

REGISTRO OFICIAL

Organo del Gobierno del Ecuador



Suplemento del Registro Oficial

Año III- Quito, Jueves 5 de Febrero 2009 - N° 522



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

Año III -- Quito, Jueves 5 de Febrero del 2009 -- N° 522

LIC. LUIS FERNANDO BADILLO GUERRERO
DIRECTOR ENCARGADO

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
 1.300 ejemplares -- 96 páginas -- Valor US\$ 2.50

S U P L E M E N T O

SUMARIO:

	Págs.		Págs.		
FUNCION JUDICIAL					
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA					
SALA DE LO CONTENCIOSO					
ADMINISTRATIVO:					
Recursos de casación en los juicios seguidos por las siguientes personas e instituciones:					
11-08	3	Teodoro Abdo Sarrás y otros en contra del Contralor General del Estado subrogante	18-08	10	Doctora Laura Susana Haro Jácome en contra del Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario - INDA ...
13-08	6	Martha Guadalupe Molina Paredes en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	19-08	11	Mauricio Arturo Villavicencio Durango y otro en contra del Ministro de Economía y Finanzas y otro
14-08	8	Carlos Bravo Montenegro y otra en contra del Gerente General del Banco Ecuatoriano de la Vivienda y otro	20-08	13	BRINKER INTERNATIONAL INC. en contra del Presidente del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual y otros
15-08	9	Juana Rosa Briceño Jiménez en contra de la Municipalidad de Santo Domingo de los Colorados	21-08	15	Licenciado Indalecio Ricardo Vásquez Cevallos en contra del Ministro de Agricultura y Ganadería
			22-08	16	Zoila Nirma Susana Miño Barrera en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
			25-08	18	Compañía AGIP Ecuador S.A. en contra del Director Nacional de Hidrocarburos y otro
			27-08		Doctor Angel Fernando Zambrano Estrella en contra del Director General

	del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	19			
30-08	Lorgia Andrade Espinoza en contra del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	20		133-2006 Carlos Mesías Castro Rosero por el delito de violación en perjuicio de Vanesa Estefanía Paucar Chamorro	39
		Págs.			
-	Compañía AGIP Ecuador S.A. en contra del Director Nacional de Hidrocarburos y otro	22		172-2006 Galo Fabián Ormaza Gallo y otro por el delito de hurto	41
					Págs.
				337-2006 Edgar Alberto Piedmag Valencia por el delito de lesiones en perjuicio de José Luis Urbina Clerque	43
	SEGUNDA SALA DE LO PENAL:			347-2006 Luis Alberto Gurumendi Alvarado por el delito que tipificado en el Art. 80 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres	45
	Recursos de casación, revisión y apelación en los juicios penales seguidos en contra de las siguientes personas:				
257-07	Angel Ramón Macías Cedeño y otros por el delito de plagio en perjuicio de Joshua Peñaloza Illanes	23		352-2006 Erwin Ibarra Alava por el delito que tipifica y sanciona el Art. 450 del Código Penal con las circunstancias previstas en los numerales 1, 5, 6, 7 y 9	46
258-07	Freddy Fabián Mendoza Mendoza o Edison Napoleón Jilón Zamora por el delito de tentativa de asesinato en perjuicio de Sandra Paulina Rivera Vaca	26		360-2006 Milton Ramiro Jurado Castro y otro por el delito tipificado en el Art. 257 del Código Penal	47
259-07	Pedro Orfredo Cueva Jaramillo por el delito tipificado y reprimido en los Arts. 62 y 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas	27		378-2006 José Arnoldo Romo Torres por el delito tipificado y sancionado en el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas	52
261-07	Pedro Leonel Rivadeneira Vallejo por el delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas	29		451-2006 José Cirilo Maza Soto por el delito de robo en perjuicio de Johana Elizabeth Luna Irene	53
262-07	Narciso Abraham Loor Zambrano por el delito de violación en perjuicio de Narcisca Mariuxi Loor Valdez	29		476-2006 Luis Miguel Cedeño Moreira por el delito que tipifica y sanciona el Art. 449 del Código Penal, en concordancia con el Art. 25, inciso segundo y 75, inciso tercero del mismo cuerpo de leyes	54
264-07	Román Paúl Saltos Pugo por el delito previsto y reprimido en el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas	32		494-2006 Diego Manolo Dávalos Cáceres y otro por el delito de estafa en perjuicio del Dr. Teodoro Enrique González Merchán	57
	TERCERA SALA DE LO PENAL:				
	Recursos de casación, revisión y apelación en los juicios penales seguidos en contra de las siguientes personas:				
58-2005	Ing. Luis Alberto Sucre Robinsón por el delito de peculado	35		548-2006 Alex Hernán Najantai Ukush por el delito de homicidio simple en la persona de Samuel Mayaku Tich	60
169-2005	Arturo Antonio Arteaga Arteaga por el delito de violación en perjuicio de José Luis Martínez Silva	36		551-2006 Juana María Guasumba Caizatoa y otra por el delito tipificado y sancionado por el Art. 408 del Código Penal en perjuicio de José Amable Sinailin	62
188-2005	David Ricardo Garzón Garzón	37			
653-2005	Angel Bienvenido Delgado Delgado por el delito tipificado y sancionado en el Art. 449 del Código Penal	38		SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL:	
				Recursos de casación en los juicios seguidos por las siguientes personas e	

instituciones:	
227-2005 Iván Ernesto Guevara Espinoza en contra del Banco del Pacífico S.A.	64
241-2005 César Alfredo Villacís Cocha en contra de la Dirección Provincial de Salud Pública de Pichincha y otras	65
248-2005 Genaro García Reyes en contra del Prefecto Provincial del Guayas y otro	66
249-2005 Freddy Galarza Abarca en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social -IESS	67
	Págs.
257-2005 Luis Enrique Chalen Bustamante en contra de la Compañía Bardisa S.A. y otras	68
286-2005 Sonia Baratau Bermeo en contra del Banco Nacional de Fomento sucursal Babahoyo	69
345-2005 Jorge Esteban Silva Vintinilla en contra de Industrias Guapán S.A.	71
357-2005 William Edmundo Calderón Checa en contra del Prefecto del Gobierno Municipal de Esmeraldas y otro	74
369-2005 Henry Geovanny Baquerizo Vera en contra de Shell Ecuador S.A.	74
380-2005 Heriberto Barahona Orozco en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	76
410-2005 Manuel Germán Heras Guamán en contra de Patricio Rivera Ugarte	78
422-2005 José Dolores Espinoza Sande en contra de PROALCO Cía. Ltda.	79
427-2005 Jorge Enrique Meza Estacio en contra del Prefecto (E) del H. Gobierno Provincial de Esmeraldas y otro	80
442-2005 Edwin Rodrigo Chacón Enríquez en contra de la Empresa TRANEM S.A.	81
448-2005 Mirna Gissella Escobar Casierra en contra del Alcalde de la Municipalidad de Esmeraldas y otro	82
462-2005 Jorge Antonio Ferrer Jurado en contra del Alcalde de la Municipalidad del Cantón Esmeraldas y otro	83
581-2005 Edgar Ponce Mina en contra de la Prefecta del H. Gobierno Provincial de Esmeraldas y otro	84
591-2005 Washington Alvarado Delgado en contra de Pacifictel S.A.	85
597-2005 Celinda Peñafiel Pérez en contra del Alcalde del Municipio de Manta y otro	88
607-2005 Miguel Angel Salazar Espín en contra de la Empresa Estatal de Industrialización de Petróleos del Ecuador PETROINDUSTRIAL y otro	89
36-2006 José Luis Ogonaga García en contra de Ricardo Diego Suárez Galarza	91
107-2006 Fausto Araujo en contra de la Prefecta del Gobierno Provincial de Esmeraldas y otra	92
	Págs.
132-2006 Liborio Ubaldo Saldivia Cedeño en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	93
161-2006 Roberto Benito Morán Maulme en contra del Alcalde de la I. Municipalidad de Guayaquil y otro	95
ORDENANZA MUNICIPAL:	
- Gobierno Municipal de Girón: Reglamento para la concesión, uso y control de uniformes para los empleados públicos	96

No. 11-08

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

Quito, a 24 de enero del 2008; las 09h00.

VISTOS (128-05): El doctor Genaro Peña Ugalde, en calidad de Contralor General del Estado subrogante, interpone recurso de casación respecto de la sentencia expedida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, el 7 de diciembre del 2004, dentro del juicio propuesto por: Teodoro Abdo Sarrás, Raúl Baca Carbo, René Ortiz Durán y Patricio Ribadeneira; sentencia en la que “*se declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado, consecuentemente déjense sin efecto las responsabilidades civiles solidarias establecidas por la Contraloría General del Estado en contra de Teodoro Abdo Sarrás, Raúl Baca Carbo, René Ortiz Durán y Patricio Ribadeneira*”.- El recurso de casación interpuesto por la Contraloría General del Estado

se fundamenta en la causal primera del artículo 3 de la ley de la materia y estima infringidos, por aplicación indebida, los artículos: 73, 74 y 82, letra g), 143, 144 de la Constitución Política de 1997; 331, 345-A de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; y , el precedente jurisprudencial que consta de la causa número 275, de 25 agosto de 1989, publicado en el Boletín Oficial número 9 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del año 1990.- Por haberse concedido el recurso de casación y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta 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 respecto de las sentencias o autos de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con la Constitución Política de la República y la Ley de Casación.- SEGUNDO: Se ha agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad alguna que declarar.- TERCERO: Los actores en este juicio ejercieron, en modo sucesivo, las funciones de ministros de Energía y Minas, y en dicha calidad, según las glosas impugnadas, ellos no expidieron acuerdos ministeriales que ratifiquen o modifiquen el Acuerdo número 640, publicado en el Registro Oficial número 924, de 28 de abril de 1992, que fijó la tarifa provisional de transporte por el SOTE, para el año 1992, por cada barril de petróleo crudo transportado por las compañías que explotan crudo en la región amazónica ecuatoriana, omitiendo, en sus respectivos períodos ministeriales, la aplicación del artículo 62 de la Ley de Hidrocarburos, reformado por la Ley 44, publicada en el Registro Oficial número 326, de 29 de noviembre de 1993, que obliga al Ministerio a fijar dicha tarifa; omisión que ocasionó perjuicio económico al Estado. Ante esta situación, la Contraloría General del Estado emite la Resolución número 4684, de 19 de marzo de 2002, confirmatoria de las glosas 7280, 7282, 7284 y 7285, de 17 de agosto de 2001, resolución por la cual se establece responsabilidad civil solidaria contra Teodoro Abdo Sarrás, Raúl Baca Carbo, René Ortiz Durán y Patricio Ribadeneira, junto con la de Repsol YPF Ecuador S.A.- CUARTO: El recurso de casación que ha sido presentado por la Contraloría General del Estado, al señalar las disposiciones cuya aplicación indebida acusa, menciona determinadas normas constitucionales, que constan tanto en la Carta Política vigente como en la anterior, para lo cual se utiliza la Codificación publicada en el Registro Oficial número 2, de 13 de febrero de 1997, aplicable a la época de realización de algunos de los actos que dan lugar a la determinación de responsabilidad civil por parte de la Contraloría General del Estado; así, los artículos 73, 74, 82, letra g), 143 y 144; pero otros actos y la intervención de la Contraloría General del Estado se realiza bajo el imperio de la Constitución de 1998 y específicamente de los artículos 119, 211 y 212. Para esta Sala y dentro del presente caso, la utilización de los dos textos constitucionales no ofrece dificultades, por cuanto las mencionadas normas constitucionales, en lo esencial, guardan mucha similitud. Además, se debe insistir en que si bien algunos actos que producen los efectos de responsabilidad son anteriores a la Constitución Política de 1998, otros son posteriores al inicio de la vigencia de ella; y, las actuaciones de la Contraloría General del Estado, que ocasionan los actos administrativos impugnados, tuvieron lugar bajo el imperio de la ley suprema en vigor, razón por la cual es indispensable tomarla en consideración.- QUINTO: La Sala pasa a examinar la normativa constitucional, lo cual es importante

para determinar si la actuación del Contralor cumple con el precepto constitucional del artículo 119 de no “*ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley*”.- En la codificación de la Constitución de 1997, que ha sido mencionada por el recurrente, los artículos 143 y 144 tienen relación con la “*Contraloría General*”, como se denomina a este organismo de control. En el artículo 143, especialmente en su inciso segundo, la Constitución establece que la Contraloría tiene “*atribuciones para contralor los ingresos, administración, custodia, gasto e inversión de los recursos y bienes públicos, dictar regulaciones para el cumplimiento del control...*” Esta competencia siempre caracterizó a la Contraloría desde su creación hasta el momento actual. Por su parte, el artículo 144 *ibidem* establece la potestad del órgano de control “*para determinar responsabilidades civiles, administración y presunciones de responsabilidad penal*”, (énfasis agregado); lo cual lo realizará de acuerdo con la ley.- En la Constitución de 1998, se mantienen similares atribuciones, tanto en el artículo 211 como en artículo 212 (que corresponderían, en su orden, a los artículos 143 y 144 de la codificación de 1997); empero, el artículo 212 comienza señalando, de manera categórica, que: “*La Contraloría General del Estado tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal*”, (énfasis agregado); y, luego añade que la Contraloría “*hará el seguimiento permanente y oportuno para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles*”.- La Sala observa que la Constitución de la República confiere, de modo expreso, atribuciones amplias a la Contraloría General del Estado, las cuales deben ser desarrolladas por la ley, sin más límites que los señalados en el texto constitucional.- SEXTO: Para continuar con el análisis de normas constitucionales concerniente al caso en especie, hay que considerar otras disposiciones. El artículo 74 de la Constitución de 1997 decía, en la parte pertinente: “*No hay dignatario, autoridad ni servidor público exento de responsabilidad por el ejercicio de sus funciones.*”; y el artículo 120 de la Ley Suprema de 1998, que inicia el capítulo relativo a la Función Pública, dispone, en su primer inciso: “*No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones.*” (énfasis agregado). Es decir, establece, de manera categórica, que todo funcionario público está sujeto a “*responsabilidades*”; y hace bien la norma en utilizar el plural, porque éstas son de varias clases, a lo que justamente se refiere la disposición que sigue a la transcrita: El Art. 121, en su inciso primero, expresa que: “*Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recurso públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado.*” (énfasis agregado. Este precepto complementa lo previsto en el artículo inmediatamente anterior a él, y concreta los diversos tipos de responsabilidad en que pueden incurrir los funcionarios públicos. No hace referencia a la responsabilidad política, porque ésta no es común a todos (aspectos que hay que tener presentes para analizar el juicio político). El criterio constitucional de que **ningún funcionario estará exento de responsabilidad** debe ser considerado como un principio fundamental y siempre estuvo presente en el constitucionalismo ecuatoriano; ya fue previsto en la Carta Política de 1978-79, y se mantuvo en las diversas reformas constitucionales a dicha Carta, por ejemplo en las reformas de 1995. En la indicada

codificación de 1997, como ya se manifiesta, el Art. 74 dispone que “No hay dignatario, autoridad ni servidor público exento de responsabilidad por el ejercicio de sus funciones...” Por su parte, el artículo 73 (ibídem) prescribe: “Las normas para establecer la responsabilidad penal, civil y hacendaria por el manejo y administración de los fondos, aportes o recursos públicos, se aplicarán a todos los servidores de las entidades” del sector público.- SEPTIMO: Frente a estos preceptos constitucionales, hay que examinar el artículo 345-A de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, LOAFYC, (norma muy anterior a la Carta Magna en vigencia), cuyo texto dice: “Art. 345.- Limitación constitucional.- Cuando en los casos de los artículos 340 al 345 de esta Ley, aparezcan indicios de responsabilidad de alguno de los funcionarios cuyo juzgamiento corresponde a la Legislatura, el Contralor General se limitará a participar documentadamente los hechos al Presidente de la República y a referirse a ello en su informe a la Función Legislativa, sin perjuicio del trámite de las demás responsabilidades respecto de otros servidores implicados.” Al analizar el artículo 345-A de la LOAFYC no se puede dejar de considerar que tal disposición legal fue introducida por decreto supremo, cuando no imperaba en el país un estado de derecho, y no entraba a regir aún la Constitución Política de 1978-79. Esta situación de facto explicaría que esta disposición se autotitule como “Limitación constitucional”, **como si el precepto de una ley pudiera limitar a las normas constitucionales.** Tampoco se puede pensar que en la Carta Fundamental del Estado de 1978-79, que inició el período democrático, se haya impuesto semejante limitación, pues no la hay, y menos aún en la Constitución de 1998.- Esta disposición legal se refiere a la institución del juicio político (o juicio parlamentario) al que están sujetos determinados funcionarios superiores del Estado, y por el cual se establece la responsabilidad política. Del citado Art. 345-A se desprende que se integran, se unifican, los diversos tipos de responsabilidad (civil, penal, administrativa) en la responsabilidad política, lo que entraña una grave confusión.- OCTAVO: A fin de aclarar algunos aspectos relacionados con el juicio político, nos referiremos a él. Esta institución del juicio político tiene características especiales, pues no se trata de un proceso propiamente jurisdiccional. Su naturaleza política es determinante; ello explica que las decisiones que se adopten estén supeditadas al criterio de la mayoría del Legislativo y no necesariamente al material probatorio; la sanción es también de índole política: censura y destitución, acompañada, a veces, de inhabilidad para ejercer cargos públicos. Por estas razones, **la responsabilidad política no constituye la suma o síntesis de las otras clases de responsabilidad:** sin importar que, si aquélla tiene lugar, pueda la autoridad competente establecer la responsabilidad civil o administrativa o penal. En otras palabras, no cabe unificar los diferentes tipos de responsabilidad (civil, administrativa y penal) en la sola responsabilidad política.- En nuestro país, por mandato constitucional, el enjuiciamiento político puede seguirse mientras el funcionario ejerce el cargo y hasta un año después de concluidas sus funciones. Pasado este lapso, ya no habrá lugar al juicio político. Incluso si el dignatario o funcionario es censurado el año posterior al ejercicio de funciones, dicha censura puede resultar inocua. En el presente caso, desde que los actores dejaron de ejercer los cargos de ministros de estado hasta que el Contralor determinara responsabilidades transcurrió mucho más de un año, es decir, ya no había lugar a iniciar un juicio político. Y, si se

aplicara el criterio del Art. 345-A de la LOAFYC, eso significaría que ya no habría la posibilidad de establecer no sólo la responsabilidad política sino las otras clases de responsabilidad, como la civil, que es materia del presente caso. Esta denominada “limitación constitucional” del Art. 345-A de la LOAFYC **consagraría la impunidad administrativa y civil, incluso penal, de los funcionarios públicos sometidos a juicio político.** Y, resulta obvio que esta finalidad no la persigue la Constitución Política de ningún Estado; por el contrario, los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales tienden a que no prescriban determinados delitos considerados graves. Ese es el caso del inciso segundo del Art. 121 de la Constitución ecuatoriana de 1998 respecto de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.- NOVENO: Tanto la Constitución codificada en 1997 (en su artículo 171) como la Carta Política vigente (artículo 272) desarrollan –con mucho apego a la doctrina– el principio básico de la supremacía constitucional y reconocen la indiscutible jerarquía jurídica superior de la ley de leyes, al tiempo que determinan que toda norma jurídica que esté en contradicción con la Constitución no tendrá valor. Más aún, la Constitución de 1998 establece, de modo expreso: “Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la norma jerárquicamente superior” (Inciso segundo del Art. 272). Y, también se dispone en el artículo siguiente que los jueces tenemos la obligación de aplicar los preceptos pertinentes de la Constitución “aunque la parte interesada no las invoque expresamente.” (Art. 273).- Luego del análisis jurídico precedente, la Sala de lo Contencioso Administrativo llega a las conclusiones de que: a) el Art. 345-A de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, LOAFYC, contradice a la Constitución Política de la República sea que se considere el texto codificado en 1997 (artículos 74, 143 y 144) o la Carta Política de 1998 (artículos 120, 211 y 212); b) que de conformidad con el mandato constitucional en vigor al momento de dictar esta sentencia, contenido en los artículos 272 y 273 de la Ley Suprema, debe aplicarse la norma jerárquicamente superior, aunque no haya sido invocada expresamente por la parte interesada.- Es importante aclarar que la disposición constante en el artículo 345-A de la LOAFYC ya fue derogada –junto a otras disposiciones–; por tanto, al momento de dictar esta sentencia no existe dicha norma. Pero, inclusive de estar vigente una disposición semejante, esta Sala estaría obligada **a declarar su inaplicabilidad**, en virtud del Art. 274 de la Constitución.- Por las razones expuestas y sin que sea necesarias otras consideraciones, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, acepta el recurso de casación interpuesto por el Contralor General del Estado subrogante. En tal virtud, se casa la sentencia recurrida, se desecha la demanda, y se declara la legalidad del acto administrativo impugnado por los señores Teodoro Abdo Sarrás, Raúl Baca Carbo, René Ortiz Durán y Patricio Ribadeneira. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

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

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

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

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Razón: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy jueves veinticuatro de enero del año dos mil ocho a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden a Patricio Rivadeneira García (procurador común) y otros en el casillero judicial 125, al Contralor General del Estado en el casillero judicial 940 y al Procurador General del Estado en el casillero judicial 1200. Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 3 de marzo del 2008, las 08h56.

VISTOS (128-05): Dentro del término legal, Patricio Rivadeneira García, por sus propios derechos y como procurador común de Teodoro Abdo Sarrás, Raúl Baca Carbo y René Ortiz Durán, solicita que la Sala amplíe la sentencia emitida el 24 de enero del 2008 a las 09h00, en el juicio contencioso administrativo que siguen los solicitantes en contra de los señores Contralor y Procurador Generales del Estado. A ese efecto, se hacen las siguientes consideraciones: PRIMERO: Al tenor del Art. 48 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la aclaración procede si el fallo fuese oscuro; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre costas.- SEGUNDO: Esta Sala, para aceptar el recurso de casación interpuesto y casar la sentencia, estudió *in extenso* la sentencia del Tribunal inferior, por lo que no cabe un nuevo pronunciamiento al respecto. Además, es necesario señalar a los solicitantes que la ampliación procede sólo por dos causas: a) Cuando se hubiere omitido resolver alguno de los puntos controvertidos; o, b) Cuando se hubiere omitido decidir sobre costas.- Ninguno de estos casos aparece alegado en la solicitud de los actores, por lo que, por improcedente, se rechaza la solicitud de ampliación presentada. Notifíquese.

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

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

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

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Razón: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy lunes tres de marzo del año dos mil ocho a partir de las dieciséis horas, notifiqué con el auto que antecede a Patricio Rivadeneira en el casillero judicial 125, al Contralor General del Estado en el casillero judicial 940 y al Procurador General del Estado en el casillero judicial 1200. Certifico.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 25 de marzo del 2008, las 08h49.

VISTOS (128-05): Patricio Rivadeneira García, por sus propios derechos y por los que representa en calidad de procurador común de Teodoro Abdo Sarrás, Raúl Baca Carbo y René Ortiz Durán, en el juicio contencioso administrativo que ellos siguen contra el Contralor y Procurador Generales del Estado, dentro del término legal, solicitan aclaración de la sentencia emitida por esta Sala el 24 de enero del 2008. Para resolver lo pertinente, se considera: PRIMERO: En el presente caso, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia emite su sentencia, el 24 de enero del 2008; el 29 de los mismos mes y año, los actores solicitan ampliación, la cual fue negada mediante auto de 3 de marzo del 2008; y al momento, la Sala debe resolver sobre una solicitud de aclaración. Cabe señalar, al efecto, que es jurisprudencia uniforme de las distintas salas de este Tribunal de Casación que los medios de impugnación horizontal son *taxativos* y *no acumulativos*, y *no de ejercicio sucesivo, continuativo o fluyente* (Exp. 450-96, R.O. No. 78, 3-VI-97). Fuera de los precisados en el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil, para la sentencia-aclaración y ampliación- y de los determinados en el artículo 289 del mismo código. Para los autos y decretos –aclaración, ampliación, reforma y revocatoria- no existen otros medios de impugnación; y todos ellos deben ser ejercitados acumulativa y no sucesivamente; de tal suerte que no se puede pedir aclaración, luego de ser negada ésta, ampliación, posteriormente a la resolución de la misma pedir reforma y ulteriormente revocatoria. Corresponde al impugnante escoger y decidir, con especial estudio, cuál de esos medios de impugnación es el pertinente en el caso dado; actuar de manera contraria significa dilatar los procesos. También han afirmado las distintas salas del Tribunal de Casación que: *“Concedida o negada una cualquiera de las cuatro peticiones que la parte puede hacer sobre una providencia, a saber: revocatoria, reforma, ampliación o aclaración, ya no puede pedirse ninguna de ellas con posterioridad. Ningún juicio terminaría jamás, si después de concedida la revocación se pudiera pedir la aclaratoria y después la ampliación. El litigante debe estudiar cuáles de estas medidas debe solicitar para pedir las conjuntamente o unilateralmente, si sólo se resuelve por una de ellas”* (Exp. 168, R.O. 42 8-x-96). Por las consideraciones anteriores, se rechaza la solicitud de aclaración presentada, bajo prevenciones legales. Notifíquese.

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

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

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

Certifico.

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

Razón: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy martes veinticinco de marzo del año dos mil ocho a partir de las dieciséis horas, notifiqué con el auto que antecede a Patricio Rivadeneira en el casillero judicial 125, al Controlador General del Estado en el casillero judicial 940 y al Procurador General del Estado en el casillero 1200. Certifico.

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

Razón: Siento como tal que las diez (10) copias fotostáticas numeradas selladas y rubricadas que anteceden, son iguales a su original que consta en el juicio que sigue Teodoro Abdo y otro contra el Contralor General del Estado. Quito, 2 de abril del 2008.- Certifico.

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

No. 13-08

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 25 de enero del 2008; las 09h00.

VISTOS (41-2006): El doctor Nicolás Vivar Díaz, en su calidad de Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, encargado, interpone recurso de casación respecto de la sentencia expedida el 4 de noviembre del 2002, por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, dentro del juicio propuesto por la señora Martha Guadalupe Molina Paredes en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; fallo en el que *“se acepta la demanda y por lo tanto se declara ilegal el acto administrativo materia de la impugnación”*. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social fundamentó su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y alega que en la sentencia recurrida se registra aplicación indebida del artículo 23, números 15, 26 y 27 de la Constitución Política de la República; falta de aplicación de los artículos 8 del Código del Trabajo: 37, letra a), 237, 238 y 251 de la Ley de Seguro Social Obligatorio; 295 del Estatuto Codificado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, errónea interpretación del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, 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: Como ha declarado reiteradamente esta Sala, cuando se acusa violación de las disposiciones constitucionales, este cargo debe ser analizado en primer lugar, ya que, al ser la Constitución Política la norma suprema del Estado, a la cual deben ajustarse todas las leyes secundarias y las actuaciones de la autoridad pública y de los ciudadanos, la afirmación de que se han infringido los mandatos contenidos en ella impone revisar con especial detenimiento tal afirmación.- El representante del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social acusa aplicación indebida de los números 15, 26 y 27 del artículo 23 de la Constitución Política del Estado, pues, argumenta que: *“la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS le tiene dado[a la actora] la atención y contestación oportuna a su recurso de apelación...dándose el debido proceso...”* Ahora bien,

las normas constitucionales citadas por el IESS se refieren, en su orden, a lo siguiente: número 15, al derecho a dirigir peticiones a las autoridades, y a recibir respuestas pertinentes, en el plazo adecuado; número 26, al derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones.- Todos estos principios, y los demás que constan en otros artículos de la Carta Magna, constituyen garantías básicas sobre las cuales se construye el sistema jurídico del país y, particularmente, el sistema judicial. Al violar tales principios, al mismo tiempo, por regla general, se violarán las normas secundarias que son aplicación concreta de estas garantías, de tal manera que si se alega que se ha producido la violación de un derecho fundamental, también se deberá señalar la norma legal secundaria que ha sido transgredida; por lo que este cargo debe ser probado puntualmente, esto es, ha determinarse con absoluta precisión cómo se ha desconocido el principio constitucional invocado. En el caso que se examina no se registran, en la acusación de la entidad recurrente, los fundamentos de derecho o de hecho que sustenten la reclamación formulada, lo que no es aceptable, por lo que se rechaza este cargo, pues, no cabe la violación en abstracto de tales derechos.- CUARTO: El representante de la entidad recurrente alega que en la sentencia objeto del recurso interpuesto, se registra errónea interpretación del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, porque considera que la actora no inició oportunamente el reclamo judicial de impugnación del acto administrativo, pues, dice que habría prescrito y caducado el derecho para reclamar lo que se pretende.- Al respecto, es preciso señalar que el término de caducidad previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es útil a efectos de determinar la oportunidad para acudir ante la Función Judicial con el fin de hacer valer los derechos presuntamente vulnerados de la impugnación de un acto administrativo, el recurso subjetivo podía ser interpuesto por el administrado dentro de los noventa días hábiles posteriores, contados a partir del siguiente a aquél en que se produjo la notificación con el acto impugnado.- Consta en el proceso que, en virtud del tiempo transcurrido desde la expedición y notificación del acto administrativo impugnado, el 2 de marzo de 2000, hasta la presentación de la demanda, el 24 de abril de 2000, la acción se ejerció oportunamente, con sujeción al artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por lo tanto, se desecha la acusación de que el fallo haya violado esta norma jurídica.- QUINTO: Por otro lado, el representante del IESS acusa la falta de aplicación del artículo 8 del Código del Trabajo, pues, asegura que la actora *“no tuvo relación de dependencia para considerarse para considerarse como trabajadora..., por no tener un contrato de trabajo”*, circunstancia que, según el recurrente, se comprobaría con *“las investigaciones practicadas por la señora Teresa Arroyo Inspectora del IESS, [que] determina que la presunta trabajadora, no tenía relación laboral con la supuesta empleadora...”*- El artículo 8 del Código Laboral, al dar el concepto de contrato individual, determina como elementos fundamentales para la existencia del mismo, la prestación de servicios lícitos y personales que deben desempeñarse bajo dependencia y por una remuneración. En el proceso constan los siguientes medios de prueba aportados por la actora para probar su relación laboral; la fotocopia del carné de afiliación número 83490433 y del certificado patronal del IESS con los avisos de entrada y salida del trabajador de fechas 20 de octubre de 1983 y 9 de abril de 1997, respectivamente (fs. 7), el informe de la inspección realizada por Rafael Correa, funcionario de fiscalización del IESS, quien verificó la

relación de trabajo entre la afiliada señora Laura Vásconez (fs. 3 y 5 del expediente administrativo), la declaración jurada de la señora Laura Adela Vásconez Miño, quien asegura que la actora trabajó bajo su dependencia laboral durante el período comprendido entre los años 1983 y 1997 (fs. 4 a 6), las declaraciones testimoniales de las señoras María Ortiz, Mariana García, Dorila Ruiz y Gladys Vargas, quienes reconocieron la existencia de la relación laboral entre la actora y la señora Vásconez, en calidad de empleadora (fs. 53 a 57). Con estos documentos, la actora ha probado que efectivamente prestó sus servicios lícitos y personales como ama de llaves de la señora Laura Vásconez Miño, en contraposición a lo que se manifestó en el informe del responsable de fiscalización y recaudación patronal, esto es, que la afiliación de la actora sería improcedente, criterio en el cual se fundamentaron las autoridades del IESS para declarar fraudulenta dicha afiliación. Finalmente, sobre este tema la Sala ha señalado, en múltiples fallos, que para comprobar la existencia laboral, se estará a lo probado en el juicio y no únicamente al criterio de un inspector patronal, razonamiento que consta, entre otras, en las resoluciones: número 04-2004, de 8 de enero de 2004, dentro del juicio 135-02 propuesto por Bohórquez C. IESS, publicada en el Registro Oficial número 337, de 18 de mayo de 2004; número 215-2003, de 22 de agosto de 2003, juicio 251-2002 propuesto por Benítez c. IESS, constante en el Registro Oficial número 225, de 4 de diciembre de 2003; y, número 103-2002, de 14 de marzo de 2002, juicio 169-2001, propuesto por Espinoza c. IESS, publicada en el Registro Oficial número 604, de 25 de junio de 2002.- Por tanto, probada la relación laboral de la señora Martha Molina con su empleadora señora Laura Vásconez, no cabía que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social declare fraudulenta la afiliación de la actora, por lo que tampoco cabe la infracción de los artículos 237, 238 y 251 de la Ley de Seguro Social Obligatorio; y 295 del Estatuto Codificado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- Por estas consideraciones ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto por el representante legal del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- Sin costas.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.

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

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

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, 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.

Razón: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy viernes veinticinco de enero del año dos mil ocho a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden a Martha Guadalupe Molina Paredes en el casillero judicial 1909, al Director General del IESS en el casillero judicial 932, al Ministro de Bienestar Social en el casillero judicial 1173 y al Procurador General del Estado en el casillero judicial 1200.

Certifico.

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

Razón: Siento como tal que las cuatro copias fotostáticas que anteceden son iguales a su original. Certifico. Quito, 22 de febrero de 2008.

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

No. 14-08

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

Quito, a 29 de enero del 2008; las 11h30.

VISTOS (181-2005): El recurso de casación que consta a fojas 17 del proceso, interpuesto por Carlos Bravo Montenegro, en su calidad de cónyuge sobreviviente de Olivia Calvachi García, respecto de la sentencia expedida por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, el 16 de junio de 2005, dentro del juicio propuesto por el recurrente contra el Gerente General del Banco Ecuatoriano de la Vivienda y el Procurador General del Estado, sentencia en la que "*se declara improcedente la demanda*".- El recurrente fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos: 35, inciso primero, y numerales 3, 4, 6; 153 incisos 1ro. y 2do.; 171 numeral 4; 278, inciso 1ro. de la Constitución Política de la República; 22, inciso segundo, de la Ley de Control Constitucional; de la Tercera Disposición Transitoria, inciso segundo, de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 184, de 6 de octubre de 2003.- Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, 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 modo previo a examinar la procedencia de las normas que el recurrente considere infringidas por el Tribunal *a quo*, se debe señalar que el actor Carlos Bravo Montenegro, no ha justificado su legitimación activa para actuar en este caso, a objeto de reclamar, en nombre de quien él manifiesta fuera su cónyuge un pretendido derecho que dice tener a una reliquidación de indemnizaciones. De la escasa documentación que consta en el proceso no se observa que el actor haya presentado algún documento que acredite: a) la calidad de cónyuge que reclama para sí; y, b) la certificación de la defunción de la persona que considera era su cónyuge.- Si esta omisión fuera satisfecha por el oficio de respuesta que dio el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, al requerimiento del actor (fs. 3), hay otra cuestión fundamental que esta Sala debe pasar a considerar

y que tiene relación con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCCA), que el recurrente acusó como infringida en el fallo objeto de su recurso.- CUARTO: El reclamo que realiza el actor tiene que ver con un presunto derecho que habría tenido su cónyuge por haber trabajado en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda en época anterior a la expedición de la Disposición Transitoria Tercera de la LOSSCA, publicada el 6 de octubre de 2003 (Registro Oficial número 184, suplemento).- En efecto, esta disposición establece –a partir de la fecha de su promulgación- un derecho subjetivo por el cual los antiguos empleados que laboraron más de diez años en entidades públicas “*tendrán derecho a ejercer sus respectivas acciones administrativas y judiciales para ser reliquidados...*” Pero se debe tener presente que este derecho se originó por una disposición legal, el día 6 de octubre del año 2003, fecha para la cual la señora Calvachi García que fuera cónyuge del actor, habría fallecido y **no podía ser titular del referido derecho**, pues, es obvio, que antes de esta fecha tal derecho no estaba establecido; por tanto, mal podía la señora Olivia Calvachi García ser titular de tal beneficio. Por esta razón, la posibilidad de reclamar una reliquidación en este caso concreto nace del hecho de haber sido empleado o funcionario y, siendo de carácter personal, no se transfiere a los herederos ni forma parte de la sociedad conyugal.- Esta importante cuestión de derecho que no fue observada por el Tribunal *a quo*, debe ser corregida por esta Sala. Por tanto, al existir fundamento para que el recurso sea admitido por las razones expuestas, así se lo hace y, en virtud del artículo 16 de la Ley de Casación, se casa la sentencia objeto del recurso, por la referida falta de derecho del actor, señor Carlos Bravo Montenegro, para pretender el pago de las indemnizaciones que reclama.- QUINTO: Frente a lo expuesto, las demás alegaciones del recurrente carecen de fundamento, y no tiene sentido entrar a analizarlas; sin embargo, con fines meramente ilustrativos, es preciso señalar que sobre el tema del pago de indemnizaciones que reconocía la Disposición Transitoria Tercera de la LOSCCA, esta Sala ha expresado su criterio, entre otras, en las resoluciones números: 397-2007, de 25 de septiembre de 2007, dentro del juicio 185-05 propuesto por Del Valle y otros c. Ministerio de Salud Pública; 396-2007, de 25 de septiembre de 2007, dentro del juicio 188-05 propuesto por Chamorro c. Ministerio de Economía; 419-2007, de 11 de octubre de 2007, dentro del juicio propuesto por Tamayo c. IESS.- Por todas estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia, por lo expresado en el considerando cuarto de esta sentencia, y se rechaza la demanda.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

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

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

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

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, el día de hoy martes veintinueve de enero del dos mil ocho, a partir de las dieciséis horas, notifiqué mediante

boletas la nota en relación y sentencia que anteceden al actor, Carlos Bravo Montenegro, en el casillero judicial No. 1825, y a los demandados por los derechos que representan; Gerente General del Banco Ecuatoriano de la Vivienda y Procurador General del Estado, en los casilleros judiciales Nos. 955 y 1200.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Razón: Siento como tal que las fotocopias que en dos (2) fojas útiles anteceden debidamente foliadas, selladas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 14-08 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Carlos Bravo Montenegro contra el Gerente General del Banco Ecuatoriano de la Vivienda y Procurador General del Estado a de la Vivienda y Procurador General del Estado al que me remito en caso necesario.- Certifico.- Quito, a 8 de febrero de 2008.

