. Se concluye que el Tribunal Penal de Cotopaxi al pronunciar sentencia contra la recurrente no violó la ley ni contravino expresamente a su texto ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella o por haberla interpretado erróneamente. Por las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Ana Lucila Cobo Chávez por lo que dispone devolver el proceso al Tribunal Penal de origen para la ejecución de la sentencia.- Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.
Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las tres copias que anteceden son iguales a su original.

Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 406-2006

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 30 de abril del 2007; a las 11h00.

VISTOS: La sentenciada LIDIA ZULEMA PALMA TANICUCHI, presenta recurso de casación contra la

sentencia pronunciada el 29 de mayo del 2006 por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Quito, que confirma la expedida por el Tercer Tribunal Penal de Pichincha, mediante la cual se le impone la pena modificada de ocho años de reclusión mayor ordinaria, por considerarla autora responsable del delito de tenencia ilícita de estupefacientes, tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Oportuna y debidamente fundamentado el recurso, se corrió traslado con el mismo a la señora Ministra Fiscal del Estado, subrogante, la que contestó de conformidad a lo que establece el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Sala Tercera de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de casación propuesto de conformidad con la ley, en virtud de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006, así como por la creación de la SALA prevista en la LEY ORGANICA REFORMATORIA A LA LEY ORGANICA DE LA FUNCION JUDICIAL, y por el sorteo de ley. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal.- TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.- 1.- A fojas 8 de los autos, el Agente Fiscal de Pichincha, fundamentado en el parte de detención suscrito por el Tnte. de Policía Luis Mantilla y otros oficiales, decide dar inicio a la etapa de instrucción fiscal. En dicho parte se relata que por información reservada han conocido que una ciudadana de estatura mediana, delgada, de piel canela, cabello largo, de 40 años aproximadamente, se dedicaba al expendio de sustancias estupefacientes en las calles 10 de Agosto y Orellana de esta ciudad de Quito, por lo que se han trasladado a ese lugar y a eso de las 17h00 han observado que efectivamente se encontraba una ciudadana con las características físicas que le habían proporcionado, que al abordarla se ha identificado con el nombre de Lidia Zulema Palma Tanicuchi, a quien le han procedido a realizar un registro personal, encontrándole en un bolso de nylon color negro, varios paquetitos envueltos en papel de revista y éstos a su vez con cinta de embalaje, color amarillo, conteniendo en su interior una sustancia blanquecina posiblemente droga; y, la cantidad de \$ 20 dólares por lo que han procedido a su aprehensión y conjuntamente con la evidencia, la han trasladado hasta la Jefatura Provincial Antinarcóticos de Pichincha para las investigaciones correspondientes. Una vez en esta Jefatura, han procedido a realizar las respectivas pruebas de campo de la sustancia incautada, utilizando los reactivos químicos Tanred y Scott, dando positivo para cocaína, con un peso bruto total aproximado de 44 gramos. 2.- Mediante auto resolutivo de fecha 17 de junio del 2005, el Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha dispone llamar a juicio a LIDIA ZULEMA PALMA TANICUCHI, contra quien se determinó presunciones graves de responsabilidad penal como autora del delito de tenencia y posesión ilícita de estupefacientes, tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. 3. Posteriormente en fecha 30 de noviembre del 2005, el Tercer Tribunal Penal de Pichincha, judicatura en que se radicó la competencia del presente juicio, dictó sentencia condenatoria en contra de LIDIA ZULEMA PALMA TANICUCHI, imponiéndole la pena modificada de ocho