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

No. 15-08

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 29 de enero del 2007; las 11h30.

VISTOS (111-2005): El recurso de casación que consta de fojas 111 a 113 del proceso, interpuesto por el abogado Giovanni Guerra Correa, cuya intervención fue ratificada por el señor Kléber Paz y Miño y el doctor Homero Merino Báez, Alcalde del cantón Santo Domingo de los Colorados y Procurador Síndico Municipal, respectivamente, respecto de la sentencia de mayoría expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, el 21 de diciembre de 2004, a las 09h00, dentro del juicio propuesto por la señora Juana Rosa Briceño Jiménez contra la Municipalidad de Santo Domingo de los Colorados; fallo que “*aceptando la demanda declara ilegal a la Acción de Personal N° AP.422-2001 de 15 de noviembre de 2001 en lo que tiene que ver con la liquidación y pago de la bonificación por renuncia voluntaria, por consiguiente dispone que la Municipalidad de Santo Domingo de los Colorados dentro del término de diez días, reliquide y pague los valores a la recurrente Juana Rosa Briceño Jiménez, conforme lo establecido en los artículos 81 y 35 de la Ordenanza Municipal reformada de Servicio Civil y Carrera Administrativa vigente a la fecha de producirse la renuncia*”.- El recurso ha sido admitido a trámite por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los incisos primero, tercero y quinto del artículo 54 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, y del artículo 118, número 4, de la Constitución Política del Estado; y, aplicación indebida del artículo 72 de la Ley de Régimen Municipal.- Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, 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 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 primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y sostiene que se ha infringido el número 4 del artículo 118 de la Constitución Política del Estado, pues, afirma que la Municipalidad de Santo Domingo, como parte de *“las entidades que integran el régimen seccional autónomo”*, es una institución del Estado que debe regirse por las regulaciones jurídicas y los límites fijados en materia de indemnizaciones para los funcionarios públicos, por la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 181, de 30 de abril de 1999, cuyo artículo 54, reformó la letra d) del artículo 59 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a la fecha de cesación de las funciones de la actora, por renuncia voluntaria.- De conformidad con el inciso primero, del artículo 54 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, este régimen fue desarrollado por el Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público, mediante Resolución 017, publicada en el Suplemento, Registro Oficial número 139, del 11 de agosto de 2000, que estableció como monto máximo de la indemnización la suma de US\$. 10.000 dólares. Al respecto, el inciso tercero del artículo 54 de la ley ibídem, señalaba que: *“Ninguna indemnización o compensación por retiro voluntario, renuncia, eliminación o supresión de partidas...o cualquier otra modalidad de terminación de la relación de servicio dentro de los procesos de modernización o reorganización de las instituciones del Estado, dará derecho al pago de un valor superior al fijado por el Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público”* (énfasis de la Sala). En tal virtud, la liquidación que la Municipalidad podía practicar en el caso de la actora no debía sobrepasar esta suma, por el mandato de la ley que regula las relaciones de los empleados y funcionarios públicos con el Estado, y así lo hizo, según consta en la acción de personal AP-422-2001, de 15 de noviembre de 2001.- Es criterio de esta Sala que el Tribunal *a quo* infringió las normas acusadas como infringidas con relación a las regulaciones sobre indemnizaciones en el sector público, al ordenar en el fallo que la Municipalidad de Santo Domingo pague a la actora los montos de indemnización previstos en la ordenanza municipal reformativa de Servicio Civil y Carrera Administrativa vigente a la fecha de producirse la renuncia, pues, de conformidad con el segundo inciso del numeral 9 del artículo 35 de la Constitución Política, *“Las relaciones de las instituciones comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4, del Art. 118 y de las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal, con sus servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública, salvo las de los obreros, que se regirán por el derecho del trabajo”*.- Al existir fundamento para que el recurso sea admitido por las razones expuestas, en virtud del artículo 16 de la Ley de Casación, se casa la sentencia objeto del recurso. Finalmente, tratándose de un asunto de puro derecho, pues, la materia de la litis se restringía a verificar si el ordenamiento jurídico autorizaba a la actora a percibir una indemnización mayor a la prevista en el literal d) del artículo 59 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, en concordancia con la Resolución 017 del Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público, publicada en el Registro Oficial número 139, del 11 de agosto de 2000, no cabe analizar ninguna otra alegación.- Por las consideraciones vertidas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR

AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia y se rechaza la demanda.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

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

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

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

Certifico.

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

En Quito, hoy día martes veintinueve de enero de dos mil ocho, a partir de las diecisiete horas, notifiqué, mediante boletas, la nota en relación y la sentencia que anteceden, a la actora, señora Juana Rosa Briceño Jiménez, por sus derechos, en el casillero judicial No. 1745 y a los demandados, por los derechos que representan, señores: Alcalde y Procurador Síndico del Municipio de Santo Domingo de los Colorados, en el casillero judicial No. 1927 y Procurador General del Estado, en el casillero judicial No. 1200.- Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Razón: Siento como tal, que las fotocopias de la sentencia que en dos fojas útiles anteceden, son iguales a su original. Certifico. Quito, 6 de febrero de 2008.

f.) Secretaria Relatora.

No. 18-08

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

Quito, a 29 de enero del 2008; las 11h50.

VISTOS (452-2006): El ingeniero Roger Delgado Navarro, en su calidad de Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, INDA, y la doctora Laura Susana Haro Jácome, por sus derechos, interponen sendos recursos de casación respecto de la sentencia expedida por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, el 24 de noviembre de 2003; fallo que, al declarar ilegal el acto de destitución, ordena que el INDA, en el término de ocho días, reincorpore a la doctora Haro Jácome a las funciones que ésta desempeñaba, *“debiendo tomarse en cuenta para este mandato de reincorporación que el Tribunal Constitucional suspendió definitivamente los efectos del acto administrativo de traslado a ‘Francisco de Orellana’*, dentro del juicio incoado por la doctora Laura Haro Jácome en contra del representante legal del INDA. Concedidos los recursos y por haberse elevado el expediente a esta Sala, ella avoca conocimiento del caso y, para resolver lo pertinente, considera: PRIMERO: La Sala es competente para conocer y resolver estos recursos, 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 dicha norma constitucional. SEGUNDO: El artículo 5 de la Ley de Casación prescribe que *“El recurso deberá interponerse dentro del término de cinco días posteriores a la notificación del auto o sentencia o del auto definitivo que niegue o acepte su ampliación o aclaración. Los organismos y entidades del sector público tendrán el término de quince días.”* (lo subrayado es de la Sala). Del examen del expediente remitido a esta Sala se desprende: que la sentencia fue expedida por el Tribunal *a quo*, el 24 de noviembre de 2003; que las partes solicitaron ampliación y aclaración de dicho fallo, el 28 de los mismos mes y año (fs. 358 y 359); que el demandado interpuso recurso de casación el 15 de abril de 2004, y que el auto definitivo que negó las solicitudes de ampliación y aclaración de la sentencia se expidió el 3 de junio de 2005; por consiguiente, el recurso de casación presentado en ese lapso por el demandado, Director Ejecutivo del INDA, devino en extemporáneo, pues, en aplicación de la norma transcrita en este considerando, sólo a partir de la fecha de notificación del auto definitivo mencionado -3 de junio de 2005- procedía la interposición del recurso de casación, dentro del término legal otorgado para el efecto; en tal virtud, esta Sala desestima, por prematuro, el recurso de casación deducido por el demandado. TERCERO: Examinado el escrito que contiene el recurso de casación interpuesto por la doctora Laura Susana Haro Jácome, se establece que si bien se ha presentado dentro del término legal, no reúne los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 6 de la Ley de Casación. Del escrito en mención, se puede colegir que las normas que la recurrente estima infringidas se remiten a los artículos 39 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador y 20 de la Constitución Política del Estado; sin embargo, al determinar las causales en que fundamenta su recurso, la doctora Haro Jácome sostiene que *“La sentencia aplica indebidamente, no aplica e interpreta erróneamente normas expresas del derecho, como son el Art. 39 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, al respecto me permito mencionar que el presente recurso se encuadra en lo dispuesto en el Art. 3 Numeral 2 de la Ley de Casación”*. El recurso de casación es un recurso extraordinario, completo y de rigor legal, por lo que debe cumplir los requisitos formales y las exigencias legales que permitan a la Sala de Casación, de manera inequívoca, examinar si se ha violentado la ley en la sentencia recurrida; por lo tanto, para su admisión a trámite y posterior resolución, la recurrente debió puntualizar, de modo inequívoco, respecto a cada norma invocada, la causal bajo la cual se ha producido la infracción de la ley, con mención expresa del vicio al que se acoge para impugnar la decisión del inferior, pues, cada causal contiene conceptos diferentes e incompatibles entre sí, y mal pueden concurrir todos en forma simultánea respecto de las mismas normas, ya que cada una goza de autonomía e individualidad, además, no es admisible, como en el presente caso, hacer citas generales e invocar ciertas normas, reduciendo el escrito de interposición del recurso a un alegato propio de la extinguida tercera instancia. La Sala no tiene facultad para llenar vacíos, ni puede variar de oficio el ámbito de la causal que se hubiere invocado, ni darle una extensión respecto a las normas, causales y modo de infracción que no fueron planteadas o que se plantearon deficientemente. Por tales consideraciones, tampoco se califica el recurso de casación de la referencia. Notifíquese.

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

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

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

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, hoy día miércoles treinta de enero de dos mil ocho, a partir de las diecisiete horas, notifiqué, mediante boletas, la providencia que antecede a la actora, doctora Laura Susana Haro Jácome, por sus derechos, en el casillero judicial No. 1114 y a los demandados, por los derechos que representan, señores: Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, INDA, en el casillero judicial No. 990 y Procurador General del Estado, en el casillero judicial No. 1200.- Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Razón: Siento como tal, que las fotocopias del auto que en dos fojas útiles anteceden, son iguales a su original. Certifico. Quito, 19 de febrero de 2008.

f.) Secretaria Relatora.

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

Quito, 12 de febrero del 2008, las 08h47.

VISTOS (452-2006): El Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, INDA, solicita ampliación de la sentencia de 29 de enero de 2008, las 11h50 que, según afirma el peticionario, *“no resuelve todos los puntos en controversia”*, y, una vez que se ha dispuesto oír a la parte contraria, que no ha efectuado pronunciamiento alguno al respecto, esta Sala manifiesta mediante la providencia en mención, que no es una sentencia si no un auto resolutorio, esta Sala no calificó los recursos de casación interpuestos por las partes, en razón de que dichos recursos no reunían los requisitos de admisibilidad y procedencia previstos en el artículo 6 de la Ley de Casación. Si tales recursos ni siquiera fueron admitidos a trámite, no pudo haberse considerado y, menos aún, resuelto ninguna de las impugnaciones que las partes han formulado a la sentencia. En tal virtud, por improcedente, niégase la solicitud del demandado, constante del escrito que se provee. Notifíquese y devuélvase.

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

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

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

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, hoy día martes doce de febrero de dos mil ocho, a partir de las diecisiete horas, notifiqué, mediante boletas, la providencia que antecede a la actora, doctora Laura Susana Haro Jácome, por sus derechos, en el casillero judicial No. 1114 y a los demandados, por los derechos que representan, señores: Director Ejecutivo del INDA, en el casillero judicial No. 990 y Procurador General del Estado, en el casillero judicial No. 1200. Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Razón: Siento como tal, que la fotocopia del auto que en una foja útil antecede es igual a su original. Certifico, 19 de febrero de 2008.

f.) Secretaria Relatora.

No. 19-08

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

Quito, a 30 de enero del 2008; las 15h45.

VISTOS (515-2006): El doctor Ricardo Calderón Pasquel, en calidad de Procurador Judicial del Ministerio de Economía y Finanzas, interpone recurso de casación respecto de la sentencia expedida el 29 de junio del 2006 por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, que declara nulos los actos administrativos correspondientes a las acciones de personal números 0110 y 0152, de 26 de febrero del 2005, suscritas por los señores Mauricio Yépez Najas, Ministro de Economía y Finanzas, y Oswaldo A. Morán Herrera, Coordinador de Recursos Humanos de la indicada Secretaría de Estado, dentro de la acción planteada por Mauricio Arturo Villavicencio Durango y Luis Bastidas Escobar.- Concedido el recurso, y por encontrarse la causa en estado de resolver, la Sala considera: PRIMERA: La competencia de esta Sala para conocer y decidir el caso quedó establecida al momento de la calificación del recurso, en cuyo trámite se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de juicios, por lo que se declara la validez procesal.- SEGUNDO: El procurador judicial del demandado, en su escrito de interposición de su recurso de casación, se fundamenta en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Considera que en la sentencia se han infringido las normas de derecho que enuncia en el numeral 2 del referido escrito: numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política del Ecuador; los artículos: 31 de la Ley de Modernización del Estado, 122 del Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, actual 65 (anterior 66) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, y, 5, inciso final, del Decreto Ejecutivo número 1621, publicado en el Registro Oficial número 328, de 5 de mayo del 2004, que establece las políticas de restricción del gasto público.- En el indicado escrito, el recurrente precisa que en la sentencia objeto del recurso se registra una errónea interpretación de las normas constantes en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política del Ecuador, y en los artículos 31 de la Ley de Modernización del Estado, 122 del Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, que exigen la motivación de los actos administrativos, estima que ese error se habría producido al considerarse inexactamente que en dicha Secretaría de Estado no se habría motivado la supresión de puestos que habían venido desempeñando en el Ministerio de Economía y Finanzas

alrededor de ochenta servidores públicos, entre los que se encontraban los señores Luis Bastidas Escobar y Mauricio Arturo Villavicencio Durango.- Señala, a ese respecto, que, en aplicación del inciso final del artículo 5 del Decreto Ejecutivo número 1621, publicado en el Registro Oficial número 328, de 5 de mayo del 2004, y ante el pedido de la Secretaría Nacional de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, SENRES, se realizó, en el Ministerio de Economía y Finanzas un estudio objetivo y detallado concierne a los puestos existentes en este Ministerio que resultaban indispensables y de aquéllos que no lo eran.- Expresa que dicho estudio no consideraba los atributos, calificaciones, merecimientos o deméritos de las personas que los desempeñaban, sino la situación de que los puestos respectivos resultarían o no necesarios para el desempeño de actividades del referido Ministerio.- TERCERO: Reviste fundamental importancia examinar la objeción que el recurrente formula respecto a la sentencia materia del recurso en examen, en el sentido de que en ella se registraría una errónea interpretación de la norma constante en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución.- Como es conocido, tal precepto constitucional expresa que *“13. las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la Resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundamentado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente”*.- La sentencia objeto del recurso expresa, en su parte fundamental, que *“...las acciones de personal impugnadas, constantes a fojas 3 y 5 de autos no cumplen el requisito de motivación en las normas en cita”* (las que se mencionan en los párrafos precedentes de dicho fallo). Cabe señalar, al respecto, que *las acciones de personal* a las que alude el fallo objeto del recurso no equivalen a la *resolución* que da base a tales acciones concernientes a los funcionarios reclamantes. Constan en un formulario en el cual, por naturaleza y características propias de un documento esquemático de ese tipo, no pueden enunciarse todos los detalles que justificaron o motivaron la expedición de la resolución correspondiente.- En las acciones de personal objetadas por los demandantes se menciona expresamente la Resolución número MF-DM-0011-2005, de 24 de febrero del 2005, que consta a fojas 173 y 174 del proceso.- En tal resolución se precisan las razones fácticas (económico-financieras, administrativas) por las que se suprimen los puestos que venían desempeñando los reclamantes, y se mencionan las normas jurídicas con aplicación de las cuales se ha resuelto tal supresión.- No sería explicable que un formulario de acción de personal, en lugar de señalarse que ella se ha adoptado en virtud de una resolución administrativa específica, como corresponden al caso en examen, o de un sumario administrativo, para otros supuestos, se detallan los enunciados de esa resolución, o las cuestiones, hechos y detalles que ha abarcado el respectivo sumario.- CUARTO: Como se mencionó ya, el recurso de casación deducido a nombre del Ministerio de Finanzas sostiene que la sentencia objeto del recurso ha incurrido de falta de aplicación del inciso final del artículo 5 del ya mencionado Decreto Ejecutivo número 1621, y del artículo 65, anterior 66) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Esas normas manifestaban: *“A partir de la vigencia de este decreto y hasta la terminación del presente mandato presidencial, se reducirá el número de servidores y trabajadores en todas las entidades del sector público, en*

función de un análisis de eficiencias y optimación que para esta finalidad deberán realizar las respectivas entidades. Para el efecto, se procederá conforme lo dispone el Art. 66 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, dentro de los límites establecidos en la mencionada ley.”; artículo 65 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa: “La supresión de puestos procederá por razones técnicas o económicas y funcionales en los organismos y dependencias de la función ejecutiva, se realizará previo estudio y dictamen de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público; y en las instituciones o entidades que no sean parte de dicha función con el informe de la respectiva unidad de recursos humanos, en ambos casos siempre que se cuente con fondos disponibles para el pago de la correspondiente indemnización y se produzca dicho pago al servidor removido”.- El recurrente resalta, adicionalmente, que la letra c) del artículo 48 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa disponía que el servidor público cesa definitivamente en sus funciones en el caso de supresión del puesto que venía desempeñando.- Para dar aplicación a las normas jurídicas constantes en inciso final del artículo 5 del Decreto Ejecutivo número 1621, y del artículo 65 (anterior 66) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, el Ministerio de Economía y Finanzas desarrolló un proceso que, conforme lo enuncia y justifica con documentos constantes en el expediente, se sujetó a lo determinado en el referido artículo 65 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y cumplió con lo preceptuado en los artículos 95, 96, 97, 131, 132, 133 y 134 del Reglamento General de dicha ley, así como con las políticas de supresión de puestos impartidas por la Secretaría Nacional de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, SENRES, publicadas en el Registro Oficial número 528, de 21 de febrero del 2005, por lo cual dicha Secretaría dio su informe favorable respecto al proyecto que se expidió como resolución número MEF-DM-011-2005, de 24 de febrero del 2005, como culminación de un largo proceso técnico y administrativo. En esa resolución se alude a que la Unidad de Administración Recursos Humanos (UARH) del Ministerio de Economía y Finanzas ha emitido su informe para la ejecución de supresión de específicos puestos que existían en diferentes unidades administrativas o técnicas de dicho Ministerio, y que lo ha hecho con sujeción a las normas expedidas por el Secretario Nacional Técnico de Desarrollo de Recursos y Remuneraciones del Sector Público (SENRES), que están publicadas en el Suplemento del Registro Oficial número 528, de lunes 21 de febrero del 2005. Se señala también que la SENRES emitió el dictamen de supresión de puestos, según consta en el oficio número SENRES-RH-2005-04153, de 24 de febrero del 2005, luego del análisis y evaluación del informe de la indicada Unidad de Administración Recursos Humanos (UARH) del Ministerio de Economía y Finanzas, y de que (conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 26 del referido instrumento de políticas, normas e instrumentos de supresión de puestos) comprobó que se había cumplido con las disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa (LOSCCA), su reglamento y las políticas, normas e instrumentos definidos por la SENRES.- Asimismo, en el escrito presentado por el recurrente, se deja constancia de que el Coordinador Financiero Institucional del referido Ministerio certificó la existencia y disponibilidad de los recursos financieros necesarios para el

pago de las indemnizaciones.- El Procurador Judicial del Ministerio de Economía y Finanzas ha expresado que, aún cuando resultaba imposible detallar en cada formulario de acción de personal la motivación de la supresión del puesto respectivo, “a cada notificación de supresión de puesto se acompañó(sic) la Resolución del Ministro de Economía, los dictámenes favorables del SENRES y la indemnización respectiva” (fojas 160, 380 y 381 del proceso).- Se pone de relieve también que los actores del juicio al que se refiere el presente análisis “no han sido destituidos ni suspendidos en sus funciones, sino que sus puestos fueron suprimidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la codificación vigente de la LOSCCA”(fojas 382). Tal circunstancia, según los representantes del Ministerio, no daba pie a que se examinaran los atributos y características personales de los actores.- Adicionalmente, cabe tener en cuenta que mientras algunos funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas cuyos puestos habían sido suprimidos en aplicación del largo proceso administrativo, financiero y técnico en el que se basó la Resolución número MF-DM-0011-2005, de 24 de febrero del 2005, expedida por dicha Secretaría de Estado, presentaron pedidos de realización de recursos extraordinarios de revisión respecto a la supresión del específico puesto que habían venido desempeñando en el indicado Ministerio, y fundamentaron las razones de la subsistencia de tal puesto, los demandantes en la causa a la que se refiere el recurso de casación objeto de este análisis no lo hicieron.- Sin necesidad de otras consideraciones. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se admite el recurso de casación presentado a nombre del Ministerio de Economía y Finanzas, y se rechaza la demanda deducida por los señores Mauricio Arturo Villavicencio Durango y Luis Alfonso Bastidas Escobar contra el Ministro de Economía y Finanzas y el Coordinador de Recurso Humanos de dicho Ministerio.- Notifíquese. Publíquese. Devuélvase.

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

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

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

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, hoy día miércoles treinta de enero de dos mil ocho, a partir de las diecisiete horas, notifiqué, mediante boletas, la nota en relación y la sentencia que anteceden a los actores, señor Mauricio Villavicencio Durango y Luis Bastidas Escobar, por sus derechos, en el casillero judicial No. 1825 y a los demandados, por los derechos que representan, señores: Ministro de Economía y Finanzas, en el casillero judicial No. 4930, Coordinador de Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas, en el casillero judicial No. 56 y Procurador del Estado, en el casillero judicial No. 1200.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Razón: Siento como tal, que las fotocopias de la sentencia que en cinco fojas útiles anteceden, son iguales a su original. Certifico. Quito, 7 de febrero de 2008.

f.) Secretaria Relatora.

No. 20-08

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

Quito, a 30 de enero del 2008; las 14h30.

VISTOS (114-2005): El recurso de casación que consta a fojas 168 a 184 del proceso, interpuesto por el doctor Alejandro Ponce Martínez, en calidad de mandatario de BRINKER INTERNATIONAL, INC, respecto de la sentencia expedida por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, el 17 de enero de 2005, a las 09h45, dentro del proceso signado con el número 6523-99-L.Y.M., propuesto por el recurrente contra los señores: Presidente y Director Nacional del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual y Procurador General del Estado; fallo en el que “*se desecha la demanda y se declara válido el acto administrativo impugnado.*” El recurrente fundamentó su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. En cuanto a la causal primera, señala que en el fallo impugnado se habrían dado las siguientes infracciones: a) Errónea interpretación del literal d) del artículo 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; y b) Falta de aplicación del artículo 35 de la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina y del literal d) del artículo 196 de la Ley de Propiedad Intelectual.- Respecto a la causal tercera, el recurrente manifiesta que en la sentencia que se somete a casación, se registra la falta de aplicación de los artículos 119 y 121 del Código de Procedimiento Civil.- A fojas 3 del expediente de la Corte Suprema consta el auto de calificación y admisión del recurso de casación.- Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, 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 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 primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y sostiene que se ha interpretado erróneamente el literal d) del artículo 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y no se han aplicado el artículo 35 de la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina y el literal d) del artículo 196 de la Ley de Propiedad Intelectual, porque considera que en la sentencia materia de este recurso, el Tribunal *a quo* no ha considerado que la Resolución número 0970571, emitida el 29 de junio de 1999, por el Director Nacional de Propiedad Industrial, acto administrativo impugnado con el que se admite el registro

de la marca CHILIS y diseño, desatiende el hecho de que CHILIS es una marca notoriamente conocida en el comercio internacional, de propiedad de un tercero, aspecto éste que impide su registro, de conformidad con las normas sustantivas invocadas. En lugar de ello, según el recurrente, el Tribunal *a quo* habría hecho caso omiso a la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y por ello, habría vulnerado el artículo 35 de la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina.- El Tribunal *a quo*, en el considerando cuarto de la sentencia materia de este recurso, se refiere exclusivamente a aspectos de orden probatorio y, en lo fundamental, manifiesta que el actor no ha probado su pretensión en modo que desvirtúe o destruya la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado, con el que se desecha la observación al registro de la marca CHILIS y diseño en el Ecuador. El problema radicaría fundamentalmente en la errónea interpretación y la falta de aplicación de normas sustantivas que impiden el registro de una marca notoriamente conocida en el mercado internacional, que se desprende de la desafortunada redacción en que incurre el Tribunal *a quo* en la frase “*tampoco se ha probado notoriedad alguna de la marca en el país, dentro de la clase internacional 42*” (considerando cuarto), de lo que podría derivarse razonablemente que el Tribunal *a quo* consideró que la notoriedad del signo debe probarse en el Ecuador, sin importar que en el mercado internacional exista dicha notoriedad, lo que constituye una infracción al literal d) del artículo 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y del literal d) del artículo 196 de la Ley de Propiedad Intelectual.- CUARTO: A esta Sala no le cabe duda que no es posible registrar una marca notoriamente conocida, en el Ecuador como en el extranjero, porque, como en cualquier otro caso de irregistrabilidad, lo que se intenta evitar es el aprovechamiento injusto del esfuerzo de un tercero. Con mayor razón si se desprende con claridad que ese aprovechamiento es la causa para solicitar la inscripción de un signo idéntico en un territorio en el que, por cualquier razón, no se ha solicitado el registro de un signo muy conocido, como en el caso puesto a consideración de la Sala. También es claro que la notoriedad del signo es materia de prueba, prueba que corresponde a quien afirma la notoriedad. Tampoco es un asunto de disputa, a ningún efecto, que la valoración de la prueba sea una competencia asignada a los Tribunales *a quo*, y que esta Sala lo único que verifica es que la tarea del juzgador se realice dentro del marco jurídico vigente en lo que concierne a las normas procesales de valoración de la prueba. A este respecto, a fojas 36 a 43 consta prueba suficiente de la notoriedad de la marca CHILIS en varios mercados internacionales, de lo que se desprende que el Tribunal *a quo* no sólo que se equivocó en la concepción de “notoriedad” que limita el registro de una marca (normas sustantivas indirectamente infringidas), sino que desatendió, contrariando la regla de la sana crítica prevista en el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, la prueba practicada para demostrar la notoriedad de un signo, no en el Ecuador, sino en el mercado internacional. En efecto, la regla de la sana crítica exige a los jueces que, con base en la lógica y la experiencia, determinen los hechos sustentándose en las aportaciones probatorias de las partes, para que, a partir de ello, en la operación de subsunción de los datos fácticos en la hipótesis normativa, se deriven las consecuencias jurídicas. Lo absurdo es contrario a la sana crítica. De allí que la reiterada afirmación de que “no se ha probado”, contenida en la sentencia materia de este recurso, cuando lo que se busca es la prueba de un hecho que no

constituye el supuesto recogido en la hipótesis de norma que se intenta aplicar, se acerca a lo absurdo. En efecto, si el razonamiento tiene como premisa mayor una norma defectuosamente interpretada (marca notoriamente conocida en el país), la búsqueda de pruebas sobre los hechos se aleja del planteamiento enunciado por las partes, lo que impide construir el razonamiento de manera correcta y, respecto del examen de la prueba practicado con este antecedente, no se puede sostener que se haya efectuado según la sana crítica, pues, la lógica y la experiencia que pudieron ser empleadas, se aplicó a cosa distinta de la que se discute en el proceso.- QUINTO: Finalmente, es necesario hacer una breve referencia a la pretensión del actor de que se condene al Estado a los perjuicios que se le habría irrogado por el defectuoso registro de la marca CHILI'S y diseño solicitada por el señor Cristian Mancheno Egas. En el proceso no consta prueba alguna sobre el daño indemnizable, según el criterio de la responsabilidad extracontractual del Estado configurado por esta Corte, que, aparte de la ilegitimidad de la actuación pública, exige una demostración del daño ocasionado y la justificación de su ilicitud o injusticia y la causalidad, con base en el principio de igualdad en la distribución de las cargas públicas y la responsabilidad objetiva del Estado.- 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, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación, se admite parcialmente la demanda y se declara ilegal la Resolución número 0970571, expedida el 29 de junio de 1999, por el Director Nacional de Propiedad Industrial, y la nulidad del registro de la marca CHILIS y diseño para la clase internacional 42, originada en la solicitud número 60792-95, presentada por el señor Cristian Mancheno Egas.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

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

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

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

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, hoy día jueves treinta y uno de enero de dos mil ocho, a partir de las diecisiete horas, notifiqué, mediante boletas, la nota en relación y la sentencia que anteceden, al actor, doctor Alejandro Ponce Martínez, por los derechos que representa como mandatario de BRINKER INTERNATIONAL INC., en el casillero judicial No. 572 y a los demandados, también por los derechos que representan, señores: Presidente del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, en el casillero judicial No. 4702, Director Nacional de Propiedad Intelectual, en el casillero judicial No. 1228; Procurador General del Estado, en casillero judicial No. 1200 y doctor Cristian Mancheno Egas, por sus derechos, en el casillero judicial No. 2144. Certifico. Lo enmendado vale.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Razón: Siento como tal, que las fotocopias de la sentencia que en tres fojas útiles anteceden, son iguales a su original. Certifico. Quito, 8 de febrero de 2008.

f.) Secretaria Relatora.

No. 21-08

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

Quito, a 30 de enero del 2008; las 15h00.

VISTOS (178-2005): El recurso de casación que consta a fojas 86 del proceso, interpuesto por el licenciado Indalecio Ricardo Vázquez Cevallos, por sus propios derechos, respecto de la sentencia de mayoría expedida por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, de 2 de septiembre de 2005, a las 08h45, dentro del proceso signado con el número 10095-03-L.Y.M., propuesto por el recurrente contra el Ministro de Agricultura y Ganadería y contra el tercero beneficiado por el acto administrativo impugnado, José Oswaldo Proaño Estévez; fallo en el que "*se desecha la demanda, declarándose válida la resolución impugnada*".- El recurrente fundamenta su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Sostiene que las normas de derecho infringidas son los artículos: 23, numeral 26 y 24, numeral 14 de la Constitución Política del Estado; 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil; 114 y 127 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, y 89 de la Ley de Fomento y Desarrollo Agrario.- A fojas 3 del expediente de la Corte Suprema consta el auto de calificación y admisión del recurso de casación.- Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, 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 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 y sostiene que se han infringido los artículos: 23, numeral 26 y 24, numeral 14 de la Constitución Política del Estado; 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil; 114 y 127 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, y 89 de la Ley de Fomento y Desarrollo Agrario. Esta Sala ha insistido reiteradamente en que, 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 en relación con la prueba; 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. Como queda señalado, la simple invocación de normas que se estiman infringidas o de la prueba aportada y en el proceso no es suficiente para que el recurso sea aceptado por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, porque el Tribunal *a quo* es el único competente para fijar los hechos sobre la base de la prueba que estima relevante en la causa y determinante en su resolución. El recurrente señala que se ha infringido, por la causal tercera, el numeral 26 del artículo 23 de la Constitución Política; sin embargo, esta norma, que se refiere a la seguridad jurídica, no es una norma de tasación de la prueba practicada. El recurrente considera infringido el numeral 14 del artículo 24 de la Constitución Política; pero esta norma constitucional presupone la existencia de otras normas procesales cuya infracción se debe justificar, en los términos de los requisitos señalados para la procedencia de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. La enunciación de los artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil (en su actual numeración), normas que se refieren a la regla de valoración fundada en la sana crítica y a la oportunidad y legalidad de la prueba practicada, no es suficiente para justificar cómo el Tribunal *a quo* pudo incurrir en defectos a la hora de ejercer su competencia en el señalamiento de los hechos relevantes en la decisión de la causa. Los artículos 114 y 127 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no son normas de tasación de la prueba, ni siquiera normas de carácter procesal, por lo que no pudieron ser invocadas para sustentar la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, peor aún, por falta de aplicación. Finalmente, el artículo 89 de la Ley de Fomento y Desarrollo Agrario tampoco se trata de una norma de tasación de la prueba. Se aprecia con claridad que el recurrente ataca la sentencia materia de este recurso invocando los fundamentos con los que planteó su demanda de impugnación contra el acto administrativo objeto de la causa, intentando que esta Sala, en una nueva apreciación de la prueba acoja una pretensión que no ha sido justificada en el momento oportuno ante el Tribunal *a quo*, que es competente para determinar los hechos con base en la prueba aportada. Para concluir, se debe resaltar que la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación no es un medio para que la Corte Suprema vuelva a analizar los hechos acaecidos en el proceso, sino un mecanismo para verificar que el Tribunal *a quo* haya actuado dentro del marco legal vigente y las reglas de la lógica en relación con específicas actuaciones probatorias que le han servido para decidir la causa.- Por las consideraciones vertidas, que se limitan exclusivamente a lo que ha sido materia del recurso de casación, en los términos con los que se lo ha admitido a trámite, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso de casación interpuesto.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

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

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

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

Certifico.

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

En Quito, hoy día jueves treinta y uno de enero de dos mil ocho, a partir de las dieciséis horas, notifiqué, mediante boletas, la nota en relación y la sentencia que anteceden, al actor, licenciado Indalecio Ricardo Vázquez por sus propios derechos en el casillero judicial No. 510; y a los demandados por los derechos que representan, señores Ministro de Agricultura y Ganadería, Procurador General del Estado; y al tercerista, señor José Proaño Estévez en los casilleros judiciales Nos. 1040, 1200 y 249, en su orden.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Razón: Siento como tal, que las fotocopias que en dos (2) fojas útiles anteceden debidamente foliadas, selladas y rubricadas son iguales a sus originales que constan en la Resolución No. 21-08 dentro del juicio contencioso administrativo que sigue Indalecio Ricardo Vázquez Cevallos contra el Ministro de Agricultura y Ganadería, por recurso de casación interpuesto por el actor al que me remito en caso necesario. Certifico.- Quito, a 29 de febrero de 2008.

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

No. 22-08

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 31 de enero del 2008; las 09h00.

VISTOS (110-2006): El recurso de casación que consta a fojas 31 a 34 del proceso, interpuesto por Zoila Nirma Susana Miño Barrera, por sus propios y personales derechos, respecto de la sentencia expedida por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, el 26 de octubre de 2005, dentro del juicio propuesto por la recurrente contra el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para demandar la reliquidación de las indemnizaciones contempladas en el segundo inciso de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 184, de 6 de octubre de 2003 que se le habían reconocido. Tal fallo que "*declara improcedente la demanda*".- La recurrente fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, y sostiene que en el fallo objeto del recurso se registran: aplicación indebida de los artículos: 278 de la Constitución Política de la República, 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y, falta de aplicación de los artículos: 23, número 27, de la Constitución Política, y 28 de la Ley de Modernización del Estado.- Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, para decidir, 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: Como ha declarado reiteradamente esta Sala, cuando se acusa violación de las disposiciones constitucionales, este cargo debe ser analizado en primer lugar, ya que, al ser la Constitución Política la norma suprema del Estado, a la cual deben ajustarse todas las leyes secundarias y las actuaciones de la autoridad pública y de los ciudadanos, la afirmación de que se han infringido los mandatos contenidos en ella impone revisar con especial detenimiento tal afirmación.- La recurrente alega expresamente que en el fallo objeto del recurso existe infracción del artículo 278, primer inciso, de la Constitución Política.- Esta disposición dice: “*La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno*”. Es conocido que el principio de la irretroactividad es aceptado por nuestro ordenamiento jurídico como regla general, igual que en la mayoría de las legislaciones. En materia constitucional, también prima el carácter no retroactivo de los fallos que expide el órgano de control, el Tribunal Constitucional. Y dichas resoluciones tienen vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial. Sobre estos puntos no hay controversia.- CUARTO: En el presente caso, para aplicar las disposiciones constitucional y legal mencionadas, hay que examinar si el derecho subjetivo que se alega y, especialmente, el acto administrativo que se impugna fue anterior o posterior a la fecha en la que se publicó en el Registro Oficial la resolución del Tribunal Constitucional en la que éste declaraba “*la inconstitucionalidad por razones de forma del inciso segundo de tercera disposición transitoria de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa...*” (Registro Oficial número 224, de 3 de diciembre de 2003).- Está claro que el derecho subjetivo a pedir la reliquidación de valores económicos surgió con la reforma introducida a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCCA), publicada el 6 de octubre de 2003 (Registro Oficial número 184, suplemento). En aquellas circunstancias, la actora, en su condición de ex servidora del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, presentó la petición o reclamo administrativo respectivo, con fecha 17 de octubre de 2003 (fs. 8), el cual fue negado mediante oficio número 2000121-9330-AJ, de 19 de noviembre de 2003, notificado a la actora el 22 de marzo de 2004, suscrito por el Subdirector de Recursos Humanos del IESS, tal como consta a fojas 3 del proceso.- Esto significa que la antigua servidora manifestó su voluntad en forma expresa y ejerció la acción administrativa que la Ley pone a su alcance, en fecha anterior a la resolución de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Constitucional.- Además, lo hizo dentro del término específico previsto por la parte final del inciso segundo de la disposición transitoria de dicha ley, que constituye ley especial en esta materia específica.- QUINTO: Por otro lado, no cabe desestimar las acciones administrativas, para considerar únicamente la fecha en que se interpuso la demanda judicial, como lo hace el Tribunal *a quo*. Para despejar cualquier duda, vale señalar el criterio que ha sido reiterado por esta Sala, en varias sentencias, entre otras: las resoluciones números: 397-2007, de 25 de septiembre de 2007, dentro del juicio 185-05 propuesto por Del Valle y otros c. Ministerio de Salud Pública; 396-2007, de 25 de septiembre de 2007, dentro del juicio 188-05 propuesto por Chamorro c. Ministerio de Economía; 419-2007, de 11 de octubre de

2007, dentro del juicio propuesto por Tamayo c. IESS. Que al analizar la Disposición Transitoria Tercera, inciso segundo, introducida en la LOSCCA, se lee que aquella establece que los ex empleados públicos “*tendrán derecho a ejercer las respectivas acciones administrativas y judiciales para ser reliquidados...*” Si la demanda, es decir, la acción judicial, fue posterior al dictamen del Tribunal Constitucional, tal situación no impide, por aplicación de las normas constitucionales que se detallarán más adelante, la configuración del derecho subjetivo y su exigibilidad, por cuanto las acciones administrativas –que ejercieron los ex funcionarios- ya se habían dado con anterioridad, como quedó señalado. En estas circunstancias, no se afecta el principio de no retroactividad de la declaratoria de inconstitucionalidad.- Ya con esta consideración, hay fundamento jurídico para casar la sentencia.- SEXTO: Pero, además de lo dicho, esta Sala de la Corte Suprema no puede dejar de considerar expresos mandatos constitucionales en materia de derechos humanos (artículos 3, 16 y siguientes), que dan jerarquía constitucional a “*las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes*” sobre derechos humanos, con miras a su eficaz ejercicio y goce (artículos 17 y 18 de la Constitución), como se explicita más adelante.- Los derechos humanos se caracterizan por su indivisibilidad y por ser interdependientes unos de otros.- Parte importante de los derechos humanos son, como se sabe, los denominados derechos económicos, sociales y culturales, que resultan indispensables para el desarrollo humano y para la erradicación de la pobreza.- Según el numeral 20 del artículo 23 de la Constitución Política en vigencia, en correlación con el inciso primero de tal norma, el Estado reconocerá a las personas “*El derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios*”. En conformidad con el artículo 16 de la Carta Política, “*El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución*”. Con sujeción al artículo 18 de la Carta Fundamental, “*Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad*”. “*En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia*”. (énfasis de la Sala).- “*Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la Ley, para el ejercicio de estos derechos*”. “*No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos*”. Consideradas tales normas constitucionales, no puede aceptarse que se pretenda argumentar forzados enunciados de prescripción o aducir que determinados valores económicos que el Estado debe entregar a una persona o un grupo de personas, por diversos conceptos, –en este caso por reliquidación de montos- queden sujetos a la condición de que existan “disponibilidades presupuestarias”, aún cuando ello pueda requerirse en una norma legal o reglamentaria específica.- El predicho elemento fáctico puede faltar en un momento dado; pero esa no es razón para que un derecho fundamental quede supeditado a tal condición.- Este condicionamiento, aceptado en la sentencia dictada por el Tribunal *a quo*, agrega un elemento más para que aquella sea casada, con fundamento en el artículo 273

de la Constitución Política de la República, que dispone de "Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente".- Sin necesidad de otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia, de conformidad con la facultad consagrada en el artículo 16 de la Ley de Casación, y se dispone que se efectúe la reliquidación de la indemnización reconocida a la recurrente, con sujeción a la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.- Sin costas.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.

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

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

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, 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.

Razón: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy jueves treinta y uno de enero del año dos mil ocho a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden a Zoila Miño Barrera en el casillero judicial 1652, al IESS en el casillero judicial 932 y al Procurador General del Estado en el casillero judicial 1200.

Certifico.

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

Razón: Siento como tal que las cuatro copias fotostáticas que anteceden son iguales a su original. Certifico. Quito, 25 de febrero de 2008.

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

No. 25-08

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

Quito, 31 de enero del 2008, las 15h05.

VISTOS (528-2006): El doctor Franco De Beni, en calidad de Gerente y representante legal de la Compañía AGIP ECUADOR S.A., interpone recurso de casación respecto del auto expedido por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito el 28 de abril de 2006, las 11h55 dentro del juicio de excepciones a la coactiva propuesto por el concurrente en contra del Director

Nacional de Hidrocarburos y del Director de Patrocinio, Recaudación y Coactivas de la Contraloría General del Estado; auto en conformidad con el cual no se admite a trámite la demanda presentada.- El doctor Franco De Beni, en su calidad de Gerente General de AGIP ECUADOR S.A., funda su recurso de casación en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y 20 del acuerdo número 014 CG, de 18 de junio de 2003, publicado en el Registro Oficial No. 117, de 3 de julio de 2003. También fundamenta el recurso en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por indebida aplicación de la resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial número 418, de 10 de septiembre de 2004.- Concedido el recurso y al hallarse la causa en estado de dictar sentencia, esta Sala, para resolver, formula las siguientes consideraciones: 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 los artículos 1 y 9 de 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: En el presente caso, la controversia se inicia por cuanto la Dirección Nacional de Hidrocarburos señala que, por comprobarse la infracción puntualizada en los memorandos 375 DIREHI N y 414 DIREHI N de 10 de octubre y 20 de noviembre de 2002, la Dirección Nacional de Hidrocarburos resuelve imponer a la Compañía AGIP ECUADOR S.A. la multa de cuatrocientos dólares. En vista de que la Dirección Nacional de Hidrocarburos carece de jurisdicción coactiva, con fecha 13 de octubre de 2004, solicita al doctor Genero Peña Ugalde, Contralor General del Estado (E), la recaudación de una serie de obligaciones pendientes por parte de las comercializadoras de GLP a favor del Ministerio de Energía y Minas (fs. 3 a 8). Atenta esta solicitud, la Dirección de Patrocinio, Recaudación y Coactivas de la Contraloría General del Estado emite el título de crédito número 0518 DRC-A, de 19 de mayo de 2005, por el valor de cuatrocientos dólares (fs. 12). El 4 de agosto de 2005 se inicia el procedimiento coactivo y se emite un auto de pago, en el que se dispone que AGIP ECUADOR S.A. pague, dentro del término de tres días, la cantidad indicada, más los intereses y costas, o que, en el mismo término dimita bienes equivalentes, apercibiéndole que de no hacerlo se procederá al embargo de bienes (fs. 16). El actor, al formular sus excepciones contra tal auto de pago, solicita que el proceso sea remitido al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito. Por sorteo, la competencia se radicó en la Segunda Sala, la cual inadmite a trámite la causa por carecer de competencia en razón de la materia, ante lo cual la Compañía AGIP ECUADOR S.A. interpuso recurso de casación.- CUARTO: El doctor Franco De Beni Gerente de la compañía actora, funda su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del Art. 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que, en su inciso sexto, prescribe: "El trámite de las excepciones que interpongan los deudores, sus herederos o fiadores, se sustanciará de conformidad con las normas pertinentes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...". A criterio del recurrente, si el título de crédito número 0518 DRC-A, de 19 de mayo de 2005, se emitió de conformidad con lo dispuesto en el Art. 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, "la única posibilidad jurídica para proponer juicio de excepciones, es ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo". Al efecto, cabe recordar que la Ley de la

Jurisdicción Contencioso Administrativa, en razón del Decreto Supremo número 611, publicado en el Registro Oficial número 857, de 31 de julio de 1975, incorporó, antes de su capítulo IV, otro relacionado con: “*Las excepciones del procedimiento de ejecución y de su trámite*”, en cuyo primer artículo innumerado se dice: “*Al procedimiento de ejecución de créditos fiscales, locales y seccionales o de las instituciones públicas que proceden de resoluciones firmes de la Contraloría General, no podrán proponerse otras excepciones*”, y a continuación de detallan siete causales. Concuera esta Sala con el Tribunal *a quo* en el sentido de que la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa se restringe únicamente a la ejecución créditos fiscales, locales y seccionales o de las instituciones públicas, siempre que procedan de resoluciones firmes de la Contraloría General del Estado; es decir, de aquéllos que provienen de responsabilidades administrativas, de multas por contravenciones a los deberes de proporcionar información a los auditores, o de responsabilidades civiles, por lo que, no se configura, en el caso, la causal de falta de aplicación del artículo 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Además, el recurrente sostiene que existe también falta de aplicación del artículo 20 del acuerdo número 14 CG, de 18 de junio de 2003, mediante el cual se expidió el reglamento para el ejercicio de la acción coactiva por parte de la Contraloría General del Estado, en el que se establece el trámite para la presentación de excepciones que formulen los coactivos en virtud del artículo 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, así como de las normas contenidas en el capítulo innumerado agregado a continuación del artículo 58 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Como se analizó en líneas anteriores, no es procedente la aplicación al caso en examen de las normas contenidas en el capítulo innumerado agregado a continuación del artículo 58 de las reformas a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Decreto Supremo número 611), por lo que no se puede alegar que se ha dejado de aplicar el trámite de excepciones previsto en el artículo 20 del reglamento para el ejercicio de la acción coactiva por parte de la Contraloría General del Estado.-

QUINTO: El recurrente funda también su recurso en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por indebida aplicación de la resolución generalmente obligatoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial número 418, de 10 de septiembre de 2004, que dirime varios conflictos de competencia suscitados entre la Primera Sala de lo Civil y Mercantil y la Sala de lo Contencioso Administrativo, resolución que, en su parte pertinente, dice textualmente: “*Que los juicios de excepciones a la coactiva dentro del procedimiento establecido en la Sección III del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil y que tiene por objeto, al tenor del Art. 993 de este cuerpo legal, el cobro de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a las demás instituciones del sector público que por ley tienen esta facultad excepcional; al Banco Central del Ecuador y a los bancos del sistema de crédito de fomento, por sus créditos y al IESS, corresponde conocer a los jueces de lo civil, salvo los que procedan de resoluciones en firme de la Contraloría General del Estado, que compete a la jurisdicción contencioso administrativa...*”. Así, pues, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene competencia para conocer y resolver las excepciones a la coactiva que provienen de resoluciones firmes de la Contraloría General del Estado, es decir, de las que se generan por razón del ejercicio de su actividad contralora,

situación que no ocurre en el caso, puesto que dicha entidad interviene en razón de una solicitud del Ministerio de Energía y Minas, por cuanto tal organismo carece de jurisdicción coactiva. En el caso, no se ha encontrado infracción de la normatividad alegada en el recurso de casación interpuesto, por lo que, sin que sean necesarias otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el mencionado recurso de casación.- Sin costas.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.

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

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

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

Certifico.

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

Razón: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy jueves treinta y uno de enero del año dos mil ocho a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden a AGIP ECUADOR S.A. en el casillero judicial 2224, a la Contraloría General del Estado en el casillero judicial 940, a la Dirección Nacional de Hidrocarburos en el casillero judicial 1331 y al Procurador General del Estado en el casillero judicial 1200.

Certifico.

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

Razón: Siento como tal que las tres copias fotostáticas que anteceden son iguales a su original. Certifico. Quito, 28 de febrero de 2008.

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

No. 27-08

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

Quito, a 31 de enero del 2008; las 14h30.

VISTOS (05-2006): El doctor Gustavo Gómez Moral, debidamente autorizado por 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 28 de febrero de 2005, por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, la cual declara ilegal el acto administrativo impugnado por el doctor Angel Fernando Zambrano Estrella, y acepta parcialmente la demanda. Concedido el recurso y por encontrarse la causa en estado de resolver, la Sala 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 que existe falta de aplicación de la letra b) del artículo 114 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. 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 114 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (vigente a la época) establece las causales por las que un servidor público puede ser destituido y en la letra b) se determina como causal el abandono injustificado del trabajo por tres días consecutivos. Respecto a esta disposición, según el recurrente, hay falta de aplicación en la sentencia que, sobre esta causa, expidió el Tribunal *a quo*.- CUARTO: Para una mejor comprensión, vale remitirse a los hechos que han dado lugar a esta controversia. El actor, doctor Angel Fernando Zambrano Estrella, se desempeñaba como médico del Centro de Atención Ambulatoria de Santo Domingo de los Colorados, entidad que depende del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); señala el actor que solicitó permiso para ausentarse por tres días, el 11, 12 y 13 de agosto de 2003, que este permiso era con cargo a vacaciones, y fue aceptado. Por tanto, no podía seguirse un sumario administrativo por la ausencia de los tres días antes mencionados y concluir con la destitución del actor.- La Sala observa que existe la solicitud de permiso por los días 11, 12 y 13 de agosto de 2003, y hay también el texto procesado por el cual se autoriza la licencia de los tres días, expedido por el Departamento de Personal, de la División de Recursos Humanos, del IESS (fs. 20 y 21 del expediente administrativo, también consta acompañando la demanda, fs. 5). Además, en el expediente administrativo tales dos documentos están certificados (como copias auténticas del original) por el Dr. Angel Rocha Romero, Secretario General del IESS, y por el Notario 27 de Quito, Dr. Fernando Polo.- El punto objetable, podría ser el hecho de haber presentado la solicitud el mismo día 11 de agosto, que, según las declaraciones que constan en el expediente administrativo, era un día lunes, e incluso se señala que había una solicitud de permiso por el día viernes 8 de agosto, y que faltaba un certificado médico, que fue entregado por la esposa del actor el día lunes 11, y que "*dejan presentando otra solicitud de permiso...*" (fs. 25 del expediente administrativo). Quizá estas circunstancias expliquen la razón de haber presentado una solicitud el mismo día en que se deseaba que operara el permiso.- QUINTO: En los fundamentos que apoyan la casación, el representante de la entidad recurrente señala que el actor no siguió los procedimientos para obtener la autorización, e igual argumento se enuncia en el expediente administrativo, previo a la destitución del actor. Sin embargo, para confirmar tal aserto hubiera sido necesario que algún reglamento o instructivo del IESS determine con precisión cuáles son aquellos procedimientos, si debían realizarse en Santo Domingo y ante qué autoridades. Al respecto, en el proceso no se encuentran documentos que aclaren estas cuestiones.- En todo caso, si el Departamento de Personal, de la División de Recursos Humanos, de la Matriz del IESS de Quito, procesó -aceptando- la solicitud de permiso para no laborar en los tres días del mes de agosto de 2003, esta Sala considera que dicha autorización de licencia tiene validez y que no había lugar al sumario administrativo.- Finalmente, los antecedentes personales del actor, su

participación en concursos de merecimientos, hechos que no han sido desvirtuados abonan a su favor.- Por lo expresado, 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. Jorge Endara Moncayo, Ministro Juez.

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

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

Certifico.

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

Razón: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy jueves treinta y uno de enero del año dos mil ocho a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden al Dr. Angel Zambrano Estrella en el casillero judicial 510, al Director General del IESS en el casillero judicial 1402 y al Procurador General del Estado en el casillero judicial 1200.

Certifico.

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

Razón: Las tres (3) copias certificadas que anteceden, son iguales a su original, Quito, 1 de marzo de 2008.

Certifico.

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

No. 30-08

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

Quito, a 31 de enero del 2008; las 16h00.

VISTOS (51-2006): El recurso de casación interpuesto por la señora Lorgia Andrade Espinoza (fojas 310 del proceso), respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca (fojas 305 a 307), en el juicio que la recurrente sigue en contra del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la persona del Director General de la institución, economista Patricio Llerena Torres y también en contra de la Procuraduría General del Estado; fallo que declara sin lugar la demanda, y legal la resolución impugnada, que calificó de fraudulenta la afiliación del IESS de la señora Lorgia Andrade Espinoza efectuada por el señor Severo Bernal San Martín.- La recurrente fundamentó su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación .-

Estima que en la sentencia objeto del recurso se han infringido los artículos: 1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 38 y 237 de la Ley Codificada del Seguro Social, publicada en el Registro Oficial número 21, de 8 de septiembre de 1988; 23, numeral 18, y 24, numeral 17, de la Constitución Política de la República; 3 y 12 del Código de Trabajo.- Concedido el recurso y por encontrarse la causa en estado de resolver, la Sala, con su actual conformación, para decidir sobre el caso 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 respecto de las sentencias de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación en vigencia.- SEGUNDO: Se ha agotado el trámite previsto por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad alguna que declarar.- TERCERO: El Acuerdo número 3030.3010.22.CP. R3, emitido el 12 de marzo del 2001, por la Comisión de Prestaciones R-3 del IESS, declara fraudulenta la afiliación al IESS de las señoras Lorgia Andrade Espinoza y Alicia María Espinoza efectuada por el señor Severo Ecuador Bernal San Martín, y el Acuerdo número 01-1163-C.N.A., adoptado por la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el 8 de noviembre del 2001 rechaza la apelación presentada por éste; para ello se basa en que el artículo 237 de la Codificación de la Ley de Seguro Social Obligatorio, según el texto entonces vigente, que establecía: “*Afiliación fraudulenta.- En caso de afiliación fraudulenta, el Instituto podrá retener (subrayado por la Sala), en concepto de multa, los aportes personales y patronales, así como los fondos de reserva que se hubieren consignado. El Instituto podrá, exigir el pago o reembolso de las prestaciones servidas y dar por vencidas y declarar exigibles las obligaciones por préstamos concedidos.- De todas las cantidades que llegare a adeudar el que hubiere incurrido en afiliación fraudulenta, serán solidariamente responsables el falso afiliado y la persona que hubiere figurado como patrono*”.- El texto del artículo 80 de la Ley de Seguridad Social (Ley 2001-55), expedido el 13 de noviembre del 2001 por el Congreso Nacional, sancionado por Ministerio de la ley, el 27 de ese mes, y que, en conformidad con su artículo final, rige desde el 30 de ese mes, es más categórico. Dice: “*Afiliación fraudulenta*”.- *En caso de afiliación fraudulenta, el Instituto **retendrá**, en concepto de multa, los aportes personales y patronales, así como los fondos de reserva que se hubieren consignado. El Instituto **exigirá**, además, el pago o reembolso de las prestaciones servidas y **dará** por vencidas y **declarará** exigibles las obligaciones por préstamos concedidos, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar.*- De todas las cantidades que llegare a adeudar el que hubiere incurrido en afiliación fraudulenta, serán solidariamente responsables_ el falso afiliado y la persona que hubiere figurado como patrono” (énfasis añadido).- CUARTO: Como inicio del análisis, cabe considerar que, al no ser la señora Lorgia Andrade Espinoza ni cónyuge, ni hija menor de edad, ni madre de dicho señor Severo Ecuador Bernal San Martín, éste podía contratarla como empleada doméstica, pues, no había prohibición legal para ello, según se desprendía del artículo 38 de la Codificación de la Ley del Seguro Social Obligatorio para entonces vigente. Dicha disposición decía: “*Excepciones al seguro general.- Se exceptúan del Seguro Social Obligatorio General: el cónyuge, los hijos menores de dieciocho años y los padres del patrono que trabajen exclusivamente por*

cuenta del cónyuge, padre o hijo, respectivamente”. Por su carácter de norma de excepción y además de orden público, dicho precepto tiene que ser interpretado de acuerdo con su tenor literal, y no en forma extensiva ni analógica. No determina, por ello, la exclusión de señora Lorgia Andrade Espinoza para ser afiliada al Seguro Social Obligatorio General.- Rigió, sin duda, para las fechas en que se expidieron los acuerdos números 3030.3010.022.CP. R3 y 01-1163 C.N.A., adoptados por la Comisión de Prestaciones R-3 y la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el 12 de marzo del 2001 y el 8 de noviembre de dicho año, respectivamente, pues, la subsiguiente Codificación se publicó en el Suplemento del Registro Oficial de 30 de noviembre de tal año.- QUINTO: En cuanto a los hechos, es razonable suponer que dicho señor Severo Bernal San Martín requiriera de los servicios de una persona para atender a la crianza de una hija de él, como lo expresa la recurrente, en su escrito de presentación del recurso de casación (ver foja 310, vuelta del tercer cuerpo); e inclusive para efectuar labores como limpieza y arreglo de casa, preparación de alimentos, y otras de ese tipo, que tampoco la ley prohibía contratar con las personas no excluidas por el referido artículo 38 de la Ley del Seguro Social Obligatorio para entonces vigente, conforme anotara ya la Sala, al resolver un caso similar, en el proceso 136-2005, relativo a una controversia entre el doctor Hernán María Bernal Vásquez y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Tal vez es útil anotar que, al parecer, en la sentencia del Tribunal *a quo* se unifican tales procesos, pues, en alusión al señor Severo Bernal San Martín, se hace referencia a una persona que tiene la posibilidad de sufragar los gastos de tres empleadas domésticas, y se menciona que “*mal puede por un elemental sentido cortesía y consideración recurrir a la esposa de su hijo*” para que efectúe labores de servicio doméstico.- Esta consideración, que no tiene sustentación jurídica, se contrapone a informes presentados por funcionarios del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, como el doctor Jhonny Calvache, el licenciado Leonidas Márquez, que habrían realizado visitas al lugar de trabajo de la recurrente.- Tampoco resulta razonable que, luego de haber admitido la afiliación de Lorgia Andrade Espinoza y haber recibido aportes a ella concernientes durante más de tres años y medio se declare fraudulenta una afiliación, en las antedichas circunstancias.- Cabe resaltar que ha sido criterio reiterado de la Sala que, para comprobar la existencia de la relación, se estará a lo probado en juicio y no únicamente al criterio subjetivo de un inspector o de un funcionario judicial. Tal criterio se mantiene en: la sentencia expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 8 de enero de 2004, publicada en el Registro Oficial número 337, de 18 de mayo de 2004; en el fallo de 22 de agosto de 2003, constante en el Registro Oficial número 225, de 4 de diciembre de 2003; y, en la sentencia de 14 de marzo de 2002.- SEXTO: No cabe el pago de las indemnizaciones previstas por el artículo 20 de la Constitución Política, pues, dicha norma se refiere al caso de prestación deficiente de servicios públicos o de actos de funcionarios que dolo o culpa grave judicialmente declarados hayan causado los perjuicios. Además, tal precepto debe interpretarse en correlación con el artículo 22 de la Carta Suprema, que admite la responsabilidad civil del Estado o sus instituciones en los casos específicos que en esta disposición constitucional se mencionan expresamente.- Sin necesidad de otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa

la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, en el juicio que sigue la señora Lorgia Andrade Espinoza, en contra del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; se declaran ilegales los acuerdos números 3030.3010.022.CP. R3 y 01-1163 C.N.A., adoptados por la Comisión de Prestaciones R-3 y la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el 12 de marzo del 2001 y el 8 de noviembre de dicho año; se dispone que sean reconocidos a favor de dicha señora Lorgia Andrade Espinoza, desde el mes de octubre de 1986 hasta el mes de noviembre del 2000, los derechos que confiere el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a los afiliados a dicha institución.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese, devuélvase.

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

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

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

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

En Quito, hoy día jueves treinta y uno de enero de dos mil ocho, a partir de las diecisiete horas, notifiqué, mediante boletas, la nota en relación y la sentencia que anteceden a la actora, señora Lorgia Andrade Espinoza, por sus derechos, en el casillero judicial No. 1623 y a los demandados, por los derechos que representan, señores: Director General del IESS, en el casillero judicial No. 932 y Procurador General del Estado, en el casillero judicial No. 1200.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

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

Certifico.

Quito, 9 de febrero de 2008.

f.) Secretaria Relatora.

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

Quito, 31 de enero del 2008, las 14h45.

VISTOS (533-2006): El doctor Franco de Beni, en calidad de Gerente y representante legal de la Compañía AGIP ECUADOR S.A., interpone recurso de casación respecto del auto expedido por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito el 28 de abril de 2006, las 11h00 dentro del juicio de excepciones a la coactiva propuesto por el concurrente en contra del Director

Nacional de Hidrocarburos y del Director de Patrocinio, Recaudación y Coactivas de la Contraloría General del Estado; auto en conformidad con el cual no se admite a trámite la demanda presentada.- El doctor Franco De Beni, en su calidad de Gerente General de AGIP ECUADOR S.A., funda su recurso de casación en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y 20 del Acuerdo número 014 CG, de 18 de junio de 2003, publicado en el Registro Oficial No. 117, de 3 de julio de 2003. También fundamenta el recurso en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por indebida aplicación de la resolución de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial número 418, de 10 de septiembre de 2004.- Concedido el recurso y al hallarse la causa en estado de dictar sentencia, esta Sala, para resolver, formula las siguientes consideraciones: 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 los artículos 1 y 9 de 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: En el presente caso, la controversia se inicia por cuanto la Dirección Nacional de Hidrocarburos señala que, en la planta envasadora Isidro Ayora “No se realiza la prueba de estanqueidad a los cilindros envasados”. Por lo que, la Dirección Nacional de Hidrocarburos resuelve imponer a la Compañía AGIP ECUADOR S.A. la multa cuatrocientos dólares. En vista de que la Dirección Nacional de Hidrocarburos carece de jurisdicción coactiva, con fecha 27 de octubre de 2004 solicita al doctor Genaro Peña Ugalde, Contralor General del Estado (E), la recaudación de una serie de obligaciones pendientes por parte de las comercializadoras de GLP a favor del Ministerio de Energía y Minas (fs. 2 a 7). Atenta esta solicitud, la Dirección de Patrocinio, Recaudación y Coactivas de la Contraloría General del Estado emite el título de crédito número 03646 DRC-A, de 28 de abril de 2005, por el valor de cuatrocientos dólares (fs. 9). El 25 de octubre de 2005 se inicia el procedimiento coactivo y se emite un auto de pago, en el que se dispone que AGIP ECUADOR S.A. pague, dentro del término de tres días, la cantidad indicada, más los intereses y costas, o que, en el mismo término dimita bienes equivalentes, apercibiéndole que de no hacerlo se procederá al embargo de bienes (fs. 12). El actor, al formular sus excepciones contra tal auto de pago, solicita que el proceso sea remitido al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito. Por sorteo, la competencia se radicó en la Segunda Sala, la cual inadmite a trámite el caso, razón por la que la Compañía AGIP ECUADOR S.A. interpuso recurso de casación.- CUARTO: El doctor Franco De Beni, Gerente de la compañía actora, funda su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del Art. 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que, en su inciso sexto, prescribe: “El trámite de las excepciones que interpongan los deudores, sus herederos o fiadores, se sustanciará de conformidad con las normas pertinentes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...” A criterio del recurrente, si el título de crédito número 0364 DRC-A, de 28 de abril de 2005, se emitió de conformidad con lo dispuesto en el Art. 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, “la única posibilidad jurídica para proponer juicio de excepciones, es ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo”. Al efecto, cabe recordar que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en

razón del Decreto Supremo número 611, publicado en el Registro Oficial número 857, de 31 de julio de 1975, incorporó, antes de su capítulo IV, otro relacionado con: “*Las excepciones del procedimiento de ejecución y de su trámite*”, en cuyo primer artículo innumerado se dice: “*Al procedimiento de ejecución de créditos fiscales, locales y seccionales o de las instituciones públicas que proceden de resoluciones firmes de la Contraloría General, no podrán proponerse otras excepciones*”, y a continuación de detallan siete causales. Concuera esta Sala con el Tribunal *a quo* en el sentido de que la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa se restringe únicamente a la ejecución créditos fiscales, locales y seccionales o de las instituciones públicas, siempre que procedan de resoluciones firmes de la Contraloría General del Estado; es decir, de aquéllos que provienen de responsabilidades administrativas, de multas por contravenciones a los deberes de proporcionar información a los auditores, o de responsabilidades civiles, por lo que, no se configura, en el caso, la causal de falta de aplicación del artículo 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Además, el recurrente sostiene que existe también falta de aplicación del artículo 20 del acuerdo número 14 CG, de 18 de junio de 2003, mediante el cual se expidió el reglamento para el ejercicio de la acción coactiva por parte de la Contraloría General del Estado, en el que se establece el trámite para la presentación de excepciones que formulen los coactivados en virtud del artículo 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, así como de las normas contenidas en el capítulo innumerado agregado a continuación del artículo 58 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Como se analizó en líneas anteriores, no es procedente la aplicación al caso en examen de las normas contenidas en el capítulo innumerado agregado a continuación del artículo 58 de las reformas a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Decreto Supremo No. 611), por lo que no se puede alegar que se ha dejado de aplicar el trámite de excepciones previsto en el artículo 20 del reglamento para el ejercicio de la acción coactiva por parte de la Contraloría General del Estado.- QUINTO: El recurrente funda también su recurso en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por indebida aplicación de la resolución generalmente obligatoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial número 418, de 10 de septiembre de 2004, que dirime varios conflictos de competencia suscitados entre la Primera Sala de lo Civil y Mercantil y la Sala de lo Contencioso Administrativo, resolución que, en su parte pertinente, dice textualmente: *Que los juicios de excepciones a la coactiva dentro del procedimiento establecido en la Sección III del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil y que tiene por objeto, al tenor del Art. 993 de este cuerpo legal, el cobro de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a las demás instituciones del sector público que por ley tienen esta facultad excepcional; al Banco Central del Ecuador y a los bancos del sistema de crédito de fomento, por sus créditos y al IESS, corresponde conocer a los jueces de lo civil, salvo los que procedan de resoluciones en firme de la Contraloría General del Estado, que compete a la jurisdicción contencioso administrativa...*”. Así, pues, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene competencia para conocer y resolver las excepciones a la coactiva que provienen de resoluciones firmes de la Contraloría General del Estado, es decir, de las que se generan por razón del ejercicio de su actividad contralora, situación que no ocurre en el caso, puesto que dicha entidad

interviene en razón de una solicitud del Ministerio de Energía y Minas, por cuanto tal organismo carece de jurisdicción coactiva. En el caso, no se ha encontrado infracción de la normatividad alegada en el recurso de casación interpuesto, por lo que, sin que sean necesarias otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el mencionado recurso de casación.- Sin costas.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.

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

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

f.) Dr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, 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.

Razón: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy jueves treinta y uno de enero del año dos mil ocho a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación y la sentencia que anteceden a AGIP ECUADOR S.A. en el casillero judicial 2224, a la Contraloría General del Estado en el casillero judicial 940, a la Dirección Nacional de Hidrocarburos en el casillero judicial 1331 y al Procurador General del Estado en el casillero judicial 1200.

Certifico.

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

Razón: Siento como tal que las tres copias fotostáticas que anteceden son iguales a su original. Certifico.

Quito, 4 de marzo de 2008.

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

No. 257-07

Juicio penal N° 110-06 seguido en contra de Angel Ramón Macías Cedeño, Héctor Ricardo Macías Cedeño, Erika Yolanda Balda Tapia, Johana Elizabeth Charcopa Quiñónez y Camilo Arturo Cardona Yasnoth por el delito de plagio tipificado en el Art. 188 y sancionado en el Art. 189 numeral 6 del Código Penal en perjuicio de Joshua Peñaloza.

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

Quito, 30 de mayo del 2007; las 10h00.