años de reclusión mayor ordinaria, por considerarla autora responsable del delito antes mencionado; sentencia que es confirmada en todas sus partes por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito. CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- La sentenciada alega que la Segunda Sala de la Corte Superior de Quito, al confirmar el fallo expedido por el Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha, ha violado la ley al haber hecho una falsa interpretación de las normas de derecho y por lo tanto se interpretó erróneamente la ley, sosteniendo que es consumidora habitual de drogas, lo cual fue demostrado - dice la sentenciada- con el examen psicosomático al que fue sometido; contraviniendo de esta manera lo dispuesto en los Arts. 4, 11 y 36 del Código Penal; así como los Arts. 23 numerales 26, 27; Arts. 272, 273 y 24 numerales 2, 9 y 14 de la Constitución Política; y, Art. 79 al 87 del Código de Procedimiento Penal. QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- La señora Ministra Fiscal interviniente, al contestar la fundamentación del recurso de casación realizada por la recurrente, manifiesta: 1.- Que la Segunda Sala de la Corte Superior de Quito ha declarado que se encuentra comprobada la existencia material de la infracción con los actos precisados en el considerando cuarto del fallo. En efecto, el juzgador ha analizado la declaración de la Dra. Guillermina Gallo Zea quien confirma que las pruebas realizadas a los 17 sobres envueltos en papel de revista y cubiertos con cinta de embalaje color amarillo dieron el resultado positivo de cocaína, con un peso de 44 gramos. Los testimonios del Sbte. Luis Eduardo Mantilla Gallegos, policías Wilmer Mejía Mejía y Ricardo Bustamante Bustamante, acreditan la responsabilidad, además del reconocimiento voluntario de la acusada, indicando que la cocaína fue adquirida para su consumo; confirma su calidad de consumidora con el testimonio del Dr. Fabián Pólit Macías, perito que además afirma que la droga comisada con un peso de 30 ó 40 gramos, es excesiva para el consumo inmediato; todo lo cual sirvió de sustento para que la Segunda Sala confirme la sentencia al considerar que se ha justificado la existencia del delito y la responsabilidad de la sentenciada, por cuanto la cantidad de droga es excesiva para su consumo personal. 2.- En el caso, dice la Ministra, se advierte que las alegaciones relacionadas con la violación de normas constitucionales, no se han justificado, tanto más cuanto que, de la revisión de la sentencia se advierte que no existe inobservancia de los Arts. 23 numerales 26, 27; Art. 272, 273 y Art. 24 numerales 2, 9 y 14 de la Constitución Política, porque se constata que a lo largo del juicio la recurrente ha ejercido sus derechos, se han respetado las garantías del debido proceso, y no existe constancia alguna de la que se desprenda que la acusada fue forzada a declarar contra sí misma, razón por la que sus dichos quedan como meros enunciados. Sobre la trasgresión de los Arts. 4, 11 y 36 del Código Penal, puntualiza que en la audiencia de juicio, la acusada Lidia Zulema Palma Tanicuchi al rendir su testimonio, en forma libre y voluntaria, reconoce que compró la droga para su consumo personal a Luis Alvarez, en el parque Italia de esta ciudad de Quito, luego de lo cual fue detenida. Y de conformidad a lo dispuesto en el Art. 143 del Código de Procedimiento Penal, es una norma que debe aplicarse, pues no viola la supremacía constitucional, todo lo contrario es concordante con ella. No se han inobservado los principios de la prueba y su valoración, toda vez que, éstas se han producido en el juicio y ante el Tribunal Penal, como lo dispone el Art. 79 del Código de Procedimiento Penal; cumpliendo los presupuestos de legalidad exigidos por el Art. 83 ibídem; así como se evidencia que el acervo probatorio fue apreciado aplicando