VISTOS: El Quinto Tribunal de lo Penal de Pichincha con sede en Santo Domingo de Los Colorados, dicta sentencia condenando a los procesados Angel Ramón Macías Cedeño, Héctor Ricardo Macías Cedeño, Erika Yolanda Balda Tapia y Johana Elizabeth Charcopa Quiñónez a la pena individual de diez años de reclusión mayor ordinaria; y, a Camilo Arturo Cardona Yasnoth diez años de prisión correccional como autores del delito de plagio tipificado en el Art. 188 y sancionado en el Art. 189 numeral 6 del Código Penal, fallo que es impugnado por los condenados mediante recurso de casación, concedido el mismo ha correspondido su conocimiento a la Sala que, encontrándose en estado de resolver, para hacerlo considera: PRIMERO.- Los impugnantes Angel Ramón Macías Cedeño y Héctor Ricardo Macías Cedeño en escrito constante a fs. 3 a 8 del cuaderno de la Sala fundamentan su recurso y manifiestan que el Tribunal juzgador no dictó la sentencia dentro del plazo prudencial, haciéndolo luego de 30 días afirman que no estaban en la ciudad de Santo Domingo de Los Colorados, en la fecha en que se produjo el plagio, que no se tomaron en cuenta sus testimonios rendidos ante el Tribunal Penal, que se basa para sentenciarles en el parte de aprehensión realizado por el Capitán de Policía Juan Carlos López Romero, violándose lo dispuesto en el numeral 5 del Art. 24 de la Constitución Política de la República del Ecuador y Arts. 71, 73 y 80 del Código de Procedimiento Penal, que la sentencia es parcializada porque se sustenta en la versión del coacusado Camilo Cardona, que toma como primicia el testimonio rendido por el señor Homero Illanes, quien es tío materno del menor Jashua Peñaloza Illanes, hermano de la madre del menor y cuñado del acusador particular Alexander Peñaloza, que los testimonios de Cléber Iván Ríos Shunta y Omar Hernán Hernández Obando son idénticos, que al autor confeso del delito se le impone la pena de diez años de prisión correccional, pena que no existe en el Código Penal; en cuanto a la responsabilidad se basa únicamente en la información proporcionada por Cardona y lo dicho por el agente policial, conociendo que los Arts. 71 y 73 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el numeral 5 del Art. 24 de la Constitución Política, en tales circunstancias prohíben la investigación; que en relación a sus cónyuges no se les aplicó lo dispuesto en los Arts. 45 y 49 del Código Penal; que no se ha aprobado sus responsabilidades, pues no se debe tomar en cuenta el testimonio de Homero Illanes y que no se consideró los Arts. 143 y 144 del Código de Procedimiento Penal. De otro lado Erika Yolanda Tapia y Johana Elizabeth Charcopa Quiñónez, expresan que en la sentencia dictada por el Quinto Tribunal Penal de Pichincha con sede en Santo Domingo de Los Colorados se ha violado expresamente lo dispuesto en los Arts. 16, 17, 18, 23 numeral 4, 26, 27, 24 numerales 1, 4, 5, 6, 7, 9 y 14 de la Constitución Política de la República de Ecuador, por cuanto las pruebas obtenidas y actuadas son por violación a estos preceptos legales y no tienen validez alguna, infringiendo además los Arts. 45, 49 y 58 del Código Penal; y, finalmente en cuanto a la fundamentación de Camilo Cardona Yasnoth, manifiesta que en la sentencia el juzgador ha violado los Arts. 23 numeral 26; 24 numerales 1, 3, 13 y 17 de la Constitución Política del Ecuador. SEGUNDO.- El Director General de Asesoría, encargado, subrogante de la Ministra Fiscal General del Estado, al contestar el traslado corrido con la fundamentación del recurso constante a fs. 17 a 19 del cuaderno de la Sala expresa que el Tribunal Penal en su sentencia analiza la

prueba actuada en el juicio y de conformidad con el mandato constitucional en su Art. 194, está sujeta a los principios de disposición, concentración e inmediación, las cuales analizadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y lógica jurídica, le permitieron llegar a la convicción de que se ha comprobado tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad de los acusados Angel Ramón Macías Cedeño, Héctor Ricardo Macías Cedeño, Erika Yolanda Balda Tapia, Johana Elizabeth Charcopa Quiñónez y Camilo Arturo Cardona Yasnoth, por lo que las alegaciones de los recurrentes y que se refieren a que las pruebas fueron actuadas fuera de juicio y violando garantías constitucionales, no tienen sustento, tanto más cuanto que las pericias e investigaciones realizadas en la instrucción fiscal, fueron presentadas y valoradas en la audiencia del juicio. El delito de plagio, previsto y reprimido en los Arts. 188 y 189 del Código Penal y que se les atribuye a los recurrentes anteriormente nombrados, está plenamente justificado pues de las pruebas actuadas en juicio, se comprueba que el acto antijurídico fue realizado con voluntad y conciencia, apreciándose coherencia entre los hechos que describe el Tribunal en la parte expositiva con lo resuelto en la parte dispositiva y las disposiciones legales aplicables, por lo que considera que no se ha vulnerado las disposiciones constitucionales y legales citadas por los recurrentes, en virtud de los cuales y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, solicita que la Sala declare improcedente el recurso de casación interpuesto por los sentenciados. TERCERO.- Examinada la sentencia que he merecido impugnación por medio del recurso de casación, se aprecia que en el considerando tercero del fallo, se detallan las pruebas que sirvió al juzgador para declarar con certeza de que la existencia material del delito se encuentra comprobada conforme a derecho, siendo éstas: 1.- Acta de reconocimiento del lugar de los hechos practicada por el Fiscal, los peritos Sargento Washington Jiménez y Cabo Alexandra Briones, que es ratificada con sus testimonios en la audiencia de juicio, en la que determinan el lugar y más características del mismo. 2.- Con el informe del reconocimiento del sitio en donde fue plagiado el menor Joshua Peñaloza, el día 25 de noviembre del 2003 en el que describe igualmente en forma prolija el sitio antes referido, al comparecer los peritos Sargento Washington Jiménez y Cabo Alexandra Briones al rendir sus testimonios ante el Tribunal, durante la audiencia se afirmaron y ratificaron en el acta y el respectivo informe. 3.- Con el manuscrito anónimo dirigido a Alexander Peñaloza, en el que consta las exigencias de los plagiadores, dando a conocer que el menor Joshua Peñaloza estaba en su poder, y que se exigía el pago de dos millones de dólares en billetes usados, sin marcas y de máxima denominación, cien y cincuenta dólares, y para comunicarse solicitaron un número de teléfono celular nuevo, libre de interceptaciones, colocando un aviso clasificado en la sección de automotores de esta ciudad que diga: se vende camioneta marca Chevrolet del año 1994, en regular estado, color rojo, mayores informes al número.... 4.- Con el aviso clasificado publicado en diario La Hora, con los datos antes mencionados. 5.- El informe pericial documentológico, en el que se ratifica el Sargento Juan Gerardo Silva Camino al rendir su testimonio en la audiencia de juicio. 6.- Con el acta de reconocimiento de la casa donde permaneció parte del tiempo en cautiverio y de donde fue rescatado por la UNASE, cuyos peritos sargentos Juan Gerardo Silva Camino y Olger Vera Ríos, al rendir sus testimonios en la audiencia se ratifican en el contenido de su informe en el que describen el lugar destacando los

pormenores del ambiente del sitio en el que estuvo el niño.

7.- Acta de reconocimiento y avalúo de la evidencias físicas, informe pericial que incluye fotografías de todos los bienes que se encontraban en el interior de la casa, en la que estuvo en cautiverio el menor, en la que con su testimonio el Sargento Washington Jiménez se ratifica. **8.-** Con el reconocimiento de evidencias físicas, relacionadas a las cartas con sus manuscritos sobre el aviso clasificado, con las amenazas, las exigencias económicas, acta que es ratificada con el testimonio del perito Sargento Washington Jiménez.- **9.-** Una partida de nacimiento del menor Joshua Augusto Peñaloza Illanes, de la que se establece que es nacido en Santo Domingo de Los Colorados, el 5 de enero del 1994, hijo de Alexander Mango Peñaloza y Lorena Jacqueline Illanes Pozo; y, **10.-** Con los testimonios rendidos en la audiencia por los doctores Fernando Lara Yáñez y Verdy Cedeño Vera, quienes se afirman y se ratifican en el reconocimiento médico legal practicado al señor Ricardo Joaquín Reyes Flores, profesor y encargado de conducir diariamente el vehículo en que se trasladaba el menor Joshua Peñalosa, en cuyas conclusiones se dice que el reconocido sufrió una herida de proyectil de arma de fuego, con una incapacidad de más de noventa días. En cuanto a la culpabilidad de los acusados y responsabilidad penal de los mismos el Tribunal juzgador en el considerando cuarto y quinto de la sentencia realiza una minuciosa descripción y valoración de las pruebas aportadas en la audiencia de juzgamiento que sirvió de sustento para dictar su sentencia y establecer que: La responsabilidad del acusado Camilo Cardona Yasnoth, se llega a comprobar de su propio testimonio rendido en la audiencia del juicio en el que admite su participación en el ilícito de plagio al menor Joshua Peñaloza Illanes, aún cuando él mismo diga falsamente que fue con miembros de un comando colombiano, tanto más que fue identificado como la persona que intervino en el retiro del dinero del plagio al señor Mejía, acaecido en fechas anteriores, lo cual dio margen a su aprehensión y bajo su información los agentes policiales descubrieron a las demás personas participantes en el plagio de la víctima. La responsabilidad de la acusada Erika Yolanda Balda Tapia, se establece por su propio testimonio, en el que pese a negar su participación en el delito admite haberse encontrado por ocho días junto con su conviviente, en el mueble donde lo tenían bajo custodia al menor plagiado, cuando fue aprehendida por la información proporcionada por Cardona, esto es, de que el menor se encontraba en poder de Angel Ramón Macías Cedeño y Héctor Ricardo Macías Cedeño, la acusada se encontraba precisamente en compañía de éstos en el vehículo en el que se transportaban los secuestradores del menor Joshua Peñaloza Illanes. Respecto a la responsabilidad de Angel Ramón Macías Cedeño, se determina con el testimonio rendido por Homero Illanes, quien le entregó la suma de sesenta mil dólares, en los alrededores del parque del recinto La Concordia, el que fue identificado físicamente y que aparte de ello en esa ocasión utilizó una gorra para pretender no ser reconocido tanto más que admite haber estado por el lapso de ocho días en la casa que había alquilado su hermano y donde se encontraba secuestrado el menor Joshua Pañaloza, también está demostrada con los testimonios de los agentes de la UNASE, que afirman que cuando fueron aprehendidos los ocupantes del vehículo, en Pichilingue-Quevedo entre ellos se encontraba el acusado Angel Macías y aceptaron ser las personas que secuestraron al menor. La responsabilidad del acusado Héctor Ricardo Macías Cedeño, en el ilícito se comprueba por ser el sujeto que conjuntamente con su

conviviente Johana Charcopa, alquilaron el inmueble en la ciudad de Ambato, que fue utilizado como el sitio de cautiverio donde tuvieron secuestrado al menor Joshua Peñaloza, y con los testimonios rendidos por los agentes de policía que intervinieron en la aprehensión, quienes afirman que el acusado admitió libremente su participación en el ilícito investigado, y es por eso que dichos agentes conocieron del inmueble y la ciudad donde estuvo secuestrado el menor Joshua Peñaloza, de donde fue rescatado. En relación a la responsabilidad de la acusada Johana Elizabeth Charcopa Quiñónez, se encuentra establecido, por ser la conviviente de Héctor Macías Cedeño, que fue la persona que alquiló en la ciudad de Ambato el inmueble utilizado como lugar de cautiverio del menor Peñaloza siendo la persona que se encargaba del cuidado y custodia del menor plagiado, a parte de ser quien estuvo en el inmueble al momento de la incursión policial para rescatar al menor, hechos incuestionables que no puede ser desvirtuados. En consecuencia de todo lo analizado se desprende que el Quinto Tribunal Penal de Pichincha con sede en Santo Domingo en su fallo realiza una minuciosa descripción y valoración de las pruebas aportadas en la audiencia de juzgamiento, respecto de todos y cada uno de los sentenciados, en forma individual, para finalmente emitir su juicio de valor con absoluta convicción y certeza declarando que los acusados son autores del delito de plagio tipificado y sancionado en los Arts. 188 y 189 numeral 6 del Código Penal, sin que sea factible la modificación de la pena por existir la agravante contemplada en el inciso segundo del Art. 190.1 del mismo cuerpo legal, puesto que en el presente caso se mantuvo al menor Joshua Peñaloza Illanes, en cautiverio desde el 25 de noviembre hasta el 15 de junio del 2004, esto es por el lapso de seis meses y veinte días. Por lo que la Sala concluye que el Tribunal juzgador no ha violado norma legal alguna al pronunciar su fallo y por lo mismo no existen errores de derecho que corregir, por lo que de ninguna manera proceden las imputaciones formuladas por los recurrentes. La solicitud del sentenciado Camilo Cardona Yasnoth en el sentido de que no se le podía imponer la pena de diez años de prisión correccional, en torno a esto cabe precisar que el Tribunal juzgador cometió un error al imponer la pena de “diez años de prisión correccional” cuando lo correcto es diez años de reclusión mayor ordinaria, por lo que queda enmendado dicho error, sin embargo la mencionada solicitud no procede en virtud de que el Art. 57 del Código Penal no modifica el monto de la pena, únicamente cambió el cumplimiento de la pena impuesta, desde una penitenciaría a una prisión correccional, que según el Código Penal y la historia legislativa tenía un régimen más benigno en cárceles de los cantones y en vida colectiva comunitaria dentro del establecimiento a diferencia de las penas de reclusión que se las devenga en las penitenciarías existentes como son las de Quinto, Guayaquil y Portoviejo, y en tratamiento intracelular con disciplina rígida, este privilegio de tratamiento más benigno como acabamos de explicar es el que ampara a la tercera edad. En cuanto a lo que argumentan las recurrentes Erika Valda Tapia y Johana Charcopa Quiñónez de que el Tribunal juzgador inobservó lo dispuesto en el Art. 58 del Código Penal: “Ninguna mujer embarazada puede ser privada de su libertad ni será notificada con la sentencia que se le imponga pena de prisión o reclusión, sino 90 días después del parto”, que hicieron llegar los certificados médicos que corroboran el estado de embarazo, en torno a esto cabe señalar que las recurrentes antes mencionados no ejercitaron su derecho oportunamente, pues presentaron los certificados un día

después de haber sido notificadas con la sentencia, esto es extemporáneamente, no pudiendo beneficiarse con una medida judicial ya consumada. Por las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por los sentenciados y se dispone devolver el proceso al Tribunal Penal de origen para que se ejecute la sentencia. Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 16 de noviembre del 2007.

Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 258-07

Juicio penal N° 219-06 seguido en contra de Freddy Fabián Mendoza Mendoza o Edison Napoleón Jilón Zamora por el delito de tentativa de asesinato, tipificado y sancionado en los Arts. 46 y 450 numerales 1 y 7 del Código Penal en perjuicio de Sandra Paulina Rivera Vaca.

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

Quito, 30 de mayo del 2007; las 10h00.

VISTOS: De la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Penal de Pichincha en la que condena al procesado Freddy Fabián Mendoza Mendoza o Edison Napoleón Jilón Zamora, a cumplir la pena de ocho años de reclusión mayor, como autor de tentativa de asesinato, tipificado y sancionado en los Arts. 46 y 450 numerales 1 y 7 del Código Penal, interpone recurso de casación el condenado, concedido el mismo ha correspondido su conocimiento a la Sala que para resolver considera. PRIMERO.- El recurrente Edison Napoleón Jilón Zamora o Freddy Fabián Mendoza Mendoza, en su escrito de fundamentación constante a fs. 3 y 3vta. del cuadernillo del recurso, manifiesta que el Tercer Tribunal Penal de Pichincha en su sentencia no ha valorado las pruebas de acuerdo a la sana crítica, por lo que ha violado los Arts. 86 y 167 del Código de Procedimiento Penal y 4 del Código Penal; toda vez que su responsabilidad no está debidamente demostrada por lo que solicita a la Sala, la revisión de los errores jurídicos constantes en el fallo impugnado y se case la sentencia. SEGUNDO.- La Ministra Fiscal General subrogante, contestando el traslado corrido con la fundamentación del recurso, en escrito de fs. 7 a 8 en los principal manifiesta: que de la parte expositiva de la sentencia pronunciada por el Tercer Tribunal Penal de Pichincha, se refiere que el recurrente en el lugar, día y hora en que ocurrieron los hechos, protagonizó un escándalo realizando disparos con arma de fuego y en esas

circunstancias y por encontrarse transitando por ese lugar Patricia Verdesoto, Paulina Riera y Manuel Caicedo el encuentro fue casual, lo que si se repara es que por el arma utilizada y la localización de las heridas, el actor intentó matar a su víctima, por lo que su conducta se encasilla en el delito de tentativa de homicidio, previsto y reprimido en el Art. 449 del Código Penal, en concordancia con el Art. 16 ibídem, más no el de asesinato. Termina solicitando que la Sala emendando la errónea interpretación al Art. 450 numerales 1 y 7 del Código Penal que el Tribunal ha hecho en la sentencia, le imponga la pena correspondiente al delito de "intento de homicidio". TERCERO.- Analizada la sentencia recurrida, por parte de la Sala se verifica que el Tercer Tribunal Penal de Pichincha en el considerando Tercero declara comprobada la materialidad de la infracción con: 1.- El testimonio de la doctora Sandra Gardenia Andrade Granja, perita médica legista, quien manifiesta que examinó el 2 de febrero del 2005, a Sandra Paulina Rivera Vaca, quien presentaba en mesogástrico derecho e izquierdo dos cicatrices recientes, de un centímetro de diámetro, abarcando tercio inferior del brazo a mano del lado derecho válvula de yeso que se respeta; que le fue presentada copia certificada de la historia clínica, en la que consta que el día 9 de enero del 2005, ingresa la paciente en estado etílico, luego de sufrir herida por arma de fuego, de más de un centímetro a nivel de hipocondrio que compromete piel y tejido celular subcutáneo no ingresa a cavidad abdominal y fractura expuesta GI de tercio medio de cubito y radio por arma de fuego, estableciendo una incapacidad para el trabajo de más de noventa días. 2.- Con evidencias presentadas por la Fiscalía consistentes en un revolver niquelado de fabricación nacional, marca JYH, número de serie 002984, calibre 38, con empuñadura de plástico color negro, trece cartuchos calibre 38; y, 3.- Con el testimonio del perito balístico Guido Panata Chiliquinga, el mismo que indica que realizó el análisis en compañía del Ing. Gonzalo Escobar Arcos, que es un revolver niquelado de fabricación nacional, marca JHY, calibre 38, número de serie 002484, el mismo que se encuentra en buen estado de conservación, siendo apto para producir disparos, que el arma examinada fue disparada luego de su última limpieza, reconociendo el arma que se le pone a la vista la que fue examinada y también realizó el análisis de 13 cartuchos y 4 vainas percutidas por el revolver analizado. En referencia a la responsabilidad penal del procesado, el Tribunal en el considerando cuarto del fallo, la establece con los testimonios de: 1.- Sargento de Policía Freddy Ramiro Aragón Martínez. Quien acudió al lugar de los hechos, por una información recibida de la radio patrulla, y por encontrarse por el sector entre las 20 y 21h00 aproximadamente, encontró a la agraviada herida y recostada en el piso, razón por la cual le traslada al hospital del sur, pero al no recibirle en este centro de salud, acude al Hospital Eugenio Espejo, en donde queda internada por cuanto tenía perforaciones por impacto de proyectiles cerca del ombligo, dándole la información de que quien le disparó se había dado a la fuga, pero luego le comunicaron de su aprehensión. 2.- Del Subteniente Miguel Santamaría Grijalva, quien se encontraba de patrullaje por el sector Barrio Nuevo, a quien le comunicaron que una persona que vestía con chompa tomate, había realizado disparos, que un patrullero le seguía al individuo, por lo que se traslada al sitio y pudo observar que dispara al aire, lanza el arma a un casa y se da a la fuga, pero lo captura, que el detenido estaba vestido con una chompa tomate y un calentador plomo. 3.- Testimonio coincidente con el del Subteniente Francisco Javier Trujillo, en lo referente a lo sucedido en el

día y hora señalada, añadiendo que el arma fue recuperada inmediatamente y que además el acusado llevaba en su cintura un canguro y en su interior 13 cartuchos calibre 38; y, 4.- Con el testimonio rendido por el acusado Freddy Fabián Mendoza Mendoza o Edison Napoleón Jilón Zamora. Quien manifestó, que el 9 de enero estaba libando en la casa, que salió al redondel de la Atahualpa a un restaurante a comer, que la señora sacó una pistola y el se abalanzó al cuerpo de ella para defenderse, que en el forcejeo salió un disparo y él salió corriendo, que la persona que le quiso matar era la que quedó herida, que el día de los hechos estaba vestido con una chompa de color tomate y que a él no le han encontrado con ninguna evidencia y tampoco con el arma; que el arma presentada en la audiencia es la misma que tenía en su poder la señora que le quiso robar y que se disparó al momento del forcejeo. Consecuentemente, de lo anotado se concluye que el procesado protagonizó un escándalo realizando disparos con arma de fuego y en esas circunstancias y por encontrarse transitando por ese lugar Patricia Verdesoto, Paulina Riera y Manuel Caicedo el encuentro fue casual, causándole a la ofendida las heridas que se describen en el informe de la perita médica legista de la Policía Judicial de Pichincha, doctora Sandra Gardenia Andrade Granda. Si bien el autor de las heridas ocasionadas a Sandra Rivera Vaca las realizó con conciencia y voluntad, esto es haciendo uso del libre albedrío, mediante la práctica de actos idóneos, conducentes de manera inequívoca a la realización del delito y que por la localización de las mismas tenía el propósito de causar un daño mayor a simples heridas, la Sala no encuentra en la prueba analizada por el Tribunal, que el obrar del autor o que esta conducta estuviere impregnada de alguna de las circunstancias que describe el Art. 450 del Código Penal por lo que el hacer de Freddy Fabián Mendoza Mendoza o Edison Napoleón Jilón Zamora se encasilla o adecua al acto típico que describe el Art. 449 del mismo cuerpo de ley esto es homicidio simple, que como se ha visto no se consumó, por lo que deberá responder por tentativa de homicidio, habiendo el Tribunal juzgador violado el Art. 450 numerales 1 y 7 del Código Penal por haberse hecho una falsa aplicación. Por las consideraciones anotadas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala casa la sentencia recurrida y enmendando el error de derecho incurrido, declara a Freddy Fabián Mendoza Mendoza o Edison Napoleón Jilón Zamora, cuyo estado y condición constan del proceso, autor del delito de tentativa de homicidio tipificado y sancionado en el Art. 449 en concordancia con los Arts. 16 y 46 todos del Código Penal, y le impone la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, que los cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Guayaquil, debiendo descontarse el tiempo que haya permanecido detenido por esta causa. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 16 de noviembre del 2007.

Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 259-07

Juicio penal 255-05 seguido en contra de Pedro Orfredo Cueva Jaramillo por los delitos tipificados y reprimidos en los Arts. 62 y 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

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

Quito, 30 de mayo del 2007; a las 10h00.

VISTOS: Pedro Orfredo Cueva Jaramillo, amparado en las causales 3, 4, 5 y 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, interpone recurso de revisión de la sentencia condenatoria que en su contra dicta, el 4 de enero del 2002, el Tercer Tribunal Penal de Pichincha, por la que le impone la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, por considerarlo autor de los delitos tipificados y reprimidos en los Arts. 62 y 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Concedido que ha sido el recurso, por el sorteo de ley, ha correspondido conocer del mismo a la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de justicia, en la que se ha sustanciado el mismo en su mayor parte, habiéndose radicado posteriormente la competencia en esta Sala, en virtud de la distribución de procesos efectuada entre las tres salas de lo Penal, por haberse incrementado la Tercera Sala Penal y conforme a la resolución dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 7 de septiembre del 2005; y, por encontrarse el recurso en estado de resolver, al haberse agotado su trámite, previo a hacerlo, se considera: PRIMERO.- La Sala es competente para conocer de este asunto en virtud de lo dispuesto en los Arts. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador; y, 60 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. SEGUNDO.- El recurso de revisión tiene el carácter de extraordinario y excepcional que ataca a la autoridad de cosa juzgada, tiene por finalidad eliminar el error judicial, a fin de corregir una sentencia injusta sobre la base de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada, salvo el caso de haberse fundamentado en la causal número 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, cuando se alegue no haber comprobado la existencia del delito por el que recibió sentencia, en cuyo caso no se requiere nueva prueba. Al tener el carácter de excepcional y extraordinario, sólo procede contra sentencia ejecutoriada, en los casos que expresamente la ley establece y, siempre que el recurrente lo formule de manera correcta, fundamentándolo en debida forma, sustentándolo en causales muy concretas y específicas, haciendo mención de las pruebas que demuestren el error de hecho sobre el que se ha basado la sentencia impugnada. TERCERO.- Pedro Orfredo Cueva

Jaramillo, en escrito que obra a fs. 293 del proceso, comparece ante el Presidente del Tercer Tribunal Penal de Pichincha e interpone recurso de revisión de la sentencia condenatoria dictada en su contra haciendo una relación de los antecedentes que motivaron el proceso con una personal y subjetiva apreciación, para concluir en el numeral II de su escrito, expresando que: “PRIMERO.- Se ha dictado sentencia en virtud de documentos errados e informes periciales maliciosos. SEGUNDO: No se ha obtenido testimonio propio de personas que darían calidad y veracidad a los hechos, como son el del taxista, los vecinos del barrio, a más de los aportes aclaratorios y necesarios del Teniente Fernando Bautista y Subteniente Hugo Villavicencio, sobre el contenido y alcance del informe. TERCERO: Con lo enumerado, más la reconstrucción de los hechos referidos a la referidos a la relación circunstanciada de los mismos, demostraré que no soy responsable del delito por el cual se me condenó. CUARTO: Por cuanto se me juzgó con ley no vigente al momento de los supuestos ilícitos; y, QUINTO: consecuentemente no se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito a que se refiere la sentencia. Por lo que habiéndose configurado las causales contenidas en los numerales 3, 4, 5 y 6 del Art. 360 del Capítulo V del Recurso de Revisión contemplado en el Código de Procedimiento Penal, debidamente fundamentado solicito se me conceda el recurso de revisión ante la Corte Suprema donde haré valer mis derechos y desde ya solicito se conceda, dentro del término de prueba”, las diligencias que allí expresa. El 27 de septiembre del 2004, la Primera Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, manda a poner conocimiento de las partes la recepción del proceso y “abre la causa a prueba por diez días”, providencia que se ha notificado legalmente el mismo día 27 de septiembre del 2004, a las quince horas; y en ese lapso, el recurrente ha solicitado y ha obtenido que se ordene agregar a los autos un cassette de audio y una carta manuscrita que se dice la suscribe Sergio Vargas, así como que se tomen en cuenta los pedimentos de los numerales 3, 4, 5 y 6 de su escrito de prueba y que se refieren a la reproducción de todo lo que le fuere favorable de autos, especialmente sus declaraciones preprocesal e indagatoria, la declaración preprocesal de Efrén Reimundo Espinosa Salinas; que se tenga en cuenta el abuso y allanamiento realizado a su casa de habitación por parte de la Policía de Antinarcóticos, efectuado sin orden judicial, en cuya circunstancia se llevaron enseres de menaje que nada tienen que ver con el delito que se investigó y que se tenga en cuenta la fecha y hora “en la que la fiscalía a través de la doctora Abeida encargada del caso en esos momentos concurre al lugar de los hechos, que nada tiene que ver con la fecha en que se realiza el allanamiento por parte de la Policía”. CUARTO.- De la síntesis referida en el considerando que antecede, se desprende que el recurrente, incumplió la obligación legal de aportar nueva prueba que demuestre el error de hecho de la sentencia impugnada, conforme lo exige el último inciso del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal; pues, el solo hecho de haber solicitado y logrado que se incorpore al proceso una carta manuscrita y un cassette, sin que se haya procedido a establecer la autenticidad de la misiva y sin que se establezca la identidad y contenido de voces constantes en el audio video, con la intervención de peritos especializados, no constituyen estos documentos privados, nueva prueba y, menos, mucho menos constituyen nueva prueba los petitorios de reproducción de actos procesales constantes en el proceso y que el juzgador los valoró y consideró en su oportunidad, puesto que, la exigencia legal

de presentar por parte del recurrente nueva prueba ha de ser entendida en su sentido natural y obvio tal como nos define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como algo distinto o diferente de lo que antes había o se tenía aprehendido, o como lo que se ve o se oye por primera vez; y, finalmente, la alegación referida a la causal sexta del Art. 360 del Código Adjetivo Penal, en el sentido de que no se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito a que se refiere la sentencia, que no exige la presentación de nueva prueba, carece de sustento, puesto que los juzgadores, con convicción y certeza, en el considerando segundo de su sentencia dicen: “Que el cuerpo de la infracción se ha establecido conforme a derecho como lo requiere el Art. 157 del Código Adjetivo Penal (1983) con las siguientes diligencias procesales”; y, luego en forma pormenorizada describe varias diligencias, pudiendo mencionarse entre otras: **a)** Informe policial N° 026 JPAP-SI CP-1-01 y anexo de 41 fs., en el que se hace constar como evidencias físicas, 19 paquetes en forma de bloques, envueltos en cinta de embalaje, con un peso bruto aproximado de 19.358,5 gramos y peso neto de 18.426,04 gramos; así como un estuche de plástico, conteniendo heroína con un peso bruto de 0.5 gramos y peso neto de 0.43 gramos. **b)** Acta de entrega recepción de muestras posibles de estupefacientes para análisis químico, cuyo resultado según informe pericial dio: Heroína Clorhidrato y Cocaína Clorhidrato. **c)** Acta de destrucción de sustancias sujetas a fiscalización que consta a fs. 116 y 117. **d)** Resultados del análisis químico de siete muestras analizadas, en cuyo informe los peritos químicas doctoras Beatriz Vargas e Idilla Giler, concluyen que las seis muestras corresponden a clorhidrato de cocaína y una muestra dio clorhidrato de heroína; y, **e)** Acta de reconocimiento y avalúo de bienes decomisados por la Policía de Antinarcóticos de fs. 161 y 162 de los autos. En síntesis, el recurrente, no ha logrado probar que la sentencia se dictó con fundamento en documentos o informes falsos o errados, ni que los informes periciales sean maliciosos o errados, ni que ha sido sentenciado sin ser responsable de los delitos que se le condenó, ni ha demostrado que se hubiere promulgado una ley posterior más benigna que le favorezca, todas sus aseveraciones han quedado en meros enunciados, de los que la Sala no puede hacer mérito. QUINTO.- La doctora Cecilia Armas Erazo de Tobar, en su calidad de Ministra Fiscal General del Estado, subrogante, en cumplimiento a lo establecido en el Art. 365 del Código de Procedimiento Penal emite su dictamen en torno al recurso y, en lo fundamental manifiesta que del examen del proceso y de la sentencia se advierte que la existencia de la infracción se halla justificada conforme a derecho con el informe policial en el que se hace constar como evidencias 19 paquetes en forma de bloque, con un peso bruto aproximado de 19.353 gramos y un estuche plástico conteniendo 0.5 décimas de heroína; con el análisis químico practicado por las peritos doctoras Beatriz Vargas e Idilla Giler, obteniendo de seis muestras el resultado de clorhidrato de cocaína y una muestra dio como resultado clorhidrato de heroína y el acta de destrucción de sustancias incautadas, que tienen un peso neto de 18.426,04 gramos de cocaína y 0.43 gramos de heroína, elementos con los que se prueba plenamente la existencia de la infracción; y, además agrega, que en el presente caso no se advierte que en el expediente del recurso de revisión, durante el término probatorio, el recurrente haya presentado nueva prueba que demuestre que la sentencia se dictó en base a documentos o informes falsos o informes periciales errados o maliciosos, ni que el sentenciado no es responsable del delito y menos

aún que se haya promulgado una ley posterior más benigna, por lo que según su criterio debe rechazarse el recurso por improcedente. Por las consideraciones que anteceden, la Segunda 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 de revisión interpuesto por Pedro Orfredo Cueva Jaramillo y dispone devolver el proceso al Tribunal Penal de origen. Notifíquese.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 16 de noviembre del 2007.

Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 261-07

Juicio penal N° 582-05 seguido en contra de Pedro Leonel Rivadeneira Vallejo por el delito tipificado y sancionado en el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (hoy Art. 62).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 31 de mayo del 2007; las 10h00.

VISTOS: El sentenciado Pedro Leonel Rivadeneira Vallejo interpone recurso de revisión de la sentencia condenatoria expedida en su contra por el Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha que le impone la pena modificada de ocho años de prisión correccional y cuatro mil salarios mínimos vitales de multa por considerarlo autor responsable del delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas tipificado y sancionado en el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (hoy Art. 62). En esta Sala se radicó la competencia del recurso de revisión, en virtud de la distribución de causas entre las tres salas especializadas de lo penal, dispuesta por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, siendo el estado de la causa el de resolver, se considera: PRIMERO.- El sentenciado recurrente Pedro Leonel Rivadeneira Vallejo interpone el recurso de revisión fundamentándose en la causal contemplada en el numeral segundo del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal que dice: "...2.- Si existen simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito contra diversas personas, sentencias que, por ser contradictorias revelan que una de ellas está errada; ..; por consiguiente, alega la existencia de dos sentencias contradictorias mencionando en primer término la dictada en su contra por el Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha el 6 de agosto del 2004 en la que se le impone la pena de 8 años de prisión

correccional y en segundo lugar la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia dentro del recurso de revisión interpuesto por Jorge Efraín Martín Miranda Vásquez, la que reforma la sentencia expedida por la Quinta Sala de la Corte Superior de Quito, e impone al procesado la pena de cinco años de prisión correccional. Sentencia que se encuentra publicada en el Registro Oficial N° 425 de martes 21 de septiembre del 2004, págs. 25 y 26; concluye manifestando que las dos sentencias son contradictorias; siendo errada la sentencia dictada en su contra, razón por la que solicita sea reformada y se le condene según lo estipulado en el Art. 57 y relacionado con el Art. 51 numeral 3 del Código Penal, es decir a una pena de entre ocho días a cinco años de prisión correccional por las mismas consideraciones y basado igualmente en el tratamiento de excepción del Art. 117 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.- SEGUNDO.- El sentenciado recurrente al fundamentar el recurso de revisión en el numeral 2° del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, adquirió la obligación jurídica procesal de probar los hechos que se refiere esta causal, con nuevas pruebas practicadas ante el Tribunal de revisión, de conformidad con lo establecido en el inciso final de esta misma disposición procesal, es decir, debía demostrar con nuevas pruebas la existencia simultánea de dos sentencias condenatorias sobre el mismo hecho y que por ser contradictorias una de ellas es errada. Al respecto, esta Sala observa que mediante providencia de 7 de marzo del 2006, a las 10h00 se abre la causa a prueba por diez días, la que se pone en conocimiento de las partes el mismo día, según consta de la razón de notificación sentada por el señor Secretario Relator de esta Sala, la fase probatoria vence el 17 de marzo del 2006, habiendo sido declarada fenecida la estación probatoria el 24 de marzo del 2006, a las 10h00.- Durante el transcurso del término probatorio, el recurrente no presentó prueba alguna que permita demostrar la causal invocada como fundamento de su recurso de revisión y al no haberlo hecho, su recurso se torna improcedente.- TERCERO.- La doctora Cecilia Armas Erazo de Tobar, Ministra Fiscal General, subrogante, expresa en su dictamen que, la demostración de la existencia de dos sentencias condenatorias por el mismo delito, ha sido prueba innovadora no aportada al proceso, sin la cual no puede prosperar la impugnación pretendida por Pedro Leonel Rivadeneira Vallejo, por lo cual la Sala debe declarar improcedente el recurso interpuesto por el acusado y disponer que se devuelva el proceso al Tribunal de origen.- Por las consideraciones que anteceden, esta Segunda Sala de lo Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara improcedente el recurso de revisión interpuesto por el recurrente Pedro Leonel Rivadeneira Vallejo.- Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines de ley.- Notifíquese y cúmplase.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 16 de noviembre del 2007.- Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 262-07

Juicio penal N° 535-06 seguido en contra de Narciso Abrahán Loor Zambrano por el delito de violación tipificado en el Art. 512 numeral 1 del Código Penal y sancionado en el Art. 513 en relación a lo establecido en el inciso segundo del Art. 514 y del Art. 515 íbidem; y, 30 del Código Penal en perjuicio de Narcisca Mariuxi Loor Valdez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL

VISTOS: La doctora Lucy Blacio Pereira, Agente Fiscal del Distrito de El Oro interpone recurso de casación contra la sentencia absolutoria que dicta el Tribunal Primero de lo Penal de El Oro a favor de Narciso Abrahán Loor Zambrano, el 31 de agosto del 2006. Por el sorteo de ley el recurso ha venido a conocimiento de esta Sala y, al haberse agotado el trámite que corresponde, previo a resolver, se considera: PRIMERO.- La doctora Cecilia Armas Erazo de Tobar, Ministra Fiscal General del Estado, subrogante, en cumplimiento a lo dispuesto por la Sala y a lo ordenado en el Art. 354 del Código de Procedimiento Penal, fundamenta el recurso interpuesto por la Agente Fiscal del Distrito de El Oro; expresando que revisada la sentencia encuentra que en el considerando tercero los juzgadores analizan la prueba actuada en la audiencia reservada y que en el considerando cuarto el Tribunal Penal declara comprobada conforme a derecho la existencia material de la infracción con los testimonios de: doctor Wolney Francisco Polo Jaramillo, perito médico, que al realizar el examen médico legal, concluye que Narcisca Mariuxi Loor Valdez, presenta un himen totalmente desflorado, en forma antigua; psicóloga Araceli Viviana Pizarro Niveló, perito que realizó el examen psicológico a la agraviada y del Ing. Edgar Yary Tenicela, perito que realizó el reconocimiento de los lugares en donde ocurrieron los hechos; que con respecto a la responsabilidad del acusado, el Tribunal sin análisis alguno declara que existe duda sobre su participación en el hecho que se juzga, en virtud de la insuficiencia de prueba, ya que no han comparecido a la audiencia de juicio a rendir testimonio la menor agraviada, ni la denunciante; que el Tribunal hace una falsa apreciación y valoración de la prueba al absolver al acusado, aduciendo insuficiencia de prueba en su contra, declarando sin rubor que el único dato referencial sobre el abuso sexual ejercido por el acusado a su hija menor de edad es el consignado por la Trabajadora Social Pastora Ochoa, del Instituto Hogar "María de la Paz", cuando de la simple lectura de los testimonios propios consignados en resumen, en el considerando tercero del fallo, recurrido y ampliados en el acta de la audiencia, se obtiene que todos y cada uno de ellos conocieron de los abusos sexuales de padre a hija, por propia boca de la menor agraviada, mejor dicho de las dos menores

agraviadas, hijas del acusado, y que si no acuden a rendir su testimonio en la audiencia es por temor reverencial, miedo y rencor a su padre por el daño causado, tal como lo manifiesta en su testimonio la psicóloga Araceli Pizarro Niveló, pero estuvieron presentes y colaboraron en la práctica de todas las diligencias procesales. Que el recurso de casación, según lo señala la doctrina y lo confirma la jurisprudencia, permite corregir el error de valoración cuando se lo ha hecho violando las normas reguladoras para apreciar la misma, y procede justamente cuando el hecho debidamente probado no es relacionado por parte del juzgador, con la norma entregada por el legislador. Que en el caso el Tribunal no valoró las pruebas, las que son contundentes y determinan tanto la existencia material de la infracción, como la responsabilidad penal del acusado. Que el Tribunal viola la ley en la sentencia en las formas que prescribe el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, al no valorar como corresponde, y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, las pruebas pedidas, ordenadas, practicadas e incorporadas en la etapa de juicio, que llevan de manera lógica y natural a establecer, tanto la existencia material de la infracción, como la responsabilidad del acusado, se encuentran debidamente comprobadas, haciéndose evidente la contravención expresa de los Arts. 83, 84, 85, 86, 123, 124, 304-A, 309, numerales 2 y 3 del Código de Procedimiento Penal, y una falsa aplicación del Art. 4 del Código Penal, razón por la que solicita se case la sentencia, se corrija el error de derecho y se dicte sentencia contra el acusado, declarándolo autor responsable del delito de violación que tipifica el Art. 512, numeral 1 del Código Penal y sancionado en el Art. 513 en relación a lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 514 y 515 íbidem, con las agravantes determinadas en el Art. 30 del Código Penal. SEGUNDO.- Con la finalidad de establecer si proceden o no los cargos que formula la señora representante del Ministerio Público contra la sentencia que pronuncia el Tribunal Primero de lo Penal de El Oro, la Sala, realiza un detenido estudio y análisis de la misma y encuentra: 1.- Que en la parte expositiva de la sentencia se hace la relación de los hechos que motivan la sentencia recurrida y que refieren que la señora Carmen Esperanza Vilela Obando, se enteró por parte de una de las religiosas del Hogar "María de la Paz", que responde al nombre de Hilda, que su nieta Narcisca Mariuxi Loor Valdez, que se encontraba interna en dicha casa, había sido víctima de abusos sexuales y violaciones varias, producidas por su propio padre Narciso Abrahán Loor Zambrano, razón por la que presentó la denuncia a la Fiscalía, la que inició la instrucción fiscal correspondiente que condujo a la realización de la audiencia reservada ante el Tribunal Penal que concluye absolviendo en sentencia al acusado, circunstancia que motiva el recurso de casación que por sorteo conoce esta Sala. En esta parte expositiva, adicionalmente, se hace notar que en el curso del proceso se conoció que el acusado también había abusado sexualmente de otra hija menor, habiendo recibido ya sentencia condenatoria; 2.- En el considerando tercero se consignan los testimonios propios recibidos en la audiencia reservada, constandingo entre ellos los prestados por: el doctor Wolney Francisco Polo Jaramillo, perito médico legista, quién al ratificarse en su informe, dice que realizó el examen ginecológico de la menor Narcisca Mariuxi Loor Valdez, de 13 años, 10 meses de edad, el 26 de enero del 2005, que dicha menor estuvo acompañada de la Trabajadora Social del Hogar "María de la Paz", Pastora Ochoa, que según la menor su padre venía abusando sexualmente de ella desde cuando tenía seis años de edad y que la última vez que la violó fue el 2 de enero del 2005,

que la víctima presentaba un himen totalmente desflorado, que la menor debe recibir ayuda psicológica y protección familiar, ya que presenta un síndrome depresivo leve y en el acta de audiencia consta que dicho profesional dice: “yo sugerí a la doctora que reciba ayuda psicológica urgente y luego a la pregunta del Fiscal en el sentido: ¿Es compatible la relación de los hechos con el diagnóstico?. Responde: “Claro, si la niña refiere que ha tenido relaciones desde hace ocho años atrás, vamos a encontrar un himen desflorado, antiguo, y ya no encontramos lesiones agudas, estamos hablando de algo crónico, algo antiguo”, a la pregunta que le formula el Defensor del acusado, en el sentido de: “A parte de la referencia que le da la Lcda. Pastora Ochoa, a usted le consta en otra forma lo que ha puesto en el informe?”. Responde: “Son referencias de la señora Pastora Ochoa, son referencias de la niña que examiné yo”; el testimonio del Ing. Edgar Yary Tenicela, perito que interviene en el reconocimiento de los distintos lugares donde habitó la menor con su padre y otra hermana menor, quien en lo principal dice: “Que el informe que se le ha puesto a la vista, el mismo que obra a folios 41 a 43 de los autos; así como los anexos fotográficos que obran a fs. 39 y 40 de los autos, que se realizó el reconocimiento de los lugares donde habían habitado las menores Mariuxi Narcisca Loor Valdez y la menor Alexandra Elizabeth Loor Valdez, con su señor padre, que ellas fueron las que indicaron dichos lugares donde habían habitado y que quedaba el uno, por el sector de la Ferroviaria, en la Avenida Montgomey Sánchez, vía Machala-El Cambio y otro lugar era el barrio Amazonas de la parroquia “Puerto Bolívar”; el defensor del acusado le pregunta al deponente primero cual es el objeto de la pericia y éste le responde reconocer los lugares; “como pericia se determinó la ubicación de los dos lugares donde habitaban las niñas, y presuntos lugares donde se cometieron los abusos sexuales”, acto seguido el defensor le pregunta que en el reconocimiento del lugar de los hechos “a que conclusión llegó?” y le responde: “A que se determine la ubicación de los lugares donde arrendaba la familia, y presuntos lugares donde se cometieron presuntos abusos sexuales de violación, de acuerdo a la denuncia que ha habido, a parte de eso las niñas que nos acompañaban, INFORMABAN que habían sido presuntamente violadas por su señor padre”; el testimonio de la Lcda. Pastora Evangelina Ochoa Ochoa, quién luego de ratificarse en el informe que tiene presentado, atendiendo la invitación del Fiscal a que refiera porque emitió el informe, dice: “Como parte de mis funciones tenía que hacer el informe de cada niña que está ahí, cuando ésta niña llegó ahí a pedir ayuda, se había fugado de su casa, hasta que después el papá apareció, se enfrentaron y la niña no quería verlo, pasaron los días y ella después presentó un escrito, con letra de ella (que obra a fs. 2 agregado a la denuncia), donde contaba todo lo que el papá había abusado de ella desde pequeña, lo que sospechaba que también le había sucedido con su hermana, ese escrito yo se lo entregué a su abuela cuando vino de Manabí a verlas, y fue la señora que puso la denuncia en la Fiscalía, a mí la niña me contó que ella se fue porque ya no aguantaba, que ella vivía en su casa, pero tenía que convivir con el papá como una esposa, que el papá quería tener relaciones con ella...”. A la pregunta que se le hace en el sentido de: ¿Le han realizado algún seguimiento sobre la situación de la niña?. Responde: “Sí, lo que pasa es que ella no quiere venir a las audiencias porque dice que ella no quiere ver al papá, porque le recuerda todo lo que le había pasado, y no quiere ni verlo, inclusive la última vez me dejó el número de teléfono, ella no quiere, porque le da temor, y porque le han dicho que la va a matar”, narra

además que la niña recibió Ayuda psicológica, con la que superó su situación y que después llegó también su hermana y que las dos se entendían muy bien, que finalmente se las entregaron a su abuela, quién se hizo cargo de las menores; y, el testimonio de la psicóloga Araceli Viviana Pizarro Niveló, quien luego de ratificarse en su informe que obra a folios 57 y 58 de los autos, dice, en lo principal: que la menor Narcisca Mariuxi Loor Valdez la primera vez que llegó al Instituto “María de la Paz”, fue porque al parecer el padre de ella la maltrataba física y psicológicamente; que la segunda vez la niña volvió y manifestó que su padre Narciso Abrahán Loor Zambrano abusaba sexualmente de ella y de su hermana menor y explica la apreciación psicológica de la menor, la cual es una niña víctima de un hogar desorganizado que asociado al maltrato físico y sexual, del que fue víctima por parte de su propio padre, presentaba un cuadro clínico de inestabilidad emocional, lo cual la hace vulnerable a cualquier situación; y, 3.- En el considerando cuarto los juzgadores declaran que la materialidad de la infracción se la establece con los testimonios de: doctor Wolney Francisco Polo Jaramillo, perito médico que realizó el examen ginecológico, psicóloga Araceli Viviana Pizarro, Ing. Edgar Yary Tenicela y con la partida de nacimiento de la menor ofendida; y que, en cuanto a la responsabilidad penal dicen que existe duda sobre su participación en virtud de la insuficiencia de prueba ya que no han comparecido a declarar en la audiencia la denunciante Carmen Esperanza Vilela, ni la menor ofendida Narcisca Mariuxi Loor Valdez, lo que lleva al Tribunal a aceptar la duda razonable y la aplicación del Art. 4 del Código Penal sobre el principio in dubio pro reo, razón por la que pronuncian sentencia absolutoria a favor del acusado. TERCERO.- El recurso de casación tiene el carácter de extraordinario que se limita a examinar la sentencia para determinar si existen o no errores de derecho que el o los impugnantes le imputan y que la Sala de casación debe en sentencia declarándolos; pero, excepcionalmente, cuando en la valoración de la prueba el juzgador se ha apartado de las reglas de la sana crítica dislocando los hechos debidamente probados con las normas jurídicas establecidas por el legislador, procede el recurso para corregir el error de valoración; y, en el caso, efectivamente, se advierte que el Tribunal Primero de lo Penal de El Oro, no valora como corresponde las pruebas, pedidas, ordenas, practicadas e incorporadas en la audiencia reservada, que se relacionan con prueba documental y testimonial idónea, de cuya simple lectura, fluye la existencia material del delito de violación y la culpabilidad y por ende la responsabilidad penal del acusado, por lo que resulta errada la aseveración del juzgador en el sentido de que hay insuficiencia de prueba porque no ha declarado la denunciante ni la ofendida, cuyas aportaciones testimoniales, debieron haberse declarado indispensables con anterioridad, además, vale recordar que en los delitos de carácter sexual, por la naturaleza misma de la infracción, resulta difícil aportar prueba directa sobre los hechos, de modo que generalmente se infiere la responsabilidad por prueba indirecta y, en el caso, como queda dicho, la contundencia de la prueba aportada no provoca duda alguna y resulta también errado el criterio de aplicar el Art. 4 del Código Penal. En consecuencia, los juzgadores violan la ley en la sentencia, contraviniendo expresamente, los Arts. 83, 84, 85, 86, 123, 124, 304-A, 309 numerales 2 y 3; y, 312 del Código de Procedimiento Penal y realizan una falsa aplicación del Art. 4 del Código Penal, y vulneran lo dispuesto en los Arts. 512 numeral, que tipifica el delito de violación; 513, en relación con el inciso segundo del 514 y

515, que establece la sanción a dicho delito; y, 30 que determina las agravantes genéricas, todos del Código Penal, errores que ameritan ser corregidos. Por las consideraciones que anteceden, la Segunda 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 procedente el recurso de casación interpuesto por la Agente Fiscal Distrital de El Oro y casa la sentencia recurrida conforme a lo previsto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal y en sentencia declara a Narciso Abraham Llor Zambrano, cuyo estado y condición constan del proceso, autor responsable del delito de violación de su hija Narcisa Mariuxi Llor Valdez, ilícito tipificado en el Art. 512 numeral 1 del Código Penal y sancionado en el Art. 513 en relación a lo establecido en el inciso segundo del Art. 514 y del Art. 515 ibídem; y, 30 del Código Penal, se le impone la pena de veinte años de reclusión mayor especial, que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de El Oro. Las autoridades competentes ordenarán lo que fuere pertinente para el cumplimiento de esta sentencia. Con costas. Notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Penal de origen.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.
Certifico.

f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 16 de noviembre del 2007.

Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 264-07

Juicio penal N° 625-05 seguido en contra de Román Paúl Saltos Pugo por el delito previsto y reprimido en el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

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

Quito, 31 de mayo del 2007; las 10h00.

VISTOS: La Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, con fecha 2 de marzo del 2005, al absolver la consulta subida en grado, confirma en todas sus partes la sentencia condenatoria que pronuncia el Primer Tribunal Penal del Azuay, el 1 de febrero del 2005, por la que declara a Román Paúl Saltos Pugo autor responsable del delito previsto y reprimido en el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y le impone la pena atenuada de ocho años de reclusión mayor ordinaria y multa de sesenta salarios mínimos vitales. Del fallo interpone recurso de casación el sentenciado, el que,

por el sorteo de ley ha correspondido conocer a esta Sala; y, al haberse agotado el trámite que corresponde, previo resolver; se considera: PRIMERO.- Conforme lo dispone el Art. 352 del Código de Procedimiento Penal se ha dispuesto que el recurrente fundamente su recurso, particular que así lo ha hecho, como consta del escrito que obra desde fs. 7 a 21 del cuaderno de esta Sala y en el que en lo principal dice: que se ha visto en la necesidad de impugnar vía casación la sentencia porque en ella se ha violado la ley y la Constitución; que lo que en verdad sucedió el día 24 de junio del año 2004 es que ese día fue privado de su libertad en circunstancias en que se encontró en su poder la marihuana que estaba destinada, única y exclusivamente, a su consumo personal por ser un habitual consumidor de marihuana y otras drogas; que es indiscutible que se le privó de la libertad, inmediatamente se le imputó, luego se le acusó y al fin se le condenó al comprador-consumidor, no al vendedor-trafficante; que en sentencia no se le ha dado el legal valor al testimonio del imputado rendido en el Tribunal Penal, que en ninguna parte de su testimonio admitió su culpabilidad en ilícito alguno peor que lo haya hecho en forma libre y voluntaria, por lo que constituye un desacierto que en el considerando sexto con respecto a este testimonio se haya dicho: "SEXTO:... a su favor constan existir, su confesión libre y voluntaria al haber aceptado que de su poder fue requisada la droga que originó este juicio...". Que su testimonio ha sido cercenado, mutilado, cortado y no es el fiel reflejo de lo expuesto por el declarante como ordena ha de ser esta diligencia el Art. 120 del Código de Procedimiento Penal. Que no se ha valorado apropiadamente este testimonio que sirve como medio de defensa y medio de prueba a favor del declarante, por lo que se ha violado los Arts. 143 y 144 del Código de Procedimiento Penal; que el Tribunal no respetó su condición de enfermo y merece ser tratado como lo que es no como lo que se quiere suponer que es; que en la etapa de juicio, con apego al mandato señalado en el Art. 63 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, se estableció y se probó, conforme a derecho, su dependencia al consumo o uso de marihuana y de otras sustancias sujetas a fiscalización, por más de 15 años; que por su condición de enfermo requiere urgente tratamiento de desintoxicación, como mandan los Arts. 28, 34 y 103 inciso segundo de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y la Ley Interpretativa, publicada en el Registro Oficial 284, de 26 de marzo de 1998, que en la parte expositiva y en la parte considerativa de la sentencia se reconoce expresamente que el recurrente es un enfermo víctima del consumo de marihuana y otras drogas pero que al condenarlo se ha recurrido al absurdo e inaceptable argumento de que la cantidad de marihuana encontrada en su poder (185,3 gramos) es "excesiva" para consumo inmediato basándose en el comentario hecho por el doctor Palacios Guerrero; pero, no consideró que el mismo perito al realizar el examen psicosomático al recurrente determinó que es adicto a la marihuana. Que ante el hecho real e innegable de su contumacia en el consumo de marihuana por tan prolongado tiempo, no tiene importancia la cantidad de la sustancia encontrada en su poder, pues, la misma estaba destinada única y exclusivamente, a su personal y habitual consumo. No estaba destinada "para el tráfico ilícito de ellas", que es lo que prohíben y sancionan los Arts. 62 (ex 64) y 38 (ex 40) de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Que no existe ningún indicio que haga suponer que alguna parte de la marihuana encontrada en su poder haya estado destinada al expendio de terceros; que en el considerando tercero de la sentencia bajo la ostentosa afirmación de que

“la autoría y responsabilidad del acusado se encuentra también comprobada, con los actos y diligencias establecidas en esta audiencia”, se menciona como prueba de cargo precisamente el examen psicosomático practicado por el doctor Palacios Guerrero que establece la calidad de enfermo del recurrente, pero sobrevalorando en forma inapropiada la apreciación hecha por el perito de que la cantidad es “excesiva para el consumo inmediato”; que el vicioso, el enfermo, el dependiente de una u otra droga, no se limita a un consumo inmediato o limitado; su consumo es permanente, varias veces, todos los días de su vida, hasta su muerte o hasta que se someta a un tratamiento de desintoxicación largo y especializado, por lo que el argumento del juzgador es inaceptable, irracional e ilógico; que en el considerando cuarto se vuelve a reconocer su situación de enfermo y a resaltar en su perjuicio la cantidad de droga encontrada para condenarlo, sin considerar que la cantidad no hace variar la calidad de dependiente y la condición de enfermo del consumidor. Que en esta parte se han violado las siguientes disposiciones de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas: Arts. 28, 34, 63 y 103 inciso segundo, en el que no se hace ninguna referencia a la cantidad de droga encontrada en poder del consumidor porque precisamente el consumidor es considerado enfermo y únicamente debe ser sometido a un tratamiento de “rehabilitación”; que el juzgador ha incurrido en error de derecho al desconocer que el consumo de drogas está despenalizado; que el consumo de drogas no es delito, pues mediante Ley 91, publicada en el R. O. 335 de 9 de junio del año 1998, se derogó y por tanto se dejó sin efecto el Art. 65 de la ley publicada el 17 de septiembre de 1990, que sancionada con pena disminuida el consumo de drogas. Que tampoco le está permitido al juzgador asimilar al consumidor con el traficante como ha sucedido en el caso. Los elementos constitutivos de acto doloso señalado en el Art. 62 (ex 64) que guarda armonía con la última parte del artículo 38 (ex 40) de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, necesariamente deben existir, deben ser reales y deben estar probadas, no es cuestión de suponerlos, deducirlos o adivinarlos, para emitir fallo condenatorio. Si el consumo de drogas ha sido eliminado de la lista de delitos y ya no está tipificado como tal, al haberse dictado sentencia condenatoria en contra del consumidor, se ha violado las disposiciones contenidas en el Art. 24 numeral 1 de la Constitución Política de la República, artículo 2 inciso primero y segundo del Código de Procedimiento Penal y artículo 2 incisos primero y segundo del Código Penal. Que se dictó sentencia condenatoria sin contar con la certeza de la comprobación del ilícito y de la responsabilidad penal del imputado y que en tal virtud se ha violado la letra de los Arts. 304. 1, 252, 309 numeral 2, 312 y 85 del Código de Procedimiento Penal; que la duda no ha sido interpretada en el sentido más favorable al reo, porque no cabe duda de que es consumidor y que por tanto ni la infracción ni la responsabilidad existen. Que existe errónea aplicación del Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, indicando que la Ley Especial de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas no existe, pues desde el 15 de octubre de 1997 su denominación correcta es la de Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, aceptando el error del Tribunal Penal, el haber enunciado el Art. 64 en vez del Art. 62, que es el que, según la codificación actual, sanciona la tenencia y posesión ilícitas de sustancias sujetas a fiscalización, deviene en errónea la aplicación del Art. 62 (ex 64) en la sentencia, porque el mismo guarda armonía con la

disposición contenida en el Art. 38 (ex 40), que en su letra, con respecto a la tenencia y posesión de droga dispone: “... ni tenerlas en cualquier forma, para el tráfico ilícito de ellas”; lo que la ley sanciona es la tenencia para el tráfico ilícito, no sanciona la tenencia para el consumo. Y concluye expresando las pretensiones del recurrente que las sintetiza así: **1.-** Que la Sala, al resolver el recurso, enmiende las violaciones legales y constitucionales en la que incurren los juzgadores al pronunciar la sentencia, con inequívoca violación de la ley. **2.-** Que se revoque el fallo y se pronuncie sentencia absolutoria. **3.-** Que se cancelen las medidas cautelares dictadas en su contra. **4.-** Que se ordene su inmediata libertad y el cumplimiento de lo dispuesto en la ley interpretativa publicada en el Registro Oficial 284 de 26 de marzo de 1990. **5.-** Que se disponga el inmediato y urgente tratamiento de rehabilitación al que tiene derecho conforme a las normas de la misma Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que guardan armonía con el Art. 43 de la Constitución Política de la República; y, **6.-** Que se llame la atención de los juzgadores de primero y segundo nivel por la inobservancia e indebida aplicación de las normas legales vigentes. SEGUNDO.- La doctora Cecilia Armas de Erazo, en su calidad de Ministra Fiscal General del Estado, subrogante, en cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal, luego de que se le ha corrido traslado del escrito de fundamentación presentado por el recurrente, contesta al mismo en los términos expresados en el escrito que obra a fs. 26 a 27 del cuaderno de esta Sala, que en lo fundamental dice: que ha examinado la sentencia cuya casación se reclama y que observa que en el considerando segundo, el juzgador describe la prueba presentada en el proceso con la que estima que se ha justificado la existencia de la infracción con el testimonio de la doctora Mónica Arpi, quien se ratifica en el informe pericial presentado, en el que afirma que las muestras examinadas corresponden a marihuana o cánnabis; y la declaración del doctor Giovanni Palacios Guerrero, médico del CONSEP, perito que se ratifica en su informe, en el que manifiesta que la cantidad de droga encontrada en poder del acusado es excesiva para el consumo inmediato. Que en cuanto a la responsabilidad del acusado, el juzgador analiza el testimonio del Policía Wilson Fernando Narváez Acosta autor del parte policial, ratificándose en su contenido, en el que describe que por su información reservada se conoció que en la Av. General Escandón y calle Víctor Manuel Albornoz, sector del Arenal, un individuo se dedicaba al expendio de droga, por lo que se procedió a realizar operaciones básicas de inteligencia detectando a un ciudadano que se encontraba en actitud sospechosa, por lo cual se le llamó la atención y al realizar un registro minucioso se encontró en sus partes íntimas una sustancia vegetal color verde, presumiblemente marihuana, con un peso bruto de 206.2 gramos y por tratarse de un delito flagrante se procedió a su aprehensión. El juzgador analiza además el testimonio del acusado, quién en la audiencia reconoció que la droga fue encontrada en su poder, afirmando ser un dependiente. Que la prueba descrita y valorada en su conjunto, le permiten a la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, llegar a la convicción de que el recurrente adecuó su conducta a lo previsto en los Arts. 38 y 62 de la nueva codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, pues el acusado fue aprehendido en delito flagrante cuando estuvo en posesión y tenencia ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sujetas a fiscalización. Que en cuanto a las alegaciones del recurrente, en el sentido de que el juzgador no consideró su

testimonio como medio de defensa y de prueba a su favor, así como la afirmación de que no se consideró su condición de enfermo, del texto de la sentencia se advierte que la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Cuenca si analiza el testimonio del acusado en conjunto con las demás pruebas incorporadas a juicio, las mismas que cumplen con los principios de oralidad, inmediación y contradicción, llegando a establecer que la existencia del acto antijurídico se halla comprobado, así como su responsabilidad, pues éste fue aprehendido en delito flagrante, encontrándose en su cuerpo la droga incautada, tanto más cuanto que al rendir su testimonio así lo confirma. Que por otro lado el examen psicosomático practicado al acusado, establece con claridad que la cantidad de droga encontrada en su poder es excesiva para su consumo inmediato, por lo que las alegaciones del recurrente carecen de fundamento legal; tanto más que el hecho de que sea dependiente de un estupefaciente, no obsta para que también de un fin ilícito a la droga, en la forma y en las circunstancias en las que le fueron aprehendidas. Que según su criterio la Sala debe rechazar el recurso de casación interpuesto, pues no se ha comprobado que al dictar sentencia se violó las normas constitucionales y legales puntualizadas el escrito de fundamentación del recurrente. TERCERO.- Con la finalidad de establecer si proceden o no las imputaciones que el recurrente formula a la sentencia, la Sala procede a efectuar un detallado y minucioso estudio del fallo que pronuncia el Primer Tribunal Penal del Azuay, del acta resumen de la audiencia y de los documentos incorporados y judicializados en la audiencia, así como del fallo que pronuncia la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, y establece: 1.- Que en el considerando segundo dejan constancia los juzgadores de segundo nivel, que en la audiencia de juzgamiento ante el Tribunal Penal, se ha probado suficientemente y conforme a derecho la existencia de la infracción, con los testimonios de la doctora Mónica Arpi, que ratifica en su informe pericial presentado en la etapa de instrucción y que obra a fs. 50 del cuaderno de primera instancia, en la que afirma que la muestra obtenida de la droga incautada corresponde a marihuana o cánnabis y el testimonio del perito doctor Giovanni Palacios Guerrero, médico del CONSEP del Austro, que se ratifica en su informe que consta a fs. 41 a 45 de los autos, en el que manifiesta que la cantidad de droga encontrada en poder del acusado es excesiva para su consumo inmediato. Al revisar el informe de fs. 41 a 45, se aprecia que éste se encuentra en el formato del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, CONSEP, peritaje psicosomático N° 11609 que corresponde a Román Paúl Saltos Pugo; y, en la parte que se lee MOTIVO DE PERITAJE; dice: “examen psicosomático estricto para drogas controladas según Ley 108 y su reglamento”, en el número 3 del formato dice: “ENFERMEDAD ACTUAL”; y, en las líneas que siguen se ha escrito: “El examinado refiere que a los 15 años inicia inhalando solución tipo pega de zapatero, con síntomas de borrachera y alucinaciones visuales, pero dejó porque no le gusta el vuelo porque era muy escandaloso por el fuerte olor que despedía, que luego a los 16 años inicia fumando marihuana por curiosidad, con fantasía deseada con síntomas positivos de ojos rojos y achinados, con inyección subconjuntival de color rojo, al inicio fumaba tres veces al día para luego ir subiéndolo su consumo hasta llegar entre 12 a 15 grifos en el día, generalmente dura poco período de tiempo por lo que arma en papel de cigarrillo full y coloca una buena porción de la droga, es decir marihuana y arma para fumarlos, en los

diferentes períodos del día y la noche, refiere que la droga le ayuda a ponerse bien para su trabajo y además consigue que le dé hambre y sed, por lo que se alimenta 4 a 5 veces en el día dice que la droga compra en diferentes partes, pero más frecuentemente en la feria libre, en 30 dólares el paquete base de cocaína desde los 25 años, 3 diarios con síntomas positivos de vuelos de media hora, con gran nerviosismo, con síndrome de persecución, parece que todo el mundo le ve, por lo que tiene que refugiarse en zonal (sic) alejadas, no refiere haber usado pastillas, éxtasis, san pedro, natén gasolina, ácidos y disolventes ni lacas de pintura. Refiere que desde los 15 años ingirió alcohol y que no ha probado desde hace 3 años a la fecha por una promesa cuando nació su hija, nicotina desde los 15 años, generalmente Lara 1 a 2 diarios”. En el número 12 del formato donde dice “DIAGNOSTICO”, se ha escrito: “Personalidad mixta, además del consumo de sustancias controladas el sujeto examinado, puede utilizar esta droga con otros fines”. En el número 13 del formato se lee: “SI LA CANTIDAD DE DROGA INCAUTADA ES SUFICIENTE O EXCESIVA PARA EL CONSUMO INMEDIATO DEL EXAMINADO”, se observa que consta escrito: “Excesiva para el consumo inmediato del examinada, (sic), según PIPH”. En el número 14 del formato se lee: “PRONOSTICO”, y en las líneas en blanco se ha escrito: “Mixto, es decir que si el sujeto recibe tratamiento como farmacodependiente no se puede asegurar su rehabilitación, ya que solo un porcentaje de farmacodependientes se rehabilita completamente, pudiendo quedar rasgos de su impregnación crónica. En cuanto a lo jurídico serán las instancias pertinentes las que demarcarán su pronóstico”; y, finalmente en el número 15, se ha escrito: “CRITERIO TERAPEUTICO DEL PERITO: (Si el tratamiento debe ser ambulatorio o con internamiento hospitalario)”; y, el perito escribe: “Mixto, está en relación con las actuaciones desde el punto de vista biológico, psicológico, social, y desde el punto de vista de su entorno familiar y laboral, así como por otro lado de su situación jurídica actual”. 2.- En el mismo considerando segundo al que nos referimos en el numeral que antecede, se encuentra que los juzgadores examinan y valoran los testimonios presentados en la audiencia por parte del Policía Wilson Fernando Narváez, autor del parte policial que sirve como antecedente para la iniciación del proceso, que se ratifica en el mismo que refiere que por información reservada se tuvo conocimiento que en las calles A. General Escandón y calle Víctor Manuel Albornoz, sector del Arrenal, un individuo se dedicaba al expendio de droga por lo cual se procedió a realizar las respectivas operaciones básicas de inteligencia, se pudo detectar a un ciudadano que se encontraba en actitud sospechosa por lo cual procedimos a llamarle la atención identificándonos como agentes antinarcóticos, realizándole un registro minucioso al ciudadano de nombre Santos Pugo Paúl Román, encontrando en sus partes íntimas una envoltura de papel periódico, conteniendo en su interior una sustancia vegetal, color verde, presumiblemente marihuana, con un peso bruto de 206,2 gramos y el testimonio del acusado quién reconoce explícitamente que la droga incautada fue encontrada en su poder para su consumo ya que dice ser un dependiente, situación que debe ser calificada previo peritaje practicado por los médicos legistas del CONSEP acorde a lo establecido en el Art. 63 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, peritos que tendrán en cuenta “la naturaleza y la cantidad de las sustancias que han producido la dependencia, el grado de ella y el nivel de tolerancia que hagan **indispensable la dosis poseída** y la historia clínica del afectado, si la

hubiere” (lo resaltado en negrita es nuestro); y, precisamente, el perito que realizó el examen psicosomático establece que la droga encontrada en su poder es excesiva para su consumo inmediato; y, además, en el punto 12.1 del informe del peritaje psicosomático realizado al acusado, en la parte que corresponde al diagnóstico se lee: “personalidad mixta, además del consumo de sustancias controladas el sujeto examinado puede utilizar esta droga con otros fines”. Ante tales circunstancias, los juzgadores, soberanos en la apreciación y valoración de la prueba, con el único límite de hacerla con apego a las reglas de la sana crítica, declaran con convicción y certeza que el acusado encasilla su actuar, con toda precisión en lo previsto en los Arts. 38 y 62 de la nueva codificación de la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial 490-S, de 27 de diciembre del 2004 y en la parte resolutive la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Cuenca modifican la invocación que el Tribunal Penal hace del Art. 64 por el Art. 62 de la Ley Especial de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, ley inexistente; pues la codificación publicada en el Registro Oficial a la que aluden los juzgadores contiene la publicación de la Codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y por lo tanto han cometido un lapsus lamentable. En consecuencia, coincidiendo con el criterio del Ministerio Público, no se observa en la sentencia recurrida violación alguna de las normas constitucionales y legales invocadas por el recurrente, por lo que, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala rechaza por improcedente el recurso de casación interpuesto y dispone remitir el proceso al Tribunal Penal de origen para los fines legales consiguientes. Notifíquese.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 16 de noviembre del 2007.- Certifico: f.) El Secretario Relator.

No. 58-2005

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

Quito, 7 de junio del 2007; a las 11h00.

VISTOS: El acusado Ing. Luis Alberto Sucre Robinsón presenta recurso de revisión de la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en fecha 11 de noviembre del 2003, la misma que declara

improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado, del fallo dictado, a su vez, por la Corte Superior de Latacunga que le impone la pena modificada de seis meses de prisión correccional, por considerarlo autor del delito de peculado, tipificado y sancionado por el tercer artículo innumerado añadido al Art. 257 del Código Penal. 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. 365 del Código de Procedimiento Penal. 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 Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica de la Función 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 pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO: FUNDAMENTACION DE LA REVISION.- El recurrente de fojas 2319 a 2327 fundamenta el recurso de revisión en el Art. 360, numerales 3, 4 y 6 del Código de Procedimiento Penal, agregando que la sentencia se ha dictado en base de informes falsos tanto de la Contraloría General del Estado, así como de los informes periciales, que se ha demostrado la no existencia del delito de peculado imputado al infrascrito, así como no se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito al que se refiere la sentencia. CUARTO: DICTAMEN FISCAL.- La señora Ministra Fiscal interviniente, al contestar la fundamentación del recurso realizada por el recurrente, manifiesta: 1.- Que dentro del término de prueba abierto a fs. 8 a 6 del cuaderno de la Sala, el recurrente solicita como prueba que se reproduzcan y se observen piezas procesales, las cuales constan ya del expediente, incumpliendo con la presentación de nueva prueba con el objeto de justificar el error de hecho de la sentencia impugnada referentes a los numerales 3 y 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal. Sobre la causal 6 del mentado Art. 360 del mismo cuerpo de leyes, cabe mencionar que el Presidente subrogante de la H. Corte Superior de Latacunga, en el considerando segundo, declara que la existencia del delito, se encuentra demostrada con las pruebas allí precisadas, las mismas que se las realizó conforme a las normas adjetivas vigentes. 2. El Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, en su parte final dispone “**excepto el último caso, la revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada**”, significa entonces que el recurrente estaba obligado a probar los hechos o indicios falsos que llevaron al Tribunal Penal a dictar la sentencia condenatoria; pero en este caso, nada de lo expuesto en su alegato, enervan ninguno de los fundamentos de la sentencia, ni prueba la inocencia del acusado, menos aún que ésta se haya sustentado en documentos o testigos falsos o informes periciales maliciosos o errados. Razón por la cual, el Ministerio Fiscal considera que no procede el recurso de revisión interpuesto por el Ing. Luis Alberto Sucre Robinsón. QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.- La Sala hace presente que el recurso de revisión es de carácter extraordinario, taxativamente sólo por las

causales señaladas en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, que es viable de sentencia condenatoria ejecutoriada, su aceptación depende de nuevas pruebas, no de un reexamen de las ocurridas en el proceso, excepción de la evidencia de no haberse comprobado la existencia del delito a que se refiere la sentencia. En el caso, el recurrente no ha presentado nuevas pruebas que demuestren que la sentencia se haya dictado en virtud de documentos o testigos falsos o informes periciales maliciosos o errados, pues no hay constancia de tales hechos en esta etapa y por lo tanto no se puede establecer los actos equívocos que induzcan a la certeza de la falsedad, malicia o error. 2.- Todos los argumentos que de manera reiterativa hace el recurrente, se refieren a las aportaciones procesales que fueron oportunamente analizados por el juzgador, quien en su debida oportunidad llegó a la certeza de la materialidad de la infracción, así como a la convicción de la responsabilidad penal de los imputados. No cabe entonces que, esta Sala, vía recurso de revisión, haga un análisis sobre las constancias procesales que ya fueron examinadas en el respectivo momento procesal. SEXTO: RESOLUCION.- Por las consideraciones expuestas, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, acogiendo el dictamen fiscal y de conformidad con la segunda parte del Art. 367 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de revisión interpuesto por el Ing. Luis Alberto Sucre Robinsón, disponiendo que el proceso se devuelva inmediatamente al Tribunal de origen. Notifíquese y publíquese.