las reglas de la sana crítica, como manda el Art. 86 del precitado cuerpo legal; pues, ha valorado el resultado de la experticia científica, cuyas conclusiones no pueden ser enervadas, con criterios subjetivos. Razón por la cual solicita a la Sala rechazar el recurso interpuesto por improcedente y devolver el proceso al inferior para que ejecute la sentencia. SEXTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.- Al juzgador, le corresponde en primer lugar determinar si se ha comprobado, conforme a derecho, la existencia material de la infracción que, tratándose, como en este caso, de tenencia y posesión de estupefacientes, en cantidades relativamente pequeñas que pudieren servir para el consumo, frente a la aceptación expresa de tal calidad por la sentenciada, cabe entonces realizar un análisis fundamentado y prolijo de la sentencia y de los elementos fácticos y de convicción que han servido para que el juzgador haya llegado a tal aserto. 2.- De lo expresado, no es suficiente, para determinar la materialidad de la infracción, que se haya encontrado en poder de la sentenciada LIDIA ZULEMA PALMA TANICUCHI 17 sobres envueltos en papel de revista que luego del análisis de laboratorio dieron como resultado positivo a cocaína, sino que es imprescindible determinar el destino o uso de aquella sustancia, que siendo ilícita, bien podría servir para el consumo, tomando en consideración a que, lamentablemente la ley, no establece cantidades referenciales para esta valoración, pues, la condición de consumidor, cuando se trata de la posesión de pequeñas cantidades, se lo establece por el peritaje psicosomático ordenado por la Fiscalía. 3.- Sin embargo de lo expresado, del examen de la sentencia, se desvirtúa -con suficientes elementos probatorios- que la recurrente haya estado en tenencia y posesión de cocaína, única y exclusivamente para el consumo como aquella afirma en la fundamentación de su recurso, pues, con los testimonios concordantes en el juicio del Tnte. de Policía Luis Eduardo Mantilla Gallegos y de los Cbos. de Policía Ricardo René Bustamante Bustamante y Wilmer Rigoberto Mejía Mejía, se ha llegado a establecer que la señora Lidia Zulema Palma Tanicuchi, **“se dedicaba al expendio de sustancias ilícitas y que al momento de su captura pudieron observar el consabido cruce de manos, conocido como corretaje, por lo que la abordaron”**. 4.- De lo expresado, se puede advertir claramente que tanto el Tercer Tribunal Penal de Pichincha, así como la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Quito, encuadraron equivocadamente la tipificación del delito, como tenencia y posesión ilícita de estupefacientes, cuando en verdad se trata de tráfico ilícito de estupefacientes tipificado y sancionado por el Art. 60 de la actual ley de la materia. El Art. 315 del Código de Procedimiento Penal que se refiere a la limitación de la sentencia, dice expresamente que: **“El tribunal no podrá pronunciar sentencia sobre hechos que no tengan relación o conexión con los determinados en el auto de llamamiento a juicio, ni dejar de pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos”**. En efecto, en el auto de llamamiento a juicio (pp. 65 y 66 del proceso), el Dr. Jaime Santos Basantes, Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, dicta el auto de llamamiento a juicio en contra de la imputada Lidia Zulema Palma Tanicuchi, **“POR EL DELITO DE TRAFICO DE DROGA, TIPIFICADO Y SANCIONADO POR EL ART. 62 DE LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS, EN CALIDAD DE AUTORA”**, como en forma literal se lee, aclarando que la disposición legal invocada por el referido Juez, corresponde a la codificación anterior y no a la actual, en la que aquel delito

se lo tipifica y sanciona en el Art. 60 *ibídem*, lo que evidencia negligencia y falta de actualización del judicial. Aún así lo que quiere la ley es que la tipificación del delito esté relacionado a los hechos investigados y no al arbitrio del juzgador. 5.- Ahora bien, no se trata de agravar la situación jurídica de la sentenciada, aún más tratándose de la única recurrente (Art. 328 del Código de Procedimiento Penal), imputándole los delitos de tenencia ilícita y tráfico ilícito de estupefacientes en mérito a la acumulación de penas contemplado por el Art. 87 de la actual Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, pues sobre este caso, hay fallos de las salas especializadas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia que argumentan “que para traficares consustancial la tenencia de la droga, por lo tanto, la conducta típica se subsume en un solo delito” (fallo de fecha 06 de mayo del 2006 de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Registro Oficial No. 34 del 06 de marzo del 2007). 6.- De igual manera, resulta inadmisibles y lamentable que, la actual legislación en materia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, no hayan recogido claros preceptos constitucionales en los que imperativamente se establece que “Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones” (numeral 3 del Art. 24 de la Constitución Política de la República); pues, en el presente caso y tantos otros, la condena es igual para cada delito de esta naturaleza, sin consideración a la cantidad de drogas que se posea o se trafique, lo que deviene en la peor de las injusticias y que debe, en la brevedad posible, ser reparada por el legislador. SEPTIMO: RESOLUCION.- Por las consideraciones anotadas, la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY y de conformidad a lo que dispone la parte final del Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, casa parcialmente la sentencia recurrida, condenando a la señora LIDIA ZULEMA PALMA TANICUCHI, a la pena atenuada de OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, como autora del delito tipificado en el Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, más la multa y el comiso. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las seis copias que anteceden son iguales a su original.

Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL**

Quito, 10 de abril del 2007; a las 10h30.

VISTOS: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala Penal, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver el presente juicio, de conformidad con lo que establece la Primera Disposición General de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial No. 26 del jueves 26 de mayo del 2005, así como en virtud de la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006 y legal posesión de los cargos.- SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal.- TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.- Julio Albino Morán Espinoza (o Albino Julio Morán Espinoza) interpuso recurso de casación de la sentencia condenatoria pronunciada en su contra por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Guayaquil, que confirma la dictada por el Juez Décimo Sexto de lo Penal del Guayas, que impone al recurrente la pena de dos años de prisión en calidad de autor del delito de usurpación que tipifica y sanciona el artículo 580 numeral 1 del Código Penal, más el pago de daños y perjuicios causados al acusador particular Justo Edwin López Salazar, costas y honorarios profesionales que regula en cinco mil dólares norteamericanos.- Concedido el recurso de casación y elevados los autos a la Corte Suprema de Justicia, se realizó el respectivo sorteo correspondiendo el conocimiento de la causa a esta Sala.- CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE CASACION.- De conformidad con lo que dispone el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal el recurrente fundamentó en forma oportuna su recurso mediante escrito que se agrega de fojas 3 a 5 del expediente de la Sala, manifestando que tanto el Juez Décimo Sexto de lo Penal del Guayas y la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Guayaquil violaron la disposición del artículo 580 numeral 1 del Código Penal, ya que de autos no existe ninguna de las circunstancias constitutivas del delito de usurpación acusado por el abogado Justo López Salazar, que manifestó ser poseionario del predio ubicado en el sitio El Matecito ubicado en el cantón Lomas de Sargentillo. La falsa aplicación de la ley se ha producido porque los juzgadores al aplicar el artículo 580 numeral 1 del código citado lo hicieron sin que existan los elementos constitutivos del ilícito que son la violencia, el engaño o abuso de confianza, tanto más que jamás se dio por parte del sentenciado los actos de apremio físico sobre las personas ni los de apremio moral que infundan el temor de un mal inminente. El querellante ha manifestado que el ilícito se produjo el lunes 11 de octubre del 2004, a eso de las 10h30, en el sitio El Matecito de la zona rural del cantón Lomas del Sargentillo, como consecuencia de la actitud de Julio Albino Morán Espinoza al no permitirle “tomar posesión” de su predio, que originalmente había sido adjudicado por el INDA al acusado en el año 2002, la que se dejó sin efecto en el año del 2004, mediante providencia dictada por la Directora Ejecutiva del INDA; según el recurrente su predio se ubica en el sitio Estero del Hueso en el sector rural del cantón Lomas de Sargentillo. Con fundamento en los antecedentes expuestos Julio Albino Moran Espinoza solicita a la Sala que case la sentencia dictada por la Tercera Sala Penal de la