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

Certifico: Que las tres (3) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

f) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 169-2005

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

Quito, 22 de junio del 2007; a las 10h00.

VISTOS.- El Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha ha dictado la sentencia condenatoria de 7 de enero del 2005 mediante la cual impone al acusado Arturo Antonio Arteaga Arteaga en condición de autor responsable la pena de 16 años de reclusión mayor extraordinaria con deducción del tiempo que haya permanecido en detención por esta causa, más las costas, daños y perjuicios, aludiendo que se ha demostrado conforme a derecho la existencia de la infracción tipificada y reprimida por los Arts. 512 numeral 1) y 513 del Código Penal, así como la responsabilidad penal mediante prueba testifical, pericial y locativa que ha sido evacuada durante la sustanciación y en la audiencia

pública de juzgamiento, agregando que se ha configurado la circunstancia agravante no constitutiva ni modificatoria del delito, la cual aumenta la malicia del acto y la peligrosidad de su autor toda vez que el hecho punible lo ejecutó por la noche y abusando de la amistad y confianza dispensada por el menor José Luis Martínez Silva, según expresa.- Para resolver el recurso de casación interpuesto oportunamente por el acusado Arturo Antonio Arteaga Arteaga con su escrito de fojas 200 del cuaderno de primer nivel, considérase: PRIMERO.- Esta Tercera Sala 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 a la Ley Orgánica de la Función Judicial, y por el sorteo de ley respectivo. SEGUNDO.- En la sustanciación de este enjuiciamiento penal han sido observadas las normas previstas por el Código de Procedimiento Penal en vigencia, sin que se advierta omisión de solemnidad sustancial alguna, en cuya virtud se declara la validez procesal. TERCERO.- La doctora Daniela Camacho Herold como Fiscal Penal de Pichincha ha dictado la providencia de 12 de enero de 2004, fojas 2 del cuaderno de primer nivel, expresando que del parte de aprehensión o captura por delito flagrante de Arturo Antonio Arteaga Arteaga, suscrito por el Capitán Carlos Cadena con el número 359-2004-PJP de 10 de enero de 2004, se desprende que encontrándose de patrullaje por las calles Carlos Freire y Matilde Alvarez S32-114 de esta ciudad, moradores de ese sector le han indicado que en el interior se encontraba el causante de violación al menor José Luis Martínez Silva de 11 años de edad, acto que se había producido minutos antes de las 00h45, aprehendiendo al prenombrado Arturo Arteaga quien en primer momento ha reconocido haber mantenido una relación sexual con el menor Luis Martínez aduciendo que este menor había aceptado, por lo cual ha sido trasladado a la Policía Judicial. Que Norma Jacqueline León Silva domiciliada en Chillogallo calles Carlos Freire y Matilde Alvarez, ha denunciado que su hermano Luis Martínez Silva de 11 años de edad salió a eso de las 20h50 para realizar sus deberes en casa de Arturo Antonio Arteaga Arteaga quien le ha convencido para que se quede a dormir en esa casa y ha procedido a violarle. Arteaga se ha quedado dormido aprovechando Luis Martínez para salir hacia su casa donde ha despertado a la denunciante con el propósito de contarle lo sucedido, determinándose así el delito de violación que imputa a Arturo Antonio Arteaga Arteaga domiciliado en las calles Carlos Freire y Matilde Alvarez S32-114 de Quito, por cuyas razones ha resuelto dar por iniciada la etapa de instrucción fiscal, ha dispuesto la práctica de algunas diligencias y ha solicitado que el Juez ordene la prisión preventiva del imputado.- El Juzgado Noveno de lo Penal de Pichincha en auto de 15 de enero de 2004 avoca conocimiento de la instrucción fiscal, ordena la prisión preventiva de Arturo Antonio Arteaga Arteaga y efectúa una relación sucinta de los hechos, para concluir señalando que se trata de un ilícito tipificado por el Código Penal. CUARTO.- La existencia material de la infracción en la forma prevista por los Arts. 79, 83 y 250 del Código Adjetivo Penal, ha sido verificada por el representante del Ministerio Público (Fiscal), Juzgado Noveno de lo Penal y Tribunal Primero Penal de Pichincha con las siguientes diligencias: a) Reconocimiento médico legal, fojas 14 a 19 y 114 a 147, en cuyo informe médico legista el perito doctor Benito Estancio Estancio asevera que José Luis

Martínez Silva menor de aproximadamente 11 años, ha sufrido agresión de tipo rectal a cuya consecuencia presenta lesiones "...en la región anal son provenientes de la penetración de un cuerpo vulnerante duro por vía anal"., b) Examen psicológico de José Luis Martínez Silva, fojas 139 a 141 con intervención de la psicóloga clínica doctora Natacha Villacreses quien en las conclusiones del informe respectivo manifiesta que dicho menor "...presenta una depresión marcada, combinada con dificultades en su conducta, a consecuencia de la agresión sexual que fue víctima", recomendando psicoterapia individual y familiar, apoyo emocional y adoptivo de sus entornos sociales; c) Reconocimiento del lugar de los hechos, fojas 62 a 63, 67 a 71, 159 e informe de fojas 163 a 167, en el cual los peritos Ab. Edgar Fraga y Cabo Vinicio Falcón concluyen que dicho lugar se encuentra ubicado en la parroquia Chillogallo, Av. Carlos Freire No. S32-110 y Matilde Alvarez esquina, donde funciona el local de "Pollos al Carbón Coco Rico"; y, diligencia de valoración psicológica de Arturo Antonio Arteaga Arteaga, fojas 157 a 158, practicada por el psicólogo forense del departamento médico legal del Ministerio Público, doctor Italo Fernando Rojas, en la persona de Arturo Antonio Arteaga Arteaga quien presenta un cuadro de malestar emocional, "Niega terminantemente haber tenido relaciones con dicho niño," y es "Un joven con desarrollo primitivo y deficiente de su personalidad..." que requiere de apoyo emocional e inserción laboral.- QUINTO.- Del parte de aprehensión que corre a fojas 113 y en copia certificada a fojas 135 del cuaderno de primera instancia, se observa que Arturo Antonio Arteaga Arteaga fue detenido el 10 de enero de 2004 a las 00h45 en las calles Carlos Freire y Matilde Alvarez S32-114 de esta ciudad, donde "...se había producido minutos antes..." la violación "...al menor José Luis Martínez Silva de 11 años de edad", refiriendo el informante Carlos Cadena en su calidad de Capitán de la Policía que el prenombrado Arteaga "...en primera instancia acepta haber mantenido una relación sexual con el menor Luis Martínez, aduciendo que el menor había aceptado, por lo cual fue trasladado a la Policía Judicial...", según consta de modo textual en dicho instrumento, circunstancias que le han conducido a considerar en ese momento que se trataba de un delito flagrante puesto que ha sido detenido minutos después de cometido. Esta peculiaridad que no ha sido tomada en cuenta por el Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha, no comporta ninguna evaluación nueva de la prueba actuada, tanto más si no se puede empeorar la situación jurídica del procesado por ser el único recurrente.- El indicado parte de aprehensión está corroborado por los testimonios propios que han rendido durante la audiencia pública de juzgamiento, fojas 196, el Dr. Segundo Benito Estacio Estacio en calidad de perito médico legista, quien examinó al menor José Luis Martínez Silva y ratifica el contenido del informe médico legal anteriormente puntualizado. La Dra. Natacha Villacreses Villalba quien igualmente examinó al prenombrado menor y presentó el informe de carácter psicológico, destacando que la víctima adolecía de un alto nivel de depresión, sentimientos de temores y miedos, sentimientos pasivos y defensivos, sensación de insuficiencia y desadaptación, tensión interna, desconfianza, etc., etc., a consecuencia de la agresión sexual. El psicólogo jurídico Dr. Italo Rojas Cueva examinó al inculpado Arturo Antonio Arteaga Arteaga quien ha negado haber incurrido en el abuso sexual que se le imputa, apreciando en ello un mecanismo de negación de la realidad, para terminar ratificando el contenido de su

informe; y, el testimonio del Ab. Edgar Fraga quien ha manifestado que presentó con el Cabo Segundo de Policía el técnico especialista Vinicio Falcón, el informe No. 780-DSP del 5 de marzo del 2004 que se refiere al reconocimiento pericial del lugar de los hechos, señalando que el lugar donde se ha cometido la infracción está ubicado en la parroquia Chillogallo, Av. Carlos Freire No. S32-110 y Matilde Alvarez, esquina donde funciona "Pollos al Carbón Coco Rico". SEXTO.- Los hechos y circunstancias determinados en los considerandos anteriores, guardan conformidad y uniformidad con aquellos que contiene la instrucción fiscal, a tal punto que de todas ellas se establece la dualidad legal que requiere el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal para contar con la certeza de haberse probado la existencia del delito y que el procesado es responsable del mismo, esto es, Arturo Antonio Arteaga Arteaga efectivamente se encuentra incurso como autor de la infracción que tipifica el Art. 512 numeral 1 del Código Sustantivo Penal y reprime la reforma al Art. 513 del mismo código que fuera promulgada con el Registro Oficial No. 422 de 28 de septiembre del 2001 la cual es contentiva de la Ley 2001-47. De esta manera se concluye que el Tribunal Primero de lo Penal no ha incurrido en error al haber aplicado la ley que corresponde al delito tipificado como violación o acceso carnal en la persona de José Luis Martínez Silva menor de 14 años de edad a la fecha de la comisión del delito según la partida de nacimiento que obra a fojas 150.- Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de acuerdo con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Arturo Antonio Arteaga Arteaga.- Devuélvase el proceso para la ejecución del fallo.- Notifíquese y publíquese.

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

Certifico: Que las cinco (5) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

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

No. 188-2005

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

Quito, 28 de mayo del 2007; a las 15h30.

VISTOS: El sentenciado David Ricardo Garzón Garzón ha propuesto el recurso de revisión que obra de fojas 216 a 220 expresando que lo hace de acuerdo con el Art. 385 numerales 4, 5 y 7 del Código de Procedimiento Penal, edición 1983, por cuanto "...no se han seguido las normativas del debido proceso, no se ha valorado correctamente las pruebas de descargo y la sentencia se ha dictado en virtud de documentos y testigos falsos...", en cuya virtud considera que él no es culpable del delito, según

expresa.- Para resolver, considérase: PRIMERO.- La competencia de la Sala para conocer y resolver el recurso de revisión propuesto, 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 N° 26 de 26 de mayo del 2005, en concordancia con la resolución de la Corte Suprema de Justicia promulgada en el Registro Oficial N° 183 de 9 de enero del 2006, y en razón de la designación efectuada por el pleno de la Corte Suprema el 21 de noviembre del 2006.- SEGUNDO.- Como el recurrente afirma que se ampara en el Art. 385 numerales 4, 5 y 7 del Código Adjetivo Penal anterior, es necesario puntualizar que el mentado recurso lo ha planteado el 28 de diciembre del 2004 cuando estaba y está en vigencia el Código de Procedimiento Penal que fue publicado en el Registro Oficial N° 360 de 13 de enero del 2000 y entró en pleno vigor desde el 13 de julio del 2001. Ello significa que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir, según enseña el Art. 7 regla 20ª del Código Sustantivo Civil, agregándose que el propio imputado se acoge a “las normativas del debido proceso”, principio este que se encuentra previsto por el cuerpo de leyes últimamente citado y por la Constitución Política de la República en su Art. 24 numerales 1, 2 y 3.- TERCERO.- Durante el término de prueba David Garzón Garzón ha limitado su actuación procesal a la presentación oportuna del escrito que obra de fojas 6 a 8 del expediente formado en la Sala, en el cual solicita una serie de diligencias que no las ha llegado a evacuar sino únicamente la relacionada con el oficio enviado al Banco del Pichincha S. A. sucursal norte para los propósitos que determina en el acápite II. La contestación se encuentra a fojas 19 y 20, señalando la funcionaria competente que los titulares de la cuenta corriente N° 2493807 son Eduardo Avelino Loachamín Sanguna con cédula 1709528770 y David Ricardo Garzón Garzón con cédula de identidad N° 1709780553, lo cual significa obviamente que ambos debían y podían girar los cheques contra dicha cuenta; añade que el banco entregó a David Ricardo Garzón un libretín con trescientos cheques y que el cheque N° 116274 pertenece a la indicada cuenta corriente, cheque cuyo original corre a fojas 2 del cuaderno de primer nivel.- CUARTO.- El recurso intentado no ha sido probado mediante nuevos hechos ni nuevas pruebas que sustenten las numerosas alegaciones teóricas que contiene; por lo mismo, la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto de lo Penal de Pichincha ha permanecido incólume en cuanto dice relación a la existencia de la infracción y grado de responsabilidad penal.- 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 (Art. 390 del código anterior), la Sala declara que el recurso de revisión propuesto por David Garzón Garzón es improcedente y se manda a que el proceso sea devuelto al Tribunal de origen. Notifíquese y publíquese.

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

Certifico: Que las dos (2) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

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

No. 653-2005

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

Quito, 7 de junio del 2007; las 11h00.

VISTOS: El sentenciado Angel Bienvenido Delgado Delgado, presenta recurso de casación contra la sentencia pronunciada el 8 de marzo del 2005 a las 09h00, por el Segundo Tribunal Penal de Manabí, mediante la cual se le impone la pena de doce años de reclusión mayor, por considerarlo autor responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 449 del Código Penal. 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 a 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.- Mediante auto resolutivo de fecha 25 de noviembre del 2004, el Juez Décimo Sexto de lo Penal de Manabí, dispuso llamar a juicio a Angel Bienvenido Delgado Delgado, contra quien se determinó presunciones graves de responsabilidad penal por el delito de homicidio simple, tipificado y sancionado en el Art. 449 del Código Penal, confirmando la prisión preventiva y transformándola en detención en firme. 3.- Posteriormente, en fecha 8 de marzo del 2005, el Segundo Tribunal Penal de Manabí, judicatura en que se radicó la competencia del presente juicio, dictó sentencia condenatoria en contra de Angel Bienvenido Delgado Delgado, como autor del delito de homicidio simple en la persona del ciudadano Angel Freddy Delgado Cedeño, conforme lo establece el Art. 449 del Código Penal, imponiéndole la pena de doce años de reclusión mayor, sentencia de la que el reo interpone recurso de casación. CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- El recurrente alega que la sentencia dictada en su contra, viola la ley por haberse hecho una falsa aplicación de la misma, por cuanto se le condenó con aplicación del Art. 449 del Código Penal, cuando lo justo, legal y procedente es la aplicación del Art. 459 del mismo Código Penal; ya que de la prueba testimonial consignada en el considerando tercero, y pese a que los declarantes son familiares y parientes del fallecido, no existe testimonio alguno que le impute haber tenido alguna enemistad y motivo para causarle la muerte; que en ningún momento ha

disparado directamente o de manera deliberada contra la humanidad de quien en vida fue Angel Freddy Delgado Cedeño, que todo fue producto de un acto accidental no previsto por su persona, es decir, por falta de precaución, debido a que cuando se iba cayendo, al dar un traspié, se le disparó el arma, con la misma que momentos antes había realizado disparos al aire; que en definitiva, al no haberse justificado la intención de causar la muerte, el Tribunal debió sentenciarle con aplicación de lo preceptuado en el Art. 459 del Código Penal y al no hacerlo, ha violado la ley en la sentencia. QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- La señora Ministra Fiscal interviniente, al contestar la fundamentación del recurso de casación realizada por el recurrente, manifiesta: 1.- Que el Segundo Tribunal Penal de Manabí, ha declarado que se encuentra comprobada la existencia material de la infracción con los actos precisados en el considerando tercero del fallo. Que en cuanto se refiere a la responsabilidad del acusado, el juzgador ha consignado su análisis jurídico objetivo, en el acápite cuarto de la sentencia, del que se establece que el Tribunal luego de valorar la prueba, descarta la tesis de homicidio inintencional esgrimida por la defensa, considerando que la misma no guarda armonía con los hechos y circunstancias debidamente justificados, principalmente con los testimonios presenciales que dan cuenta de la intencionalidad del acusado al momento de disparar contra su víctima, lo cual determina y da al juzgador la certeza, sobre la culpabilidad del acusado en el cometimiento del delito. 2. Que el hecho acusado corresponde al delito de homicidio intencional, tipificado en el Art. 449 del Código Penal, de quien en vida respondió a los nombres de Angel Freddy Delgado Cedeño; por lo que, al haber el Tribunal Penal, sancionado al acusado, como autor responsable del delito tipificado en el Art. 449 del Código Penal, no ha violado la ley por ninguna de las formas señaladas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. En el caso en examen dice la Ministra, se advierte que en la alegación, si bien señala normas legales que dice violadas, no existen argumentos valederos expuestos por el recurrente, no hay referencia a error legal que autoriza el recurso de casación, desconociéndose por tanto los fundamentos que viabilicen este recurso. El recurrente, se limita a realizar un análisis valorativo de la prueba, desde su particular punto de vista, para concluir sugiriendo se cambie la tipificación del delito sancionado en la sentencia por otro de menor pena, lo cual vuelve improcedente el recurso. 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 en 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.- En el presente caso, el hecho que se imputa a Angel Bienvenido Delgado Delgado, de que él fue el responsable del disparo que cegó la vida de Angel Freddy Delgado Cedeño, no está en discusión alguna, pues únicamente cabe determinar si aquel disparo fue un acto inintencional conforme expresa el recurrente, o, si fue realizado con conciencia y voluntad, como se dice en la sentencia. Para este efecto, es necesario hacer las siguientes precisiones: a) Según todos los testigos presenciales que hizo comparecer el acusador particular, en la audiencia de juzgamiento, son coherentes en precisar que el día 6 de diciembre del 2003, en circunstancias que se desarrollaba una fiesta quinceañera en el sitio San Felipe, parroquia La Unión del cantón Santa Ana, provincia de Manabí, a eso de las 21h00, aproximadamente, luego de que terminó la presentación de la homenajada, el imputado Angel Bienvenido Delgado Delgado, ha realizado varios disparos al aire, lo que dio origen a que el ahora occiso Angel Freddy Delgado Cedeño, le reclame por este proceder ya que los niños estaban asustados, a lo que aquél le ha respondido que ya se va pero que antes **"le iba a meter un tiro en la cabeza"**, por lo que al darse media vuelta para proseguir en la fiesta, Angel Bienvenido Delgado Delgado, ha aprovechado para desarrajarle a Delgado Cedeño, un tiro en la cabeza, a poca distancia, lo que virtualmente le sacó los ojos, para acto seguido salir con el arma en la mano; b) De otra parte, los testigos del imputado Iralda Irene Delgado Mendoza y Salvador Leonidas Vines Vines, conforme expresa el Tribunal interviniente, no han aportado datos lógicos y coherentes que sirvan para afianzar la tesis del imputado quien alega que únicamente es **"responsable de homicidio inintencional"**, en razón de que, según expresa, el arma se disparó accidentalmente, en momentos que se produjo un resbalón e iba cayendo. Al respecto es imprescindible hacer notorio el testimonio rendido en la audiencia de juzgamiento por parte del Dr. Guido Tarcicio Ramón Navarrete Salto, médico que practicó la autopsia de quien en vida fue Angel Freddy Delgado Cedeño y el que entre otras cosas manifiesta que **"la bala entró por la parte del pabellón en el hueso temporal (izquierdo) saliendo por el ojo"**; es decir, que la bala tenía una trayectoria paralela de izquierda a derecha y a la pregunta del abogado acusador de que... si se produce el disparo desde el suelo podría provocar esta situación?... el médico responde: **"que no, que eso es ilógico; es decir, que es imposible que la trayectoria de abajo hacia arriba pueda impactar en la cabeza"**, todo lo cual desvirtúa de manera incontestable de que el homicidio cometido en la persona de Angel Freddy Delgado Cedeño, pudiera ser inintencional, ya que todos los actos realizados por el imputado tenían la finalidad de quitarle la vida a éste, sin que por cierto haya habido premeditación, ni las demás agravantes propias del asesinato. SEPTIMO: RESOLUCION.- Por las consideraciones 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 con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, rechaza por improcedente el recurso de casación interpuesto por Angel Bienvenido Delgado Delgado y ordena devolver el proceso al inferior para que ejecute la sentencia. Notifíquese y publíquese.

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

Certifico: Que las cuatro (4) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

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

No. 133-2006

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

Quito, 8 de junio 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 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 7 de diciembre del 2005, publicada en el Registro Oficial No. 183 del 9 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.- Carlos Mesías Castro Rosero interpuso dentro de término el recurso de casación de la sentencia pronunciada por el Tribunal Segundo de lo Penal de Tungurahua el 19 de octubre del 2005, a las 11h00, que le impone la pena de doce años de reclusión mayor ordinaria en calidad de autor responsable de la violación sexual a Vanesa Estefanía Paucar Chamorro, menor de doce años de edad a la fecha del ilícito, sustentando el fallo en los artículos 512 numeral 1 y 513 del Código Penal reformado por Ley 2001-47 que se publica en el Registro Oficial No. 422 de 28 de septiembre del 2001, aplicando al caso el artículo 514 ibídem porque los juzgadores aducen que la víctima ha sufrido una grave perturbación en su salud. Concedido el recurso y sorteada la causa, su conocimiento correspondió a esta Sala, competente por lo mismo para conocer y resolver la casación. CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- En cumplimiento a lo que disponen los artículos 352 y 353 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente ha fundamentado el recurso de casación en escrito que se agrega al cuaderno de la Sala en el que manifiesta que el Tribunal Penal aplicó falsamente los artículos 512 numeral 1 y 513 del Código Penal, tampoco observó lo dispuesto en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal porque de lo contrario por no existir motivación ni certeza sobre su responsabilidad debía ser absuelto, por cuanto el delito no lo cometió el recurrente

sino una persona llamada Henry Silva; tampoco se aplicó a su favor el principio in dubio pro reo que permita su absolución de conformidad con el artículo 4 del Código Penal que no fue tomado en cuenta. Alega también que el Tribunal Penal obró en abierta contradicción con el artículo 24 numeral 13 de la Constitución Política, porque no es motivación aceptar pruebas que carecen de eficacia probatoria vulnerando las garantías constitucionales establecidas en el artículo 24 numeral 5 de la Carta Magna en concordancia con el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal.- QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- El Ministro Fiscal General del Estado contestó el traslado que le corrió con el escrito de fundamentación, al tenor de lo dispuesto por el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal, expresando en el dictamen que examinada la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de lo Penal de Tungurahua encuentra justificado que la víctima tenía menos de 12 años a la fecha del delito, nacida el 12 de abril de 1993, habiéndose conocido el acto punible por denuncia tanto de la Directora de la Escuela Eduardo Mera de Ambato donde estudia la ofendida así como de la tía política María Concepción Chamorro Pazmiño; agrega también que ante dicho Tribunal han prestado sus testimonios la Dra. Maura Dolores Villagómez que realizó el reconocimiento médico-ginecológico de la menor sosteniendo en su informe que la examinada presenta desgarro de membrana himeneal y una excoriación superficial de un centímetro de longitud a nivel de periné; conclusiones que ratifica en la etapa del juicio con lo que se comprueba la existencia del delito de violación sexual. Así mismo alude a los testimonios que han rendido la directora de la escuela Bélgica Cumandá Morales Machado donde estudia la víctima y la profesora Carmen Yolanda Ramos Duarte, quienes son unánimes en expresar que Vanesa Estefanía Paucar Chamorro se presentó ante ellas desesperada y llorando contándoles que su padrastro Carlos Castro desde pequeña le abusa sexualmente, por lo que no quería regresar a la casa, ante lo cual la condujeron a la Dinapen.- En el mismo sentido ha testimoniado el psicólogo Dr. Paúl Marlon Mayorga Lascano quien entrevistó a la ofendida, circunstancia en la que le refirió que fue violada por su padrastro Carlos Castro Rosero. En el dictamen fiscal también se hace referencia al testimonio que ha rendido el acusado ante el Tribunal Penal, negando toda responsabilidad y atribuyendo la autoría de la violación a Henry Silva, que es un niño primo de la menor y de su misma edad.- En ese mismo sentido, y contradiciendo sus versiones sostenidas ante algunas personas, la menor ha negado que su padrastro sea el culpable de la violación y coincidiendo con la declaración de este último señala a su primo ser el causante del acto, ocurrido en el pueblo Puñiagra de Facundo Vela en circunstancias que jugaban al papá y la mamá.- Concluye el Ministro Fiscal General señalando que en los delitos sexuales el criterio de apreciación de la prueba es mucho más amplio porque se considera que “nunca existirá prueba directa, testigos presenciales u otra clase de medios de convicción”.- Por lo que pide a la Sala rechazar por improcedente el recurso de casación.- SEXTO: ANALISIS DE LA SALA Y RESOLUCION.- 1).- El recurrente ha expresado que el Tribunal Segundo de lo Penal de Tungurahua en la sentencia aplicó falsamente los artículos 512 numeral 1 y 513 del Código Penal así como el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, pues habiéndose establecido que el responsable de la violación de la menor fue su primo Henry Silva, sin embargo se le condenó cuando lo procedente era dictar el fallo absolutorio. Agrega

también que la sentencia contraviene lo dispuesto por el artículo 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República por cuanto la falta la motivación al aceptar pruebas que carecen de eficacia jurídica y vulnerar la garantía constitucional establecida en el artículo 24 numerales 2 y 5 ibídem en concordancia con el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal. Tampoco el Tribunal Penal ha aplicado en su favor el artículo 4 del Código Penal que instituye el principio in dubio pro reo, aparte de que no ha observado en el fallo el contenido del artículo 304-A del Código Procesal Penal debido a que en el proceso no se comprobó con certeza su responsabilidad penal o por lo menos existe duda sobre ello, por lo cual debía dictar sentencia absolutoria.- 2).- El recurrente no objeta la existencia material del delito de violación sexual, que por la edad de la víctima se encuadra en el artículo 512 numeral 1 sancionado conforme el artículo 513, ambos del Código Penal a la pena de reclusión mayor extraordinaria de 12 a 16 años; esta última disposición fue sustituida mediante Ley 2001-47, promulgado en el Registro Oficial No. 422 de 28 de septiembre del 2001 vigente a la época en que se perpetró el ilícito.- 3).- De acuerdo con la prueba testimonial y pericial examinada en el fallo del Tribunal Penal, receptada durante la audiencia reservada de juzgamiento se concluye que los juzgadores llegaron a la certeza de que Carlos Mesías Castro Rosero es el autor responsable del delito; en consecuencia, descartada la inocencia del recurrente, sobre todo porque no está probada de manera plena la participación delictiva del supuesto violador Henry Silva, aseveración sostenida sin fundamento por la ofendida y su padrastro, los juzgadores estaban obligados a pronunciar sentencia condenatoria. Esta resolución se encuentra motivada por lo que no existe violación de las normas constitucionales y legales previstas en los artículos 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República y 304-A del Código de Procedimiento Penal.- 4).- La Sala observa que el Tribunal Penal ha agravado la pena aplicando el artículo 514 del Código Penal reformado por la Ley No. 2001-47 vigente a la fecha de la infracción, aduciendo que la menor ha sufrido "una grave perturbación en la salud" según así lo señala el perito psicólogo en sus observaciones; más esta circunstancia agravante debe ser demostrada con exámenes médicos profundos mediante especialistas, pericia que en el caso no se ha realizado, motivo por el cual no es admisible la aplicación del indicado artículo 514 del Código Penal en perjuicio del recurrente.- 5).- Además, los presupuestos fácticos que sustentan la sentencia no originan dudas ni sobre el acto punible ni respecto de la autoría, por lo que resulta inaplicable al caso el principio in dubio pro reo incorporado al artículo 4 del Código Penal.- 6).- En definitiva, el acervo probatorio descrito en la sentencia permite concluir que el delito perpetrado es el de violación sexual que se encuadra en el artículo 512 numeral 1 del Código Penal cuya sanción está prevista en la primera parte del artículo 513 ibídem, que a la fecha del cometimiento del acto era de reclusión mayor extraordinaria de 12 a 16 años, la que debe modificarse en virtud de las atenuantes legalmente justificadas.- Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, aceptando en parte el recurso de casación se impone a Carlos Mesías Castro Rosero, del estado y condiciones que constan en la sentencia recurrida, la pena de 8 años de reclusión mayor ordinaria como autor responsable del delito de violación sexual a una menor de edad, deduciendo el tiempo que hubiere permanecido privado de la libertad por

esta misma causa. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines de ley. Notifíquese.

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

Certifico: Que las cinco (5) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

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

No. 172-2006

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

Quito, 7 de junio del 2007; las 11h00.

VISTOS: El acusado Galo Ormaza Gallo presenta recurso de casación contra la sentencia pronunciada el 18 de febrero del 2005 a las 15h45 por el Tribunal Penal de Cotopaxi, el mismo que condena a Galo Fabián Ormaza Gallo y José Edmundo Morillo Nazate, a la pena de dos años de prisión correccional, por considerarlos autores responsables del delito de hurto, tipificado en el Art. 547 y sancionado por el Art. 548 del Código Penal, en concordancia con el Art. 42 ibídem. Por cuanto el ciudadano José Edmundo Morillo Nazate ha justificado circunstancias atenuantes, se le reduce la pena a dieciocho meses de prisión correccional, tomando en consideración la proporcionalidad que garantiza el ordenamiento constitucional y penal. 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 Reformativa 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.- Por instrucción fiscal dispuesta por el Ab. Beethoven Nogales Mena, Agente Fiscal del Distrito de Cotopaxi, basada en la información verbal de miembros de la Policía Judicial, se llegó a conocer que el día 22 de febrero del 2004, a eso de la 01h30, los señores José Edmundo Morillo Nazate, Segundo Hernán Martínez Freire y Nelson Washington Freire Almeida, han sido aprehendidos en delito flagrante

por sustracción de láminas de la empresa ACEROPAXI, con la coparticipación de Galo Ormaza Gallo, quien también fuera detenido luego de haber sido allanando el domicilio donde habitaba, siendo que, a eso de las 03h30 del mismo día; la policía procedió en la casa de José Morillo, ubicada en la ciudadela Las Betlehemitas, a la recuperación de las evidencias consistentes en 716 planchas metálicas de 3 metros por 90 centímetros, marcadas en sus esquinas con la frase "NOVA ACEROPAXI", soluciones de acero DURATECHO ESP-D-30", con manchas de color azul, avaluadas en siete dólares cada una. 2.- Mediante auto resolutivo de fecha 21 de junio del 2004, el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, dicta auto de llamamiento a juicio en contra de los ciudadanos: José Morillo Nazate, Washington Freire Almeida, Galo Ormaza Gallo y Segundo Martínez Freire, contra quienes se determinó presunciones graves de responsabilidad penal como coautores del delito de hurto, tipificado en el Art. 547 y sancionado por el Art. 548 del Código Penal, por cuanto todos y cada uno de ellos prestaron, en su debido momento, la ayuda necesaria para la perpetración del ilícito. 3.- El 15 de febrero del 2005, se dicta auto de suspensión del procedimiento en relación a los acusados Nelson Washington Freire Almeida y Segundo Hernán Martínez Freire, por su no comparecencia a la audiencia de juicio señalada, hasta que se presenten voluntariamente o sean aprehendidos. 4.- Posteriormente, en fecha 18 de febrero del 2005, el Tribunal Penal de Cotopaxi, judicatura en que se radicó la competencia del presente juicio, dictó sentencia condenatoria en contra de Galo Fabián Ormaza Gallo y José Edmundo Morillo Nazate, imponiéndoles la pena de dos años de prisión correccional, por considerarlos autores responsables del delito de hurto, tipificado en el Art. 547 y sancionado por el Art. 548 del Código Penal, en concordancia con el Art. 42 ibídem. En cuanto a José Morillo Nazate, por haber justificado circunstancias atenuantes, se le reduce la pena a dieciocho meses de prisión correccional, sentencia de la que el sentenciado Galo Fabián Ormaza Gallo interpone recurso de casación. CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- El recurrente sostiene que al observar detenidamente la sentencia emitida por el Tribunal Penal de Cotopaxi, se detecta una serie de errores de derecho en la interpretación de la supuesta existencia material de la infracción y la responsabilidad penal respecto al compareciente, pues los elementos de descargo que debieron ser tomados en cuenta, no fue tomado en cuenta por el Tribunal, violando las disposiciones de los Arts. 79, 83 y 84 del Código de Procedimiento Penal y 192 de la Constitución Política del Estado, que dicen relación a que las pruebas deben ser pedidas en el juicio, a la legalidad y objeto de ésta y las garantías del debido proceso; Arts. 146 y 106 del Código Adjetivo Penal, referentes a que en los delitos contra la propiedad se deberá justificar tanto la preexistencia de lo sustraído o reclamado, como el hecho de que se encontraba en el lugar donde se afirma estuvo al ser sustraída y la valoración de la prueba; Art. 143 del cuerpo legal antes mencionado, porque a su testimonio no se le ha dado el debido valor; y Arts. 42, 547 y 548 del Código Penal, que se refieren a la autoría, tipificación y sanción del delito de hurto. 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 Penal de Cotopaxi ha declarado que se encuentra comprobada de manera inobjetable la existencia material de la infracción con los actos precisados en el considerando quinto del fallo, así como la responsabilidad penal de los acusados, José

Edmundo Morillo Nazate y Galo Fabián Ormaza Gallo, que queda demostrado con la fuerza probatoria de los testimonios propios de los peritos licenciados Julio Hugo Hidalgo Medina y Fanny Calvopiña Caiza, así como del Ing. Marco Carrión Vargas y las copias certificadas de los registros de la planta de Lasso de ACEROPAXI, referentes a los productos sustraídos, lo que concuerda plenamente con la declaración del acusador particular, Ing. Héctor Garzón Villarroel, del Ing. Rafael Miño Tobar y del cabo de policía Luis Ganchala Vargas, declaraciones que son concordantes, unívocas y se relacionan entre sí, además con las afirmaciones de los acusados Morillo Nazate y Ormaza Gallo, se ha justificado que estos señores, en el lugar, día y hora en que se dieron los acontecimientos, con voluntad e intención, procedieron a la sustracción, para lo cual previamente planificaron cometer el ilícito ya que conocían los movimientos de la empresa, ejecutando lo planificado. Con respecto a la responsabilidad penal del acusado, se considera el Art. 42 del Código Penal, que conceptúa como autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, Galo Fabián Ormaza Gallo, intervino directamente, en la noche del 21 de febrero del 2004, junto con José Morillo en la sustracción de unas láminas de acero, de la planta industrial ACEROPAXI, planchas metálicas que fueron recuperadas de la bodega del segundo de los nombrados. Estas constancias procesales son analizadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo que permite al Tribunal llegar al convencimiento de que se ha probado la existencia material del delito de hurto, así como también que el acusado recurrente es el autor. Del contenido de la sentencia no se advierte que en la etapa del juicio se haya violentado lo determinado por los Arts. 79, 83 y 84 del Código de Procedimiento Penal, ya que las pruebas fueron producidas en la etapa del juicio ante el respectivo Tribunal de lo Penal, las mismas que fueron pedidas, ordenadas, practicadas e incorporadas en el juicio con los medios legales correspondientes, respetándose las garantías del debido proceso. También se encuentra establecido la preexistencia de lo sustraído con los registros de los productos sustraídos y con el testimonio de los peritos que intervinieron en el reconocimiento del lugar de los hechos, llegando el Tribunal juzgador, de que el ciudadano Galo Fabián Ormaza Gallo, es autor responsable del delito de hurto, tipificado y sancionado en los Art. 547 y 548 del Código 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 Galo Ormaza Gallo. 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 presente, resulta incuestionable la existencia material de la infracción; y, en cuanto a la responsabilidad penal del recurrente, el análisis que hace el Tribunal de lo Penal, así como las conclusiones a que llega la Fiscalía General del Estado, son concluyentes en determinar la coautoría del imputado Galo Fabián Ormaza Gallo, quien conjuntamente con el procesado José Morillo Nazate realizaron actos idóneos conducentes a la perpetración del delito de hurto y quienes con el deliberado propósito de liberarse de cualquier imputación, se incriminaron mutuamente, pero que con las demás pruebas aportadas por la fiscalía y el acusador, se puede colegir, con absoluta certeza de la responsabilidad de aquellos en el delito acusado; por lo que, las impugnaciones que se hacen a la legalidad de la sentencia, no tienen fundamento válido que enerve su validez. 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 Galo Fabián Ormaza Gallo y ordena devolver el proceso al inferior para que ejecute la sentencia. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo, Hernán Ulloa Parada, magistrados.
Certifico.