Corte Superior de Guayaquil por errónea interpretación de la ley.- QUINTO: ANALISIS DE LA SENTENCIA.- 1).- Examinado el fallo pronunciado por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Guayaquil, que ha sido dictado el 5 de julio del 2006, a las 10h45, se establece que el antecedente legal del litigio fue el escrito de acusación particular presentado por el abogado Justo Edwin López Salazar, quien manifestó al Juez Penal que el 06 de julio del 2004, a las 15h00, la Directora Ejecutiva del INDA declaró sin valor legal y dejó sin efecto la adjudicación No. 9710G00191 del lote S-N de 23,19 Has., ubicado en el sector Estero Hueso del citado cantón Lomas de Sargentillo, siendo el adjudicatario el ciudadano Albino Julio Morán Espinoza; que el abogado López Salazar acompañado por miembros de la policía concurrió al sitio para requerir a Morán Espinoza que abandone el predio y lo entregue al querellante, petición a la que se ha negado el citado Morán impidiéndole así “tomar posesión” de su predio, por lo que a criterio de López Salazar se cometió el delito de “usurpación contenido en el artículo 580 del Código Penal No. 3”. Al momento de formalizar la acusación el actor cambió las circunstancias del ilícito y acusó a Julio Albino Morán Espinoza de haber incurrido en la “figura típica contenida en el artículo 580 numeral 1 del Código Penal Ecuatoriano”. 2).- El fallo de los juzgadores al analizar las pruebas relieves el valor probatorio de varios documentos agregados al proceso, la protocolización de la adjudicación del INDA a favor de Morán, informe pericial sobre la originalidad del documento que contiene la adjudicación a favor del recurrente y la prueba testimonial, de todo lo cual se hace referencia en el fallo impugnado, pudiendo obtener como conclusión que el 15 de marzo del 2002 el INDA realizó la adjudicación a favor de Julio Morán Espinoza de un terreno en el sitio “Señor de la Buena Esperanza” ubicado en el Estero el Hueso perteneciente al sector rural del cantón Lomas de Sargentillo, siendo obvio colegir que desde esa fecha el adjudicatario Jorge Albino Morán Espinoza mantuvo la posesión material del inmueble e inclusive denunció a ciertas personas que pretendían usurpar el lote en el que tenía sembríos de ciclo corto. 3).- Así mismo la prueba testimonial receptada a los testigos del hoy recurrente determina que Morán Espinoza está desde hace ocho años en posesión del predio señor de la Buena Esperanza y tiene sembríos, realiza cultivos y trabajos de mejoras en el bien, pone cercas de púas, aseverando que durante este lapso no han visto por ese lugar al abogado Justo Edwin López Salazar. 4).- En el delito de usurpación no se discute ni tiene relevancia procesal el título de propiedad, lo importante es determinar la razón legal de la posesión o tenencia del bien inmueble, y en el caso, es obvio concluir que, haya sido errónea la adjudicación del INDA a favor de Julio Albino Morán Espinoza, este ciudadano obrando de buena fe, entró en posesión material del lote a partir del año 2002, y bajo este supuesto fáctico no existe en el proceso prueba que enerve su estado jurídico de posesionario; de ahí que el querellante al requerirle a Morán la entrega del lote, aparece más bien como una persona que pretende disputarle el inmueble utilizando la fuerza pública para desalojar al posesionario; que por el lapso transcurrido ha adquirido derechos posesorios. Sobre la base de la revocatoria de la adjudicación el acusador que pretende entrar en posesión del lote en disputa sin conseguirlo, se ha ideado la figura de la usurpación aduciendo que Morán no le ha permitido “tomar posesión” del predio, lo que significa que el querellante nunca estuvo en posesión material del terreno en litigio. 5).- Para mejor ilustrar el entredicho judicial se hace necesario transcribir el

artículo 580 numerales 1 y 3 del Código Penal que prescribe: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años: 1.- El que por violencia, engaño o abuso de confianza despojare a otro de la posesión o tenencia del bien inmueble, o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble; 3.- El que con violencia o amenazas estorbare la posesión de un inmueble.”. En la sentencia que se examina no aparece ninguna justificación de que Julio Albino Morán Espinoza hubiere despojado al querellante de la posesión del lote ubicado en el sitio El Matecito o Estero del Hueso área rural del cantón Lomas del Sargentillo mediante la violencia, engaño o abuso de confianza, tampoco aparece ningún dato probatorio referente a las violencias o amenazas de Morán Espinoza para estorbar la posesión del querellante, que nunca ha sido posesionario y en consecuencia, no habiéndose justificado la materia punible, esto es la usurpación, no era procedente atribuir al querellado la responsabilidad penal.- Los hechos y circunstancias que se relatan en los fallos demuestran que los juzgadores contravinieron la ley, al interpretarla erróneamente e hicieron una falsa aplicación de ella concluyendo en la sentencia que se había perpetrado el delito de usurpación cuyos elementos constitutivos no se han comprobado en legal forma. Por lo que antecede, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de acuerdo con el Art. 358 del Código Adjetivo Penal se declara la procedencia del recurso, se casa la sentencia y se absuelve al imputado Albino Julio Morán Espinoza (o Julio Albino Morán Espinoza). La acusación particular del abogado Justo Edwin López Salazar no es maliciosa ni temeraria.- Sin costas ni honorarios que regular. Ejecutoriado este fallo devuélvase el proceso.- Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.
Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las cuatro copias que anteceden son iguales a su original.

Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 583-2006

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 19 de abril del 2007; a las 11h00.

VISTOS: El presente proceso penal por injurias, se inició por acusación particular presentada por Rosa Esmeralda Córdova Sobeni contra Angela Páez Murillo, sosteniendo

que: “el día 24 de noviembre de 2005 aproximadamente a las 10h30, en circunstancias que me encontraba afuera de las dependencias de la Policía Judicial del Guayas (PJ-GUAYAS), en las calles Av. Barcelona y Portete de esta ciudad de Guayaquil, fui sorpresivamente interceptada a la entrada de esta dependencia por la señora ANGELA NARCISA PAEZ MURILLO, junto con una gavilla de personas que ella lidera en una invasión llamada “5 de junio” del cantón Durán. El proceso fue resuelto en el primer nivel por el Juez Vigésimo de lo Penal del Guayas quien dictó sentencia condenatoria imponiendo a la acusada tres meses de prisión y diez dólares de multa, el 24 de noviembre del 2005; a las 10h30; sentencia que es confirmada por la Primera Sala de lo Penal, Colutorios y de Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el 26 de septiembre del 2006; a las 09h10. De este fallo interpone recurso de casación la querellada. Concluido el trámite previsto para este tipo de recursos, la Sala para resolver, considera: PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala Penal, tiene jurisdicción y competencia, por la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial No. 26 del jueves 26 de mayo de 2005. El sorteo de causas, así como por la designación efectuada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 21 de noviembre del 2006. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- No se advierten vicios de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso de casación, por lo que no hay nulidad alguna que declarar. TERCERO: PRETENSION DE LA RECURRENTE.- La acusada sostiene en su escrito de fundamentación del recurso de casación, que en la sentencia recurrida se han violado los Arts. 64, 115, 122, 126, 135 y 207 del Código de Procedimiento Civil; 82, 490 y 496 del Código Penal; 407 del Código de Procedimiento Penal; y, 24 numerales 7 y 9, 272 y 273 de la Constitución Política de la República. Agregando que fundamenta su recurso en las causales primera, tercera, cuarta y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, lo que es improcedente, pues el Art. 20 de la misma ley señala que en materia penal el recurso de casación se regirá por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, lo que evidentemente no invalida el recurso propuesto y los jueces están en la obligación de suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, según el Art. 280 del Código de Procedimiento Civil como ley supletoria. CUARTO: ANALISIS DE LA SALA.- La casación de acuerdo con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal se contrae a examinar si en la sentencia definitiva se ha violado la ley. El Tribunal en sentencia debe valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en cumplimiento de lo que dispone el Art. 86 del Código Adjetivo Penal. La motivación de la sentencia para ser correcta, debe referirse al **hecho** y al **derecho**, valorando las pruebas y suministrando las condiciones a que arribe el Tribunal sobre su examen, respecto de la subsunción del hecho comprobado en un precepto penal, y de las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan. El Juez debe consignar las razones que lo llevan a tener por acreditados o no, e históricamente ciertos o falsos los hechos que constituyen los elementos materiales del delito, enunciando las pruebas de que se sirve en cada caso y expresando la **valoración** que haga de ellas, es decir, la apreciación que lo conducen relativamente al supuesto de hecho investigado, a una conclusión afirmativa o negativa. La falta de motivación en **derecho** puede consistir en la **no descripción del hecho** que debe servir de sustento a la calificación, es decir cuando se aplica una