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

Certifico: Que las cinco (5) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

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

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

Quito, 19 de junio del 2007; las 11h00.

VISTOS: Atendiendo la solicitud de aclaración formulada por Galo Fabián Ormaza de la sentencia dictada el 7 de junio del 2007, considérese lo siguiente: 1.- El Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso, dice en su parte pertinente "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura".- 2.- El fallo de la referencia resulta claro y de fácil entendimiento y señala con meridiana precisión tanto la normativa legal como la dogmática relativa al recurso de casación.- 3.- Consecuentemente se desestima la solicitud planteada y se ordena la devolución inmediata del proceso.- Notifíquese.

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

Certifico: Que la fotocopia que anteceden es igual a su original.

Quito, 31 de julio del 2007.

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

No. 337-2006

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

Quito, 11 de junio del 2007; las 11h00.

VISTOS: El acusado Edgar Alberto Piedmag Valencia, presenta recurso de casación contra la sentencia pronunciada el 12 de abril del 2006 a las 10h30, por el Tribunal Penal de Imbabura, mediante la cual se le impone la pena atenuada de cuatro meses de prisión correccional, por considerarlo autor responsable del delito de lesiones tipificado en el Art. 466 inciso primero del Código Penal. El recurso presentado fue debidamente fundamentado por el recurrente, habiéndose corrido traslado con el mismo al señor Ministro Fiscal General del Estado, 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 a 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.- Mediante auto resolutivo de fecha 30 de enero del 2006, el Juez Segundo de lo Penal de Imbabura, llama a juicio a Edgar Alberto Piedmag Valencia, contra quien se determinó presunciones graves de responsabilidad penal como autor del delito tipificado y sancionado por el Art. 465 inciso primero del Código Penal; 2.- Posteriormente, en fecha 12 de abril del 2006, el Tribunal Penal de Imbabura, judicatura en que se radicó la competencia del presente juicio, dictó sentencia condenatoria en contra de Edgar Alberto Piedmag Valencia, imponiéndole la pena modificada de cuatro meses de prisión correccional considerando la existencia de circunstancias atenuantes; como autor del delito de lesiones propiciadas a José Luis Urbina Clerque, de conformidad a lo que dispone el Art. 466, inciso primero del Código Penal, sentencia de la que el reo interpone recurso de casación. CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- El sentenciado sostiene que el Tribunal al dictar la sentencia ha violado los Arts. 4 y 13 del Código Penal; así como los Arts. 85, 88, 140 y 143 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto, además de que existe equivocación en la fecha en que sucedieron los supuestos hechos que según el denunciante fue el sábado 20 de agosto del 2005, en la sentencia se dice que fue el 4 de septiembre del 2005. Dice que además se ha violado el Art. 349 del mismo cuerpo de leyes, ya que

existe una falsa valoración de las pruebas por parte del Tribunal, ya que luego de la pelea suscitada en la que fue agredido inicialmente, se retiró y se fue a su casa, donde luego de tres o cuatro horas fue detenido sin orden de autoridad competente, tanto más cuanto que, el juzgador no ha considerado su testimonio como medio de defensa y prueba a su favor; ni los testimonios de sus testigos y más bien tergiversa el verdadero sentido de sus declaraciones; afirmando que es inocente de los hechos a él imputados. Que de otra parte el Tribunal ha cometido un error de derecho, al manifestar en la sentencia que: “La responsabilidad del acusado Edgar Alberto Piedmag Valencia se justifica con la declaración del agraviado José Luis Urbina Clerque que le acusa como autor del mordisco en el dedo de la mano izquierda.....”. Dice el recurrente cómo el Tribunal puede sostener de esta manera inverosímil, en contravención expresa del texto del Art. 140 del Código de Procedimiento Penal, que en su inciso segundo determina que: “La declaración del ofendido por sí sola no constituye prueba”. QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- El señor Ministro Fiscal interviniente, al contestar la fundamentación del recurso de casación realizada por el recurrente, manifiesta: 1.- Que el Tribunal Penal de Imbabura, ha declarado que se encuentra comprobada la existencia material de la infracción con los actos precisados en el considerando tercero del fallo: a) El informe médico legal practicado por los doctores Freddy Germán Herrera Almagro y Darío Salgado, quienes afirman que la víctima perdió la falange del dedo anular de la mano izquierda, lo que le produce una incapacidad de 30 a 90 días desde la fecha en que se originó la mutilación; calificándola de permanente y definitiva en un 3% y, que es proveniente de la acción cortante de dientes; b) Con el testimonio del Cabo Oscar Ramiro Hernández Reyes quien realizó el reconocimiento del lugar de los hechos; 2.- Que en cuanto se refiere a la responsabilidad del acusado, el juzgador se sustenta en: a) el testimonio del agraviado José Luis Urbina Clerque, quien afirma que el acusado le propinó el mordisco en el dedo de su mano izquierda, cuando pretendía impedir la pelea con su pariente; b) con el testimonio del Subteniente Julio Palacios Moreta quien manifiesta que escuchó al acusado responsabilizarse por el hecho; c) Con los testimonios de María Cifuentes Reina y Eduardo Rodríguez Yar, quienes son concordantes en narrar que el ofendido trató de auxiliar a su tío y presenciaron cuando el acusado mordió el dedo de Urbina, aclarando que Piedmag, se encontraba en estado etílico; con estas pruebas el juzgador, llega a la convicción de que el acusado es autor del delito previsto y sancionado en el primer inciso del Art. 466 del Código Penal; 3.- Que el recurrente no demuestra que el juzgador haya infringido las disposiciones legales señaladas en el escrito de fundamentación del recurso, toda vez que de las pruebas presentadas en la audiencia de juzgamiento y que fueron valoradas por el Tribunal, se advierte que existen suficientes elementos que dan cuenta que el acusado fue el autor del mordisco que mutiló la falange del dedo anular del ofendido, tornando inaplicable el Art. 4 del Código Penal. Por otra parte, dice la Fiscalía, es necesario puntualizar que el recurso de casación, no tiene por objeto el realizar un nuevo análisis de las pruebas que fueron valoradas por el juzgador, sino que es la confrontación de la sentencia con la ley, a fin de establecer si existió violación de la misma, por cualquiera de los medios previstos en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. Razón por la cual solicita a la Tercera Sala de lo Penal, rechazar el recurso interpuesto por improcedente. 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 presente caso, si bien es cierto que con el testimonio de los Dres. Freddy Herrera Almagro y Darío Salgado, quienes intervinieron como médicos legistas, se ha demostrado que el ciudadano José Luis Urbina Clerque **presenta “pérdida de la falange del dedo anular de la mano izquierda”** que le produjo una incapacidad para el trabajo de treinta a noventa días desde el momento en que se originó la lesión y una incapacidad permanente del uno al tres por ciento, como consecuencia de un mordisco atribuido al imputado Edgar Alberto Piedmag Valencia y por consiguiente se ha podido establecer la constancia de la materialidad de la infracción, la Sala, además debe determinar si se ha comprobado, conforme a derecho, la responsabilidad penal del imputado, conforme así lo ha establecido el Tribunal y que, por medio del recurso de casación, ha sido impugnado; 3.- En efecto, en la sentencia recurrida dice que teniendo como antecedente el oficio N° 3646-PJ-CP-12 de fecha 4 de septiembre del 2005 remitido por la policía nacional, el parte de aprehensión elevado al Jefe de la Policía Nacional, la denuncia pertinente, el reconocimiento médico legal y la indagación previa, el Ministerio Público Distrito de Imbabura dio indicio a la instrucción fiscal al conocer que: **“El día domingo 04 de septiembre del 2005, a la 01h00.....etc., etc.(luego se narran los hechos)”**. La sentencia, de conformidad con lo que determina el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, numeral DOS, debe contener **“la relación precisa y circunstanciada de la infracción”**; y, de conformidad al numeral TRES, **“la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho”**, lo cual no se ha producido en el presente caso, por los vacíos, contradicciones e inexactitudes del día, hora y mes en que se dice se produjeron los hechos dieron origen a este proceso; 4.- Al efecto, es necesario hacer referencia a la serie de irregularidades que se han cometido dentro de este proceso, conforme se puede evidenciar: a) A fojas 5 vta. del proceso, consta la transcripción verbal que hace la policía de la denuncia presentada por el señor Urbina Bermeo Luis Ernesto, quien manifiesta que: “En la ciudad de Ibarra, siendo las 10h35 del día sábado 20 de agosto del 2005, en las oficinas de la Policía Judicial de Imbabura, comparece “la señora (sic) URBINA BERMEO LUIS ERNESTO.... quien manifiesta que el día de hoy en horas de la madrugada...”; b) A fs. 10 consta el acta de reconocimiento de la denuncia que hace el ciudadano Luis Ernesto Urbina Bermeo, en cuyo texto, en la parte final expresa que: “sin juramento acepta hacer su firma y rúbrica que consta al pie de la denuncia, así como el contenido de la misma”; y en la siguiente página rinde su VERSION, ante el Fiscal interviniente, manifestando que: “me afirmo y ratifico en el contenido de mi denuncia presentada antes

esta Fiscalía”, corroborando de esta manera que los actos y hechos denunciados se produjeron el día 2º de agosto del 2005; c) A fs. 17 el Dr. Oscar Obando Luna, Fiscal de Imbabura al dar inicio a la instrucción fiscal, manifiesta que: “por la denuncia presentada por Luis Ernesto Urbina Bermeo, de la cual se conoce que en esta ciudad de Ibarra, en el Ejido de Caranqui, barrio de Naranjal, a eso de las 01h00 (no se señala día, mes ni año), en circunstancias...”; y, a fs. 19 el Dr. Gonzalo Iza Hernández, Juez Segundo de lo Penal de Imbabura, al avocar conocimiento de la instrucción fiscal y ordenar la prisión preventiva del imputado, no solamente que en dicho auto, no señala ni la hora ni día ni mes, ni año de la infracción denunciada, sino a más de aquello, no señala el lugar en el que se ha cometido la supuesta infracción; d) A fs. 22 consta la acusación particular presentada por el agraviado José Luis Urbina Clerque, quien en la relación circunstanciada de la infracción dice que esta se cometió “el domingo 4 de septiembre del 2005, a la una y treinta horas aproximadamente...en el barrio El Naranjal”, sin precisar la jurisdicción territorial al que pertenece dicho lugar; e) A fs. 86 consta el dictamen acusatorio emitido por el Dr. Efrén Navarrete Unigarro, Fiscal de Imbabura, quien de igual manera la determinar la infracción acusada, “con todas las circunstancias”, según dice, no manifiesta ni el día, ni el mes, ni el año en que se cometió la infracción acusada; y, a páginas 88 y vta. consta el acta de la audiencia preliminar, en la que tampoco se manifiesta la fecha ni el lugar de los hechos y actos denunciados, lo que si es advertido por el defensor del acusado cuando expresa: “su oposición tanto al contenido del dictamen como de la acusación particular, ya que en el segundo documento mencionado no se especifica claramente la fecha de los hechos...”; f) En la página 89 y 89 vta. que contiene el auto de llamamiento a juicio, el Dr. Gonzalo Iza Hernández, Juez Segundo de lo Penal de Imbabura, si hace referencia a estas graves anomalías, cuando manifiesta que: “referente al día en que ocurrieron los hechos denunciados existe contradicción en la fecha indicada en la denuncia verbal, en la acusación particular y en el dictamen fiscal, pieza procesal esta última en la que ni siquiera se señala la fecha por la cual debe llamarse la atención a los responsables...”; g) Lo que más llama la atención es que, dentro de la audiencia de juzgamiento, ninguno de los testigos de cargo ni de descargo, hace mención a la hora, día, mes y año en que se produjeron los hechos denunciados, a excepción del acusado que hace notorio que, de conformidad a la denuncia y a la acusación presentada en su contra existe contradicción en la fecha de la infracción, ya que en la primera se señala el 20 de agosto del 2005 y en la acusación se expresa que fue el 4 de septiembre; 5.- De lo examinado resulta del todo inexplicable que en la sentencia se haya reproducido datos que no fueron recogidos, ni en la instrucción fiscal ni en el dictamen fiscal, ni en la audiencia preliminar, ni en la audiencia de juzgamiento, al denunciar que el delito que se persigue fue cometido el 4 de septiembre del 2005, induciendo al Tribunal a cometer una falsa y errada aplicación de la ley, pues, la sentencia pronunciada no contiene todos los requisitos determinados en el Art. 3090 del Código de Procedimiento Penal y de contenerlos, especialmente en cuanto a la fecha del cometimiento del ilícito, no guardan armonía con los que constan de la denuncia, dictamen fiscal, ni demás actuaciones judiciales; 6.- De conformidad a los que dispone los Arts. 83 y 84 del Código de Procedimiento Penal, la prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este cuerpo legal y

cuyo objeto es el de probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso. En la audiencia de juzgamiento no se han judicializado las pruebas conforme a derecho, así como tampoco se han probado todos los hechos y circunstancias de interés, entre ellos, la hora, el día, mes y año en que se produjeron los acontecimientos investigados, de lo que se puede colegir, al amparo de la sana crítica con la que el Tribunal ha apreciado las pruebas, no se ha sustentado en la realidad fáctica producida en juicio; 7.- Se amonesta severamente a los doctores Oscar Obando Luna y Efrén Navarrete Unigarro, Fiscales de Imbabura, al doctor Gonzalo Iza Hernández, Juez Segundo de lo Penal de Imbabura, por sus actuaciones irresponsables y negligentes en la tramitación de la presente causa, debiendo el Secretario Relator de la Sala comunicar de este particular al señor Ministro Fiscal General del Estado, en el caso de los dos primeros; y, al Presidente de la Comisión de Recursos Humanos, para el tercero a fin de que se proceda conforme determina la ley. SEPTIMO: RESOLUCION.- Por las consideraciones antes señaladas y de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, 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 procedente el recurso presentado, por lo que casa la sentencia recurrida y absuelve al procesado Edgar Alberto Puedmag Valencia, ordenando devolver el proceso al inferior para los fines legales consiguientes. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo, Hernán Ulloa Parada, magistrados.

Certifico.

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

Certifico: Que las siete (7) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

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

No. 347-2006

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA PENAL**

Quito, 11 de junio del 2007;10h30.

VISTOS: La Primera Sala Penal de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil ha dictado la sentencia condenatoria de 10 de junio de 2005 mediante la cual confirma la sentencia dictada por el Juez Tercero de Tránsito del Guayas que impuso al imputado Luis Alberto Gurumendi Alvarado la pena de 60 días de prisión ordinaria como autor del delito que tipifica el Art. 80 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres, la suspensión de la licencia de conducir por igual tiempo y la multa equivalente a tres salarios mínimos vitales, así como al pago de daños y perjuicios.- Para resolver el recurso de casación interpuesto

oportunamente por el prenombrado Gurumendi Alvarado, considérase: PRIMERO.- Este proceso penal de tránsito ha sido sustanciado en el Juzgado Tercero de Tránsito del Guayas con muchos equívocos y falencias como las que siguen: 1) El escrito de acusación particular de fojas 5 del cuaderno de primer nivel, no está firmado por Patricia Gómez Moreira pese a lo cual el Secretario de ese Juzgado lo certifica como si fuese “fiel a su original”. El siguiente escrito de fojas 6 sí está firmado por los abogados Jorge Maldonado y Margarita Balón; sin embargo, siguiendo la secuencia encontramos a fojas 21, la providencia de 26 de diciembre de 2002 con la cual el Juez acepta la acusación particular a trámite y manda que se la cite aunque el reconocimiento de la firma y rúbrica no asoma, pese a lo cual Luis Gurumendi Alvarado a fojas 59 ha señalado casillero judicial para notificaciones y se lo puede dar por citado en la fecha de su presentación al tenor del Art. 88 del Código de Procedimiento Civil como norma supletoria y vigente al 26 de septiembre de 2002; 2) A fojas 11 (hay una serie de numeraciones y letras que no coinciden sino confunden), el Juez ha dictado la providencia de 10 de diciembre de 2002 en la cual considera que “Luis Alberto Gurumendi a encuadrado su conducta en una contravención grave de tránsito que tipifica el Art. 90 literal b) de la Ley de Tránsito...”; sin embargo, a fojas 60, obra el auto cabeza de proceso que ha dictado el 13 de diciembre de aquel año y que ha servido para iniciar el juicio penal contra Luis Gurumendi Alvarado, como si se tratase de un delito hasta dictar sentencia condenatoria; 3) A fojas 84, el Juez Tercero de Tránsito del Guayas ha ordenado la reposición del juicio penal de tránsito No. 120-2002 teniendo como fundamento la razón del Secretario, a fojas 80, en la cual asevera que el juicio “...se encuentra traspapelado...”, mientras el Juez en la providencia de reposición ha ordenado que se haga conocer “...la pérdida del expediente No. 120-2002”, es evidente la diferencia entre el traspapelado y la pérdida mencionados y que surten efectos diversos; 4) A fojas 70, los contendientes Patricia Gómez Moreira y Luis Gurumendi Alvarado manifiestan que han llegado a un “acuerdo pactado verbalmente entre el señor Luis Gurumendi, Patricia Gómez Moreira y Sra. Abg. Rocío Balón, comprometiéndose el demandado a mandar hacer la carreta en el valor de 800,00 dólares...”, manifestando luego que el demandado le “...dio un cheque a la fecha del 4 de febrero del 2002 y con insistencia frecuente procedió a cancelar los 500,00 dólares en la fecha del 7 de abril de 2003 quedando así a reparar la otra carreta...”.- Ello significa que efectivamente han convenido y han suscrito el acta de compromiso que corre a fojas 76, en la cual se destaca que Patricia Gómez Moreira “recibe la cantidad de \$ 800,00 (dólares americanos) por concepto de pago de la carretilla de “Hot dog” y, luego ha comparecido con Luis Alberto Gurumendi a la Notaría Décimo Novena del cantón Guayaquil, cuya titular certifica que las firmas son similares a la que constan en las cédulas Nos. 0909000267 y 0909629248”.- SEGUNDO.- Luis Gurumendi Alvarado en el escrito de fojas 79 reitera que se ha “subsanao el perjuicio ocasionado...”, solicitando la cancelación de la medida cautelar ordenada contra su vehículo.- En las circunstancias anotadas lo que procedía era aprobar en sentencia la aludida transacción en conformidad con el Art. 80 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres, toda vez que las secuelas del accidente de tránsito se concretaron solamente a daños materiales y si faltaba el pago de 300,00 dólares, esta particularidad no impedía que se ejecute la transacción de acuerdo con el Art. 2348 del Código Sustantivo Civil.- Por estas consideraciones, la Sala

considera que no se debió imponer pena de prisión conforme señala el citado Art. 80 inciso segundo de la Ley de Tránsito, en cuya virtud, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de acuerdo con el Art. No. 358 del Código Adjetivo Penal se casa la sentencia dejando sin efecto la pena de prisión y la condena civil y se aprueba la mentada transacción toda vez que la infracción de tránsito ha producido únicamente daños materiales que han sido reconocidos y aceptados, pudiendo la acusadora reclamar el saldo insoluto mediante la acción pertinente. De esta manera se enmienda la violación de la ley.- Por la negligencia manifiesta del Secretario del Juzgado Tercero de Tránsito del Guayas Ab. Ricardo Vásquez Y., se le impone la multa de cinco dólares para cuya recaudación el Juez de Tránsito oficiará al pagador respectivo. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo, Hernán Ulloa Parada, magistrados.

Certifico.

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

Certifico: Que las tres (3) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

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

No. 352-2006

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

Quito, 22 de junio del 2007; 10h00.

VISTOS: El Tribunal Quinto de lo Penal de Pichincha con residencia en Santo Domingo de los Colorados ha dictado la sentencia condenatoria de 18 de abril de 2006 mediante la cual declara que el acusado Erwin Ibarra Alava es autor responsable del delito que tipifica y sanciona el Art. 450 del Código Penal con las circunstancias previstas en los numerales 1), 5), 6), 7) y 9) de dicho precepto legal, en cuya virtud le impone la pena de diez y ocho años de reclusión mayor especial sin admitir atenuantes porque existen las circunstancias agravantes no constitutivas de la infracción como el actuar sobre seguro sin riesgo para sí y la alarma que la infracción produjo en la sociedad, arguyendo que se ha probado la existencia material del delito que se juzga y el grado de responsabilidad penal. Con relación al imputado Ramón Nazario Sosoranga Reyes declara que es encubridor de la infracción antes referida, imponiéndole de acuerdo con los Arts. 44 y 48 del citado código la pena de dos años de prisión correccional, en tanto dicta sentencia absolutoria a favor del acusado Ermelo Valentín León Quiñones por no haber la certeza de su participación en el delito y como no admite responsabilidad, considera que su testimonio le sirve como medio de defensa y prueba en su favor y, ha ordenado su inmediata libertad.- Para resolver el recurso de casación interpuesto oportunamente por Estuardo Ibarra Alava, considérase: PRIMERO.- La Sala es competente para conocer el presente caso en conformidad con el Art. 349 del Código Sustantivo Penal y en razón de la designación efectuada el 21 de noviembre del año 2006.- SEGUNDO.- El proceso ha

sido sustanciado con aplicación y observancia de las normas previstas por el Código Adjetivo Penal en vigencia, sin que se advierta omisión de solemnidad sustancial que influya en la decisión de la causa; consecuentemente, se declara la validez procesal.- TERCERO.- Erwin Estuardo Ibarra Alava en el escrito de interposición del recurso, fojas 326, manifiesta que no está de acuerdo con la sentencia dictada por el Tribunal Quinto de lo Penal de Pichincha porque no ha cometido ningún delito ni existen pruebas suficientes en su contra, yéndose contra toda norma jurídica y sin considerar que el mismo Tribunal en el juicio por asociación ilícita No. 76-05 TQPP-SDC dictó sentencia el 22 de noviembre de 2005 y le absolvió de toda culpabilidad, por cuyas motivaciones solicita se revoque la aludida sentencia.- CUARTO.- Como el recurso de casación es de naturaleza extraordinaria que opera únicamente en los supuestos contemplados por el citado Art. 349, este fallo se debe contraer como en efecto se contrae a ello y teniendo como antecedente el fundamento del recurso de casación, pese a que el mero desacuerdo con la sentencia del Tribunal Penal no es razón suficiente ni está prevista expresamente por el aludido precepto para la procedencia de tal recurso, así como tampoco es elemento idóneo para este propósito la simple afirmación relativa a que no existen pruebas suficientes en su contra.- QUINTO.- La evaluación de la prueba es labor que no corresponde a este Tribunal sino a los jueces inferiores y de instancia. Además, como el fundamento del recurso de casación no está amparado en ninguna de las causales previstas por el citado Art. 349, la Sala se exime de efectuar consideraciones y decisiones inherentes a violación de la ley en la sentencia por contravenir expresamente a su texto, por haberse hecho una falsa aplicación de ella o, por haberla interpretado erróneamente, como requiere de modo textual. Vale decir, el recurso de casación propuesto por Erwin Estuardo Ibarra Alava es inocuo y no se ampara en ninguno de tales supuestos.- Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala de acuerdo al Art. 358 del Código Adjetivo Penal se limita a declarar como improcedente el recurso de casación, disponiéndose que se devuelva el proceso para que se ejecute la sentencia. Notifíquese y publíquese.

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

Certifico: Que las dos (2) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

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

No. 360-2006

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 26 de junio del 2007; las 11h00.

VISTOS: Los sentenciados Milton Ramiro Jurado Castro, Galo Adolfo Farfán Pacheco Carlos Acosta Peralta, interponen recurso de casación contra la sentencia de mayoría pronunciada el 26 de enero del 2006, a las 08h00 por el Primer Tribunal de lo Penal de Pichincha, mediante la cual se condena, a los dos primeros, en calidad de autores a la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria; y, al último, como cómplice, a la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, por el delito tipificado en el Art. 257 del Código Penal. Los recursos presentados fueron debidamente fundamentados por los recurrentes, habiéndose corrido traslado con los mismos al Ministerio Público, 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 Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver los recursos de casación propuestos de conformidad con la ley, en virtud de la designación efectuada por 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 resorteo de ley respectivo. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Examinado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera influir en la decisión de la causa; por lo que este Tribunal de Alzada declara su validez. TERCERO: FUNDAMENTACION DE LOS RECURSOS.- 1.- El recurrente Milton Ramiro Jurado Castro, sustenta la fundamentación del recurso en los siguientes argumentos: a) consigna distintas definiciones de orden doctrinario referente al peculado, mencionando a la Enciclopedia Jurídica OMEBA y a tratadistas como Marcelo Finzi; b) sostiene que en la audiencia pública de juzgamiento no se presentó ninguna prueba en la que se pueda afirmar **“que yo Milton Jurado Castro he abusado de bienes público para cometer el delito de peculado(sic)”**. Que cuando ejercía la calidad de Subsecretario del Ministerio de Economía y Finanzas firmó dos contratos para implementar un Programa de Difusión Pública para la Reestructuración de Pasivos con la Banca y que no dispuso pago alguno, ni entregó dinero a persona alguna y que no era su función realizar tal entrega; c) afirma que ha dado cumplimiento a cabalidad con su trabajo y que no es procedente que se le acuse por no haber seguido los lineamientos establecidos en el Art. 2 de la Ley de Contratación Pública, pues esta disposición legal señala que los contratos suscritos por él no se encontraban sujetos al régimen de la Ley de Contratación Pública, por tanto, sostiene que no ha cometido ningún delito y peor aún el de peculado, demostrando que la sentencia del Primer Tribunal de Pichincha viola todas las normas que configuran el delito de peculado y la sentencia cambia la etiología del delito. 2.- El recurrente Galo Adolfo Farfán Pacheco, en su escrito de interposición del recurso de casación, señala lo siguiente: a) sostiene que su actuación se limitó únicamente a la firma del último contrato y que no seleccionó ni adjudicó **“el contrato de publicidad a la Empresa TIONS, sino que fue el Comité de Selección y Ofertas del Ministerio de Economía y Finanzas presidido por el también acusado Dr. Milton Jurado Castro”**. Que al suscribir el contrato antes señalado lo hizo porque existían informes favorables tanto de la Contraloría General del Estado como de la Procuraduría General de la Nación que sirvieron de

argumento legal necesario para la suscripción del referido contrato y que la cancelación del valor total del precio fue en cumplimiento de la resolución tomada por el Comité de Selección y Ofertas del MEF, así como que había la disponibilidad financiera y además porque se contaba con las autorizaciones de la Secretaría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas y lo único que hizo fue cumplir **“con un deber que se me había impuesto con mucha anterioridad a la posesión del cargo”**; b) reitera que el proceso precontractual de selección y adjudicación a favor de la Empresa TIONS se lo hizo con antelación a la designación y posesión suya como de Secretario Administrativo del MEF que acaeció el 7 de mayo del 2002, esto es, cuando el contrato ya había sido adjudicado “con fecha 29 de abril del mismo año”, en base del informe presentado con anterioridad por el Dr. Milton Jurado Castro que fue quien seleccionó con los demás miembros del Comité de Selección del MEF señores: licenciado Ricardo Rivera Fierro, Manuel Coronel Ruiz y Fabricio Campaña, evidentemente autorizados por el Acuerdo Ministerial No. 352, que fueron quienes dispusieron la adjudicación del contrato a la compañía TIONS S.A.”; c) afirma que en precaución del interés público y el deber jurídico que debe tener quien desempeña un cargo en el Estado tomó todas las precauciones y **exigió “a la Empresa TIONS las garantías necesarias para el fiel cumplimiento del contrato y es así que suscribió la garantía que consta en la póliza No. 005293, otorgada por la Compañía Memorias Compañía de Seguros Sociedad Anónima a favor del Ministerio de Economía y Finanzas que era el beneficiario...por lo que es evidente que jamás incurrió en ningún acto ilícito más peor aún en el delito de peculado, sino que protegí el bien público”**, señalando que el dinero cancelado a la empresa TIONS ingresó a la cuenta de dicha compañía conforme lo certifica el Dr. Roberto Salgado Superintendente de Compañías y que consta en el oficio No. SC.I.ICL.02-17-516 de septiembre 11 del 2002; d) argumenta que causa asombro la lentitud con la que ha actuado el Ministerio de Finanzas y Economía por cuanto **“recién el 23 de mayo del 2005 procede a demandar a la Compañía de Seguros Memoser con el fin de hacer efectiva la garantía suscrita por el compareciente a favor del Ministerio de Economía y Finanzas, demanda que se tramita en el Juzgado Vigésimo Tercero de lo Civil de Pichincha...es decir, que por la negligencia incurrida por personas interesadas, maliciosamente se le pretende endilgar un presunto delito de peculado no cometido por parte del compareciente”**; e) estima el recurrente que el Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha ha violado la ley al contravenir el espíritu del texto y consecuentemente se ha hecho una falsa aplicación del Art. 257 del Código Penal; así mismo considera que no ha aplicado lo que establece el Art. 2 de la Ley de Contratación Pública que contempla que no se someterán a esta ley las instituciones del sector público al establece que **“tampoco se someterán a esta Ley los contratos cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o las entidades del sector público”** y que sin embargo de lo señalado por la Ley de Contratación Pública y pese a que no estaba obligado a someterse a la referida ley observó rigurosamente su procedimiento esto es, salvaguardó el interés público exigiendo las garantías que el caso ameritaba; que al no haberse comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción acusada y peor aún la responsabilidad del imputado se ha violado lo relativo a la

finalidad de la prueba y que está previsto en el Art. 85 y siguientes del Código de Procedimiento Penal; que también se ha violado lo dispuesto en los Arts. 21 numeral 3 y 25 inciso tercero del Código de Procedimiento Penal, pues en la presente causa se han confundido tres contratos diferentes, toda vez que las personas que participaron en ellas son diferentes, así como las cantidades y periodos de tiempo; también señala que se ha violado el Art. 2 del Código de Procedimiento Penal que guarda relación con el Art. 24 número 1 de la Constitución Política del Estado, afirma también que se violó en la sentencia el Art. 24 números 2, 7, 13 y 14 de la misma Carta Magna; f) concluye insistiendo que **“como queda demostrado lo único que hice fue cumplir con un mandato que se me había impuesto con anterioridad a la posesión del cargo de Subsecretario del Ministerio de Economía y Finanzas, pues jamás ha existido en mi fuero el ánimo de apropiarme de bienes que pertenecen al erario nacional, sino que celosamente he precautelado que no sean malversados...traté por todos los medios que estos dineros del estado estén resguardados como manda la ley por una póliza que cubra el valor entregado por el contratante...y es en base de esta póliza que aunque con tardanza el Ministerio de Economía y Finanzas como señalé anteriormente ha procedido ha demandar su cumplimiento”**. 3.- El recurrente Carlos Acosta Peralta, en su recurso de casación manifiesta lo siguiente: a) señala que el Tribunal Penal infringe normas de derecho y solemnidades de procedimiento, como son los Arts. 84, 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal; b) que no existe prueba de responsabilidad en su contra y que en caso de duda debió el Tribunal aplicar lo previsto en el Art. 4 del Código Penal; que también se ha violado el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil aplicable como norma supletoria del Código de Procedimiento Penal; 2 y 5 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 358 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, estas últimas normas **“por aplicación indebida de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que condujo a una equivocada aplicación de lo dispuesto en el Art. 257 del Código Penal”**; y Art. 43 del Código Penal; c) asevera que la aplicación del Derecho Constitucional, del Derecho Sustantivo y Adjetivo Penal debe efectuarse con sujeción a su espíritu, a principios doctrinarios y a la sana crítica sustentada y valorizada en hechos reales y probados más no en meras elucubraciones, supuestos y conjeturas o juicios de valor creados al arbitrio del Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha, en el que se mencionan contratos, fechas de celebración representantes legales y más detalles que son muy difíciles de entender y se repiten en forma tan reiterada, que generan una verdadera confusión; d) que estuvo en calidad de asesor del Ministerio de Economía y Finanzas desde el 1° de abril al 31 del mismo mes del año 2002, **“resultando imposible que sea cómplice de una supuesta infracción que se cometió mucho antes de que el peticionario sea asesor del MEF”**, ya que los contratos por \$ 105.000,00 y por \$ 140.073,67 fueron firmados el 18 de febrero y 06 de marzo del 2002; y el contrato por \$ 518.678,34 el 22 de mayo del 2002; esto es, antes y después del período de un mes que sirvió en el Ministerio de Economía; e) que no se le puede acusar del delito de peculado **“por ser hermano del gerente de la Empresa TIONS, así como tampoco por ser marido de la representante legal de la empresa Síntesis Design”**, cuestiones éstas que no tienen ninguna sustentación lógica ni legal ya que el parentesco por muy cercano que sea de ninguna manera vincula a una persona como el autor de la