norma jurídica diferente a la que corresponde en un proceso de correcta adecuación típica, como sucede en el presente caso. Para ser motivada en los hechos, la sentencia debe suministrar las pruebas en que se fundan las conclusiones fácticas, esto es, demostrarlos. Para que sea fundada en derecho, la sentencia debe explicar los hechos objeto de la adecuación típica, esto es, describirlos. Otra exigencia para que la motivación sea legítima es que debe basarse en prueba válidamente introducida en el juicio, esta es una consecuencia del principio de verdad real y el de inmediación que es su derivado, el cual supone la oralidad, publicidad y contradicción. Si es controlable en casación el grado de convencimiento que expresa el Juez. La sentencia debe basarse en la certeza, es decir, en la convicción razonada y positiva de que los hechos existieron y ocurrieron de cierta manera. Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, ésta sí controla el proceso lógico seguido por el Juez en su razonamiento. El Tribunal de Casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley, a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la motivación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas de la lógica, del razonamiento y de la experiencia o conocimiento. La garantía de motivación consiste en que mientras por un lado se deja al Juez libertad de apreciación, queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente los argumentos, demostrando su conclusión para prevenir la arbitrariedad. QUINTO: EXAMEN DEL FALLO.- Para que se pueda dictar sentencia condenatoria es necesario que se demuestre conforme a derecho, tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, y del examen de la sentencia aparece que el Tribunal actuante no aplicó correctamente lo que dispone el Art. 496 del Código Penal, pues de fs. 95 a 102 constan las declaraciones de Dalia Elena Mosquera León, Nora Narcisa Pinto Bravo, Erika Viviana Sarango Herrera, Enrique Antonio Vergara Gallardo, Estela Gioconda Ponce Estrada, de cuyos testimonios y al tenor de la sana crítica y pese a haber sido solicitados por la propia querellante, se infiere que tanto la querellante como querellada se injuriaron en forma recíproca a la vez que las dos tenían perfecto conocimiento de las injurias proferidas por ellas, ya que son conocedoras de la ley, por otro lado, para que exista el delito de injuria debe haber el elemento subjetivo mismo que está constituido por el animus injuriandi, vale decir, la intención, el propósito o designio de causar daño a otra persona, lo que en el caso sub iudice no sucede, pues como se señaló anteriormente hubo reciprocidad de insultos. Así lo ha resuelto en reiterados fallos este Alto Tribunal de Justicia, de manera concreta la Primera Sala Penal de Casación en el juicio de injurias seguido por Florinda Inés Llivipuma Pando contra José Ernesto Llivipuma Lalvay, cuando en el considerando quinto en su parte pertinente dice: “En lo relativo a compensación de injurias, sugerida en la contestación de la querrela al calificarla de improcedente y más tarde ser alegada en recurso de apelación y ulteriormente en el de casación, la Sala con examen prolijo del proceso y valoración de la prueba testimonial, aprecia que los testigos de cargo son coincidentes en sus deposiciones sobre el hecho de que el acusado inició el acto infringiendo los golpes con ultraje de obra bajo estado etílico a la acusadora y, que ésta, después, de dicho acto, dio un chirlozo con desangre al acusado”. Al efecto, es importante consignar lo expuesto por el maestro Francesco Carrara en su Programa de Derecho Criminal cuando señala: “La

compensación de la injuria no procede de una imprevista turbación del ánimo, ni del ejercicio legítimo de un derecho, sino, de la naturaleza privada de la acción contra la injuria. Es una extinción recíproca de mutuo débito, que se declara por la Ley ipso jure extinguiendo los dos débitos a favor de aquellos que se cambiaron injurias mutuas, aun después de haber transcurrido cualquier intervalo de tiempo". SEXTO: RESOLUCION.- De una apreciación ponderada y objetiva de la sentencia, surge de manera incuestionable que la Primera Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil violó la ley en la sentencia, por las razones que anteceden, y como en el caso llegado a nuestro conocimiento por la alzada, se aprecia violación de la ley en la sentencia condenatoria, pues el Tribunal de alzada no apreció y valoró correctamente la prueba actuada por el Juez Vigésimo de lo Penal del Guayas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal acepta el recurso de casación interpuesto, atenta la reciprocidad de injurias revoca la sentencia venida en grado y absuelve a la acusada ANGELA NARCISA PAEZ MURILLO, declarando que la acusación no es temeraria ni maliciosa. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen. Notifíquese y publíquese.

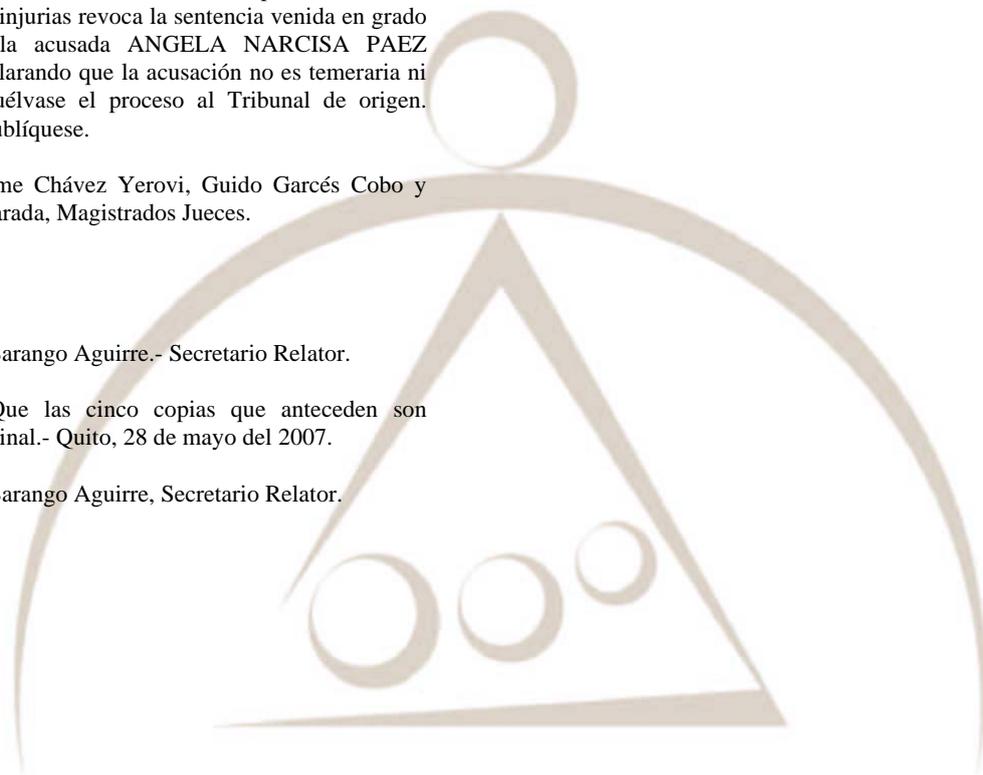
Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, Magistrados Jueces.

Certifico.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre.- Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las cinco copias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 28 de mayo del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.





Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República
Responsabilidad de la Dirección del Registro Oficial