supuesta infracción penal; f) y que por último, en la sentencia no se analiza en forma seria, jurídica y razonable, hechos que determinen su condición de cómplice en el cometimiento del delito de peculado, pues más bien, lo que existen son meras suposiciones conceptuales que no revelan de ninguna manera ni supuesta complicidad, pues, de conformidad con el Art. 43 del Código Penal, ser cómplice significa cooperar o colaborar en la ejecución del delito, de manera secundaria e indirecta, por medio de actos anteriores o simultáneos, elementos que no aparecen probados ni descritos dentro del proceso. CUARTO: DICTAMEN FISCAL.- El señor Ministro Fiscal interviniente, al contestar la fundamentación de los recursos de casación realizados por los recurrentes, señala: 1. Se observa que el Tribunal Penal hace un análisis de las pruebas practicadas en el juicio y que se encuentran precisadas en el considerando séptimo del referido fallo y que son: a) testimonio de Mireya Elizabeth Brito Castillo, comunicadora social quien afirma que el 17 de julio del 2002 apareció el artículo titulado “Una campaña publicitaria que supera toda lógica” publicada en el Diario Hoy, y que guarda relación con el contrato celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas y la Empresa TIONS S.A. y que refiriéndose al procedimiento de contratación afirma que la unidad administrativa a su cargo no tuvo conocimiento del mismo; b) declaración de Benjamín González Albornoz, Presidente de la Comisión de Fiscalización del Congreso Nacional, quien en lo principal señala que el economista Carlos Acosta Peralta, empleado del Ministerio de Economía y Finanzas y quien no figura como representante legal ni empleado ni accionista de la empresa contratada fue quien tuvo que devolver el valor de uno de los contratos, siendo sorprendente el hecho de que no existe informe alguno de la razón por la cual se rescindió dicho contrato. Agrega que el 6 de marzo del 2002 se firma el contrato de prestación de servicios de publicidad entre el Ministerio de Economía y Finanzas y la Empresa TIONS S.A. ante la Notaría Trigésima Primera del cantón Quito, siendo Gerente General de TIONS S.A. Andrés Mariano Acosta Peralta, hermano de Carlos Acosta Peralta, asesor del ex Ministro de Economía y Finanzas; c) que el 22 de mayo del 2002 la Compañía TIONS S.A. suscribió un contrato con el Ing. Galo Farfán Pacheco, Subsecretario Administrativo del Ministerio de Economía y Finanzas por el valor de quinientos dieciocho mil seiscientos setenta y ocho mil dólares con treinta y cuatro centavos para implementar la difusión pública de la campaña nacional de reestructuración de pasivos; d) el testimonio de la Ing. Miriam Narcisca Cañar Ñíguez, funcionaria de la Contraloría General del Estado quien intervino en la elaboración del informe sobre la estructura formal del contrato, en el cual **el Contralor General del Estado aprueba el contrato adjudicado a TIONS S.A. por un valor de quinientos dieciocho mil seiscientos setenta y ocho mil dólares con treinta y cuatro centavos y emite informe favorable** al proyecto de contrato de prestación de servicios, condicionado al acatamiento de las observaciones formuladas en las que se dice que son de responsabilidad de la entidad contratante las resoluciones adoptadas, la conveniencia técnica y económica de las ofertas de la empresa adjudicataria y el cumplimiento de los requisitos legales para el perfeccionamiento y ejecución del contrato; e) declaración de Esteban Fabricio Campaña Terán, delegado de la Subsecretaría Jurídica del MEF, quien integró el Comité de Selección de Ofertas para la contratación de difusión publicitaria del MEF quien dijo que conocieron las ofertas recibidas, así como su cuadro

comparativo, resolviendo unánimemente adjudicarle a la empresa TIONS por considerarla la más favorable para los intereses del MEF y que el procedimiento precontractual incluida la evaluación y calificación de ofertas le correspondió al área administrativa y que el Comité del MEF era tan solo competente para la adjudicación y **que el contrato fue sometido al dictamen de Contraloría General del Estado quien determinó favorablemente la suscripción del mismo**; f) testimonio de Manuel Coronel Ruiz quien señala que el procedimiento a seguirse no estaba inmerso en el Art. 2 de la Ley de Contratación Pública, ya que versa sobre contratos de comunicación social por lo que solicito informe al Procurador General del Estado quien contestó que la institución interesada debía definir el procedimiento y es por esto que el Ministerio de Economía emitió el correspondiente acuerdo y que fue el Comité de Selección y Adjudicación de Ofertas del MEF, quien resolvió adjudicar a la Empresa TIONS S.A. por ser la oferta más conveniente y **que fue el Subsecretario Administrativo Dr. Milton Jurado Castro quien suscribió los documentos de autorización del gasto y el pago correspondiente**, sin embargo señala que el comité no autorizó el pago anticipado del valor del contrato como consta del contenido del acta suscrita el 29 de abril del 2002 y que está firmada por el Dr. Jurado Castro; g) señala el Ministerio Fiscal **que “El delito de peculado consiste en la disposición arbitraria, abuso o malversación de fondos públicos o privados, que estuvieren en poder del funcionario en virtud de su cargo, debiendo establecerse la relación de causalidad entre la función desempeñada y la posesión del bien público que se dice se abusado o malversado...”**. Agrega que del texto de la sentencia se advierte que la resolución adoptada por los jueces se relaciona con las circunstancias que rodean el hecho punible, toda vez que las pruebas y constancias que el juzgador acepta como verdaderas en base de las cuales llega a tener certeza de la existencia del delito lo conducen a encasillar la conducta de los acusados en la norma contemplada en el Art. 257 del Código Penal; h) finalmente solicita que la Sala declare improcedente los recursos de casación interpuestos por los sentenciados Milton Jurado Castro, Galo Farfán Pacheco, y Carlos Acosta Peralta. QUINTO: ANALISIS DE LA SALA.- 1.- 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, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente. La casación siendo un medio extraordinario y limitado medio de impugnación, es un recurso otorgado a las partes procesales como una forma de remediar los yerros legales que pudiera haberse producido en la sentencia, sometiendo la decisión al más alto Tribunal de Justicia, ante el cual llega la causa con los hechos del proceso, definitivamente fijados, para que únicamente se juzgue de la corrección jurídica, a fin de observar que en el juicio previo se respeten las garantías constitucionales de la igualdad, de la libertad, del debido proceso, del legítimo derecho de defensa y en fin, el mantenimiento del orden jurídico penal. 2.- 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 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, por eso es que, las afirmaciones que hace el Tribunal, deben ser perfectamente motivadas. 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, y no en meras especulaciones, pues, aquello es la consecuencia del principio de verdad real y el de inmediación que es su derivado, el cual supone la oralidad, publicidad y contradicción. 3.- La sentencia debe dictarse bajo la certeza de la existencia de la infracción y de la responsabilidad penal de los acusados; 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 si 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. 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, sobre los errores in iudicando o in procedendo que se pudieran advertir en la sentencia. **6.- Conclusiones de la Sala.-** Al efecto y luego del análisis de los errores legales que pudieren haber existido en la sentencia impugnada, se ha podido establecer lo siguiente: 1.- En lo relacionado con la interposición del recurso de casación presentado por **Milton Jurado Castro** y confrontado con la sentencia del Tribunal respectivo, se observa que éste aplicó en forma correcta el Art. 257 del Código Penal, por los siguientes hechos: a) de Autos consta que fue el doctor Milton Jurado Castro quien presidió el Comité de Ofertas y Selección del MEF y fue quien igualmente designó a sus miembros, en las personas del licenciado Ricardo Rivera Fierro, Manuel Coronel Ruiz y Fabricio Campaña; b) que el doctor Milton Jurado Castro, ex – Subsecretario Administrativo y Presidente del Comité de Selección de Ofertas, fue quien suscribió algunos contratos, el primero, con la Empresa FRANGIO SINTESIS CREATIVA S.A. representada por la señora Verónica Isabel Palacios Castro por el valor de US \$ 105.952,00 cuyo objeto era realizar la campaña de publicidad de reestructuración de pasivos en el sistema financiero nacional, contrato que no se ejecutó y que terminó por mutuo acuerdo de las partes; por lo que, la referida empresa, en fecha 20 de febrero del 2002, reintegró la MEF el valor del contrato fallido; el segundo, con la Empresa TIONS representada por el señor Andrés Acosta Peralta, por el monto de USD 140.073,67 (fojas 368 a 402), pagándose el

valor total del contrato el mismo día de suscripción, es decir, sin que se haya ejecutado dicho contrato, debiéndose destacar que para el efecto no se contrató ninguna póliza de fiel cumplimiento, además de que los productos y materiales de publicidad cotizados y pagados como consecuencia de la contratación, no constaban en los archivos de la Unidad de Comunicación Social como bienes de propiedad del Ministerio, sino que se hallaban en poder del mismo contratista, conforme consta del oficio N.CCS-133-02, de fecha 24 de abril de 2004 suscrito por la licenciada Mireya Brito Castillo, Coordinadora de Comunicación Social del MEF con lo que se evidencia el perjuicio económico que sufrió el Estado; c) así mismo, procedió a la adjudicación de contrato a favor de la Empresa TIONS representada por el señor Andrés Acosta Peralta, efectuado el 26 de abril del 2002 por el Comité de Selección de Ofertas y que era presidida por el doctor Milton Jurado Castro por el valor de USD 518.678,34 (fs. 301 a 396); d) informe de Contraloría General del Estado sobre indicios de responsabilidad penal resultado del examen especial practicado a la contratación de servicios de publicidad celebrado por el Ministerio de Economía y Finanzas entre el período de enero de 2001 a junio de 2002 (fs. 925 a 1082); e) contrato de arrendamiento de servicios inmateriales (fs. 452 a 455) por el lapso de un mes suscrito por el Dr. Milton Jurado Castro Subsecretario Administrativo del MEF y el señor Carlos Acosta Peralta en calidad de asesor del despacho ministerial asignado a la coordinación de comunicación social por el valor de USD 2000,00 sin especificarse la clase o naturaleza del asesoramiento que efectuaría el contratado; f) de aquellos actos realizados por el doctor Milton Jurado Castro, se puede establecer, con absoluta certeza, no solamente la inconveniencia de la implementación de los contratos de publicidad para la difusión de la reestructuración de activos, sino que en los mismos existieron irregularidades pre-contractuales, pagos anticipados sobrepuestos, hasta en un 500%; y, en el caso específico del contrato celebrado con la Compañía TIONS el 6 de marzo del 2002 por el valor de \$ 140.073,67, los productos y materiales contratados, jamás ingresaron a los activos del Ministerio de Economía y Finanzas; además de que, el valor íntegro del contrato fue pagado a la empresa adjudicada, el 28 de febrero del 2002; esto es, **seis días antes de la celebración de contrato**; y, el contrato celebrado en fecha 31 de diciembre del 2001 con la Empresa SINTESIS DESING, por el valor de \$ 105.952,00, **fue rescindido inexplicablemente** por las partes,, siendo que, el dinero entregado en su totalidad a la compañía adjudicataria del contrato, **recién lo devolvió el 26 de febrero del 2002**, todo aquello, dentro de un irregular y sospechoso proceso de contratación. Lo más grave es que, previo a la selección de ofertas y posterior adjudicación de este último contrato, **“no existía ninguna solicitud previa de la Superintendencia de Bancos ni de la Unidad de Reestructuración de Activos, para realizar la difusión de esta campaña”**. Por lo expuesto, se encuentra plenamente comprobado la comisión del delito de peculado en el que incurrió el doctor Milton Jurado Castro, pues adjudicó contratos violando todo precepto legal, así como hizo mal uso del Acuerdo Ministerial No. 352-A de 27 de diciembre de 2001, expedido por el ingeniero Jorge Morán Centeno Ministro de Finanzas (E) (fs. 913) y ocasionó perjuicio económico al MEF, por el uso arbitrario de los fondos destinados al pago de dichos contratos, por lo que resulta inadmisibles el recurso de casación formulado por el recurrente. 2.- En cuanto a la interposición del recurso de casación formulado por el Ing. **Galo Farfán**

Pacheco Ex –Subsecretario Administrativo del Ministerio de Economía y Finanzas y confrontado con la sentencia de mayoría, la Sala hace las siguientes precisiones: a) que el Ing. Galo Farfán Pacheco, en fecha 22 de mayo de 2002, se limitó a suscribir el contrato entre el Ministerio de Economía Y Finanzas y la Empresa TIONS SA., representada por el señor Andrés Mariano Acosta Peralta, para la implementación de la difusión pública de la campaña nacional de reestructuración de créditos de la banca cerrada; b) que el referido contrato fue adjudicado por el Comité de Selección y Ofertas del MEF presidido por el entonces Sub-Secretario Administrativo doctor Milton Jurado Castro, a favor de la empresa TIONS S.A. en fecha 29 de abril del 2002, conforme consta de la copia del acta respectiva (fs. 301), esto es, **ocho días antes** a la posesión del cargo del Ing. Galo Farfán Pacheco, en calidad de Sub-Secretario Administrativo del MEF, acto que se produjo el 7 de mayo del 2002; c) es decir que, todo el proceso pre -contractual, así como la adjudicación del contrato fue realizado por personas distintas del imputado, en base del informe emitido por el Comité de Selección del Ministerio de Economía y Finanzas integrado por Milton Jurado Castro, Ricardo Rivera, Manuel Coronel y Fabricio Campaña, tomando como antecedente el Acuerdo Ministerial N° 352 suscrito por el Ing. Jorge Morán Centeno, Ministro de Economía y Finanzas, Encargado y mediante el cual, delegó la adjudicación de estos contratos al antes mencionado Comité; d) así mismo, a fojas 301 consta el Acta de Adjudicación del Contrato de fecha 29 de abril del 2007, de la que se desprende que, la decisión de pagar el valor íntegro del contrato; esto es, la suma de \$ 518.678,34, fue única y exclusivamente del doctor Milton Jurado Castro, Subsecretario Administrativo del Ministerio de Economía y Finanzas, cuando en la penúltima cláusula se lee: **“El Comité de Selección de Ofertas, en sesión celebrada el 29 de abril del año en curso, considerando que se han cumplido todos los requisitos previstos en el Acuerdo Ministerial N° 352-A del 27-12-2001y que la Compañía TIONS S.A. presenta la oferta más conveniente a los intereses de la institución, tanto en su valor como en las condiciones generales para el MEF, como consecuencia de lo cual procede a adjudicar a la empresa TIONS S.A. por un valor de ASD \$ 518.678,34 que deberán ser entregados a la suscripción del contrato correspondiente”;** e) del examen que contiene las cláusulas de este contrato, se observa que el mismo cumple con las formalidades y requisitos legales que la ley exige para esta clase contratos, tales como: Garantía de buen uso del anticipo, equivalente al ciento por ciento del valor del contrato, emitido por la compañía de Seguros Memoria SA., precautelando de esta forma el uso correcto de los recursos públicos y que en caso de incumplimiento debe responder por los valores asegurados y su restitución cumpliéndose de esta forma el procedimiento pre-contractual. Tampoco puede pasar por alto de que, este contrato, a la fecha de suscripción, contaba con el **informe favorable** de la Contraloría General del Estado; f) así mismo, el dinero cancelado a la Empresa TIONS SA. Ingresó a la cuenta de dicha compañía conforme lo indica el Dr. Roberto Salgado Superintendente de Compañías según consta a (fs. 1103 a 1106); e) con fecha 18 de julio del año 2002, el Subsecretario Administrativo (E), notifica al señor Andrés Acosta Peralta, Gerente de TIONS S.A. la decisión del Ministerio de Economía y Finanzas de dar por terminado el contrato de conformidad con lo estipulado en la cláusula décimo tercera del mismo, ya que este resultaría inconveniente para los intereses institucionales; y, con

fecha 23 de julio del año 2002, TIONS comunica al Ministerio de Economía y Finanzas su posición respecto a la campaña publicitaria, manifestando su desacuerdo con el criterio del Ministerio, expresando que se debe cumplir el citado contrato; f) el Ministerio de Economía y Finanzas consultó al Procurador y al Contralor sobre la factibilidad de ejecutar las garantías propuestas por TIONS ante la negativa de TIONS de dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo, siendo que, con fecha 10 de septiembre del año 2002, el Subprocurador General del Estado determinó que una vez que el Ministerio de Economía y Finanzas, bajo su responsabilidad ha comprobado las circunstancias por las cuales el contrato de publicidad no es conveniente para los intereses estatales, puede declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato y ejecutar la garantía de fiel cumplimiento del contrato, cuyo valor debe ser reintegrado al Estado. De lo expuesto, no se advierte que el Ing. Galo Farfán Pacheco, haya adecuado su conducta a los elementos de tipicidad que contiene el Art. 257 del Código Penal, ya que según se ha observado, su actuación se limitó únicamente a suscribir un contrato, cuya adjudicación había sido realizado con antelación, por el Comité de Selección y Ofertas del Ministerio de Economía y Finanzas, en cuyas decisiones no participó. En el fallo recurrido, existe una falta de lógica entre la parte motiva, expositiva y resolutive, ya que antes de condenar, es imprescindible sustentar suficientemente el criterio sobre la certeza de la responsabilidad penal del imputado, conforme a derecho corresponde; esto es que, no exista duda alguna en cuanto a que la conducta del procesado es típica, antijurídica y culpable, sin que aquello pueda apreciarse de este fallo, existiendo, por lo tanto, una falsa aplicación de la ley sustantiva penal; pues, además de no evidenciarse el dolo en que pudiera haber incurrido, aquel ha demostrado que el contrato suscrito contaba con todas las autorizaciones legales, garantías adecuadas y disponibilidad de fondos, habiéndose por lo tanto, violado en la sentencia, los Arts. 84, 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal que se refieren al objeto, a la finalidad y a la apreciación de la prueba. 3.- En relación con el escrito de interposición de recurso de casación presentado por el señor **Carlos Acosta Peralta**, la Sala observa lo siguiente: a) de (fs. 452 a 455) consta el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales suscrito el 26 de abril del 2002 entre el Dr. Milton Jurado Castro Subsecretario Administrativo del MEF y el señor Carlos Acosta Peralta, por el cual se obliga a prestar sus servicios profesionales como Asesor del despacho ministerial asignado a la Dirección de Comunicación Social. Cabe señalar que el contrato se lo suscribió por el plazo de un mes comprendido entre el 1 y 31 de abril del 2002, según se desprende de la cláusula cuarta del referido contrato y sin embargo de ello la fecha de firma del contrato es 26 de abril del 2002, es decir que se suscribió, con carácter retroactivo, constando en la versión rendida y que obra a (fs. 1278) que realizó trabajos de campo sobre investigación de mercado en relación con la dolarización del país; c) de autos no consta que el señor Carlos Acosta Peralta, haya suscrito ningún contrato de obra, de venta de materiales o de cualquier otro de naturaleza similar con el Ministerio de Economía y Finanzas y que si bien trabajó en dicha institución del Estado, entre el 1° y 31 de abril del 2002, en calidad de asesor ministerial, aquella actividad lícita y contractual, no lleva implícita la omisión o comisión de delito alguno; d) argüir de la manera más irresponsable que las imputaciones por la comisión del delito de peculado que se hace en contra de Carlos Acosta Peralta se debe a que es hermano del

representante legal de TIONS S.A., así como esposo de la representante de la empresa SINTESIS DESING, es una barbaridad jurídica; ya que, en el evento de que aquellas empresas hubieren causado algún perjuicio al Estado, debía establecerse, por cierto el NEXO CAUSAL entre el supuesto delito y el procesado, lo que no aparece en autos; e) en efecto, la serie de elucubraciones que hace la fiscalía así como el juzgador, únicamente revelan la falta de fundamentación para que proceda una condena, haciendo notorio que de por medio está la libertad y quizá la vida de un ser humano y de su familia, con cuyos derechos y destino no se puede jugar ni juzgar a la ligera; pues, para condenar, se requiere tener el convencimiento cabal de su accionar doloso; y, en este caso, en contra de los bienes del Estado; f) lo único que aparece de autos es de que Carlos Acosta Peralta, laboró en el Ministerio de Economía y Finanzas, entre el 1° y 31 de abril del 2002, siendo que los contratos a favor de SINTESIS DESING y TIONS S.A., se suscribieron el 31 de diciembre del 2001, el 6 de marzo del 2002 y 22 de mayo del 2002 y que si probablemente gestionó la adjudicación de aquellos contratos, aunque no aparece signo alguno de aquello en el proceso, aquella acción es lícita, dentro del marco de la libre contratación. El juzgador no puede elucubrar, no puede especular, así como tampoco establecer presunciones sino únicamente sobre los hechos que se juzgan. SEPTIMO: 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 el doctor Milton Ramiro Jurado Castro; y, en cuanto a los imputados ingeniero Galo Adolfo Farfán Pacheco y Carlos Acosta Peralta, declarando procedente los recursos interpuestos, casa la sentencia recurrida y los absuelve. Una vez ejecutoriada esta sentencia, devuélvase al Tribunal de origen. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Guido Garcés Cobo, Hernán Ulloa Parada, magistrados.- Rodrigo Bucheli Mera, Conjuez Permanente.- Certifico. f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las trece (13) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

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

No. 378-2006

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

Quito, 07 de junio del 2007; a las 10h00.

VISTOS: El sentenciado José Arnoldo Romo Torres, presenta recurso de revisión, contra la sentencia

pronunciada el 8 de noviembre del 2003 a las 08h00, por el Tribunal Quinto de lo Penal de Pichincha, mediante la cual se le impone la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, y multa de 200 salarios mínimos vitales, por considerarlo autor responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, de la antes referida sentencia la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, el 20 de enero del 2004 a las 10h50, en aplicación a los principios generales del derecho procesal penal, se declara incompetente para conocer sobre la consulta dispuesta y ordena que el proceso se devuelva al Tribunal de origen. El recurso presentado por José Arnoldo Romo Torres, fue debidamente fundamentado, 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. 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 revisión propuesto de conformidad con la ley, en virtud la creación de la Sala prevista en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial, 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 pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal de alzada declara la validez de esta causa penal. TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES.- 1.- Mediante auto resolutorio de fecha 11 de mayo del 2003, el Juez Sexto de lo Penal de Pichincha dispone llamar a juicio a José Arnoldo Romo Torres y Marco Leonardo Macías Quintero, contra quienes se determinó presunciones graves de responsabilidad penal como autores del delito de tenencia de cocaína, tipificado y sancionado en el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. 2.- Posteriormente en fecha 8 de noviembre del 2003 a las 08h00, el Tribunal Quinto de lo Penal de Pichincha, judicatura en la que se radicó la competencia del presente juicio, dictó sentencia condenatoria en contra de José Arnoldo Romo Torres, imponiéndole la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, por considerarlo autor responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; y absolviendo a Marco Leonardo Macías Quintero de los cargos presentados en su contra; de conformidad con el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal. Sentencia de la que José Arnoldo Romo Torres interpone recurso de revisión. CUARTO: FUNDAMENTACION DE LA REVISION.- El recurrente sustenta el recurso en el Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, que dice que habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes casos: 4.- **“Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó”**. De conformidad con el inciso final de la norma aludida, la revisión solo podrá declararse con la presentación de nuevas pruebas que demuestre el error de hecho de la sentencia impugnada. QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- La señora Ministra Fiscal interviniente, al contestar la fundamentación del recurso realizada por el recurrente, manifiesta que: 1. Durante el término de prueba, el sentenciado solicita a la Sala se recepen las declaraciones de Elina Ordóñez Obando, Martha Rosario

Sacón Sacón y Wilmer Roberto Carchi Pindo, quienes son coincidentes al manifestar que el acusado se bajó de un taxi, y que eran 4 los individuos que se encontraban en el mismo, y que uno de ellos le encargó la mochila al hoy acusado, pero que solamente detuvieron a los dos y que a las demás personas las dejaron ir. 2. Las aseveraciones de los testigos mencionados anteriormente y presentados como prueba para demostrar que él no es culpable del delito por el que se lo condenó, es insuficiente, toda vez que no ha sido posible establecer la existencia del sujeto llamado Pato Leiver, presumiblemente propietario de la mochila que contenía la droga, lo que hace que el juzgador considere al sentenciado como el verdadero responsable del delito tipificado y reprimido por el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. 3.- El Art. 360 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal, en el que se ha fundamentado el recurrente dice que habrá lugar al recurso de revisión: **“Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó”**. La norma procesal dispone que exceptuando la causal sexta, en los demás casos la revisión solo puede declararse en virtud de nuevas pruebas, que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada. Significa entonces que el recurrente estaba obligado a probar los hechos o indicios falsos que llevaron al Tribunal Penal a dictar la sentencia condenatoria. En el presente caso, no se advierte que en el expediente del recurso de revisión, durante el término probatorio, el recurrente haya presentado nueva prueba que demuestre que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó. Razón por la cual considera que no procede el recurso de revisión interpuesto por José Arnoldo Romo Torres. SEXTO: **CONSIDERACIONES DE LA SALA.-** La Sala hace presente que el recurso de revisión es de carácter extraordinario, su procedencia, taxativamente sólo es posible por las causales señaladas en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, contra sentencia condenatoria ejecutoriada, es decir, su aceptación depende de nuevas pruebas y no de un reexamen de las actuadas en el proceso, excepción de la evidencia de no haberse comprobado la existencia del delito a que se refiere la sentencia. En el caso, el recurrente no ha justificado absolutamente nada que implique que la sentencia se haya dictado en virtud de errores de hecho que demuestren que el sentenciado no es responsable del delito por el cual se lo condenó; por lo que, la Sala hace suyo el dictamen fiscal presentado en este caso. SEPTIMO: **RESOLUCION.-** Por las consideraciones 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**, rechaza por improcedente e infundado el recurso de revisión interpuesto por José Arnoldo Romo Torres y ordena devolver el proceso al Tribunal de origen conforme dispone el Art. 367 del Código de Procedimiento Penal. Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo, Hernán Ulloa Parada, magistrados.

Certifico.

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

Certifico: Que las cuatro (4) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

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

No. 451-2006

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

Quito, 8 de junio 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, en concordancia con la resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de fecha 7 de diciembre del 2005, publicada en el Registro Oficial No. 183 del 9 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 doctor Leonardo Bravo González invocando su calidad de defensor de oficio del ciudadano José Cirilo Maza Soto interpuso dentro de término el recurso de casación de la sentencia pronunciada el 28 de junio del 2006, a las 10h00, por el Tribunal Segundo de lo Penal de Loja que lo condena a seis años de reclusión menor ordinaria en calidad de autor responsable del delito de robo que tipifica el Art. 550 y sanciona el inciso segundo del Art. 552 numerales 2 y 3 del Código Penal en relación con los Arts. 30 y 42 ibídem. 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 el escrito del recurrente que se incorpora al expediente de la Sala, al fundamentar la casación manifiesta que el Tribunal Penal de Loja violó las normas legales contenidas en los Arts. 29 numerales 6 y 7; 30 inciso primero y 72 del Código Penal; precisa que los juzgadores incurrieron en evidente error in iudicando de derecho porque desconocieron las atenuantes 6 y 7 del Art. 29 del código invocado, en concordancia con el Art. 72 del mismo al declarar en el fallo que “el hecho fue consumado por la noche y con fuerza causando alarma social, por la forma como se perpetró, lo que impide tomarse en cuenta para la modificación de la pena a imponérsele, constituyéndose en agravantes al tenor de lo preceptuado en el Art. 30 inciso primero del Código Penal.” Esta norma legal señala que son circunstancias agravantes cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción, pero ocurren que en este caso, la fuerza y la nocturnidad son circunstancias constitutivas y modificatorias del robo según los Arts. 550 y 552 del Código Penal, por lo cual pide a la Sala corregir la violación de la ley, aplicando el derecho y reconociendo las

atenuantes a favor del sentenciado.- QUINTO: DICTAMEN FISCAL.- Al contestar el traslado que se le corrió con el escrito de fundamentación del recurso, expresa la Ministra Fiscal General, subrogante que en el caso se advierte que las circunstancias agravantes genéricas previstas en el numeral 4 del artículo 30 del Código Penal, como el haber actuado por la noche y con fuerza “son también constitutivas del delito por el cual se sancionó al acusado, y en consecuencia dejan de ser tales (genéricas) y pasan a constituirse en elementos tipo de la infracción, o constitutivas o modificatorias”, por lo que resultan erradas las apreciaciones realizadas en la sentencia por el Tribunal Penal de Loja, sugiriendo que la Sala corrija ese error de derecho.- SEXTO: ANALISIS DE LA SALA Y RESOLUCION.- De acuerdo con la sentencia cuestionada se ha justificado la existencia material del robo al almacén de Johana Elizabeth Luna Irene, ubicado en la avenida Catamayo y Eugenio Espejo del cantón Catamayo del que se han sustraído, previa fractura de la seguridad varios teléfonos celulares, tarjetas y dinero en efectivo, acto ocurrido entre la media noche del viernes 2 y madrugada de sábado 3 de diciembre del año 2005 apareciendo como autor José Cirilo Maza Soto, quien fue identificado por varias personas, en especial por la ofendida señora Luna Irene y el doctor José María Chamba González, quienes un día antes en hora de la tarde atendieron en sus locales al hoy sentenciado, e igualmente reconocieron a este ciudadano Nelson Eduardo Martínez y Jhinson Montaña Quiroga.- El perito Luis Fernando Acaro Castillo quien reconoció el lugar al declarar ante el Tribunal ratificó su informe pericial, en el que deja constancia de que el candado que aseguraba la puerta lanfor del consultorio del doctor Chamba ha desaparecido, “existiendo huellas del forzamiento en el lado izquierdo” sin poder precisar si el candado fue roto o forzado con sierra o cizalla o se utilizó una barreta o palanca. Una vez dentro del consultorio el infractor ha forzado una aldaba que aseguraba la puerta que comunica con el almacén de la señora Johana Elizabeth Luna, logrando ingresar a este local donde han sido sustraídos varios bienes que exhibía en una vitrina.- Determinados estos hechos se concluye: 1).- Que la infracción de robo prevista en el artículo 550 del Código Penal ha sido justificada de conformidad con lo dispuesto por el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal, determinándose la concurrencia de fuerza en las cosas, pericialmente comprobado, que deviene en agravante constitutiva o modificatoria de la infracción; 2).- Que por no haberse realizado el ilícito con “violencia contra las personas” el delito se encuadra en la primera parte del artículo 551 del Código Penal que se encuentra sancionada con prisión correccional de uno a cinco años; 3).- El acto punible para ser robo calificado en los términos del artículo 552 del Código Penal, debe ser perpetrado en las circunstancias previstas en esta disposición y en el caso, en los numerales 2 y 3 que invoca el Tribunal Penal, concluyendo que en autos no consta ninguna prueba relativa al uso de “armas” por parte del agente activo, quien no actuó en despoblado, ni en camino ni vías públicas ni en pandilla, aunque la infracción fue perpetrada en la noche; 4).- Tampoco se ha determinado con precisión si el agente actuó en “pandilla” en los términos del artículo 601 del Código Penal, porque los testigos no son unánimes en sus asertos, uno de ellos dice haber visto a dos personas que maniobraban el candado de la puerta lanfor del consultorio del doctor Chamba y el otro que solo vio a uno, esto es, al sentenciado Maza Soto quien seguramente pretendía abrir el candado.- 5).- No se dan en el hecho las circunstancias

señaladas en el numeral 3 del artículo 552 del Código Penal porque no existió perforación o fractura de pared, cercado, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias habitadas y que por tratarse de agravantes constitutivas o modificatorias originan un nuevo tipo, el cual admite la aplicación de las circunstancias atenuantes a favor del justiciable.- 6).- Habiendo la constancia evidente de que el robo se perpetró por la noche, esta única agravante constitutiva no influye en la tipificación delictiva, porque por sí sola no convierte el robo simple en robo calificado ni tampoco agrava la punición, al tenor del texto del inciso segundo del numeral 4 del artículo 552 del Código Penal que preceptúa: “Cuando concurren **dos o más** de las circunstancias a que se refieren este artículo la pena será de reclusión menor de seis a nueve años”.- 7).- Bajo este presupuesto legal la infracción cometida por José Cirilo Maza Soto es el robo que tipifica el artículo 550 y sanciona el artículo 551 primera parte, ambos del Código Penal, que se encuentra reprimido con prisión de uno a cinco años; en este caso puntual son admisibles las circunstancias atenuantes como las justificadas por el sentenciado de ejemplar conducta observada con posterioridad a la infracción y conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso.- 8).- En definitiva, el Tribunal Penal incurrió en la sentencia en un error de derecho al tipificar como robo calificado lo que en esencia es un robo simple, negando por lo mismo las atenuantes justificadas lo que deviene en una falsa aplicación de la ley y errónea interpretación de ella en la sentencia.- Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, aceptando en parte el recurso de casación, la Sala impone a José Cirilo Maza Soto la pena modificada por las atenuantes señaladas en el numeral 7 de este fallo, de dos años de prisión correccional, que se descontará del tiempo que haya permanecido privado de la libertad por esta misma causa.- Devuélvase el proceso al Tribunal Penal de origen para los fines legales consiguientes.- Notifíquese y publíquese.

Fdo.). Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo, Hernán Ulloa Parada, magistrados.

Certifico.

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

Certifico: Que las cinco (5) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

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

No. 476-2006

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

Quito, 7 de junio del 2007; las 10h00.

VISTOS: El acusador particular Jaime Esteban Arteaga Núñez, así como el Agente Fiscal Distrital de Pichincha, presentan recurso de casación contra la sentencia pronunciada el 17 de agosto del 2006 a las 08h00, por el Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha, la misma que condena a Luis Miguel Cedeño Moreira, a la pena de cuatro años de prisión correccional, fundamentando esta decisión, en los Arts. 25, inciso segundo y, 75 inciso tercero, del Código Penal y, 305, 312 y 315, del Código de Procedimiento Penal, disponiendo además, el pago al fisco de la multa de diecinueve dólares, con costas, daños y perjuicios que la infracción haya causado. El recurso presentado fue debidamente fundamentado por la señora Ministra Fiscal del Estado, subrogante, quien contestó, de conformidad con lo que establece el Art. 354 del Código de Procedimiento Penal, no así por el acusador particular, habiéndose, por lo tanto, dispuesto su deserción. 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 a la Ley Orgánica de la Función 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.- Mediante auto resolutivo de fecha 26 de septiembre del 2005, el Juez Décimo Noveno de lo Penal de Pichincha, dispone llamar a juicio a Luis Miguel Cedeño Moreira, contra quien se determinó presunciones graves de responsabilidad penal como autor del delito de asesinato tipificado en el Art. 450 numerales 1, 4 y 7 del Código Penal 2.- Posteriormente, en fecha 17 de agosto del 2006, el Tribunal Penal Primero de Pichincha, judicatura en que se radicó la competencia del presente juicio, dictó sentencia condenatoria en contra de Luis Miguel Cedeño Moreira, imponiéndole la pena de cuatro años de prisión correccional, como autor de la muerte del ciudadano Jaime Roberto Arteaga Marçayata, sin especificar en la parte resolutive de la sentencia la tipicidad del delito por el que se lo condena, sentencia de la que el Fiscal de Pichincha, así como el acusador particular interponen recurso de casación.

CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- La señora Ministra Fiscal interviniente, al contestar la fundamentación del recurso de casación manifiesta: 1.- Que el Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha ha declarado que se encuentra comprobada la existencia material de la infracción con los actos precisados en el considerando quinto del fallo. Que en cuanto se refiere a la responsabilidad del acusado, el juzgador ha consignado su análisis jurídico objetivo, en el acápite octavo de la sentencia, del que se establece entre otras consideraciones que el ahora occiso fue visto con un arma de fuego en su mano, "que no ha sido recuperada"; que el acusado dice haber escuchado el primer disparo del arma exhibida por Arteaga, por lo que se lanzó al piso, mientras simultáneamente sacaba su arma del bolsillo y la disparaba "a discreción, rechazando la agresión y suprimiendo el riesgo provocado sorpresivamente en su contra"; lo que se prueba con la experticia médico legal, que dictamina que

la trayectoria del proyectil mortal en la región maxilar izquierda es de "abajo hacia arriba, de izquierda a derecha y, de adelante hacia atrás", ángulo que corresponde inequívocamente a la aseveración del acusado de que hizo el disparo desde un nivel bajo; afirma que la prueba de descargo ha demostrado la conducta excelente y la ninguna peligrosidad criminal del acusado; así como la legitimidad de la tenencia del arma del acusado; y, finalmente se refieren como demostración de descargo a la copia certificada de la denuncia presentada por Segundo Marçayata Tipán contra su yerno Jaime Arteaga Núñez y su nieto Roberto Arteaga Marçayata, ahora occiso, por sustracción de dinero, lo que deja de manifiesto la condición conflictiva de éstos. 2.- Que el hecho acusado corresponde al delito de asesinato, tipificado y sancionado en el Art. 450, circunstancia 4 del Código Penal, de quien en vida respondió a los nombres de Roberto Arteaga Marçayata. En el caso en examen dice la Ministra, se advierte que en la parte resolutive de la sentencia, no se especifica cuál es el delito por el que se está condenando a Cedeño Moreira, de quien tampoco consta su grado de participación; así como en qué se fundamentó para graduar la pena. Que llama la atención la irresponsabilidad del juzgador al incumplir lo dispuesto en el Art. 24, numeral 13 de la Carta Política del Estado, al considerar como ciertos, hechos que no se han probado, tales como que el hoy occiso fue quien primero sacó su arma, y realizó un disparo, cuando la policía recogió las vainas que se encontraron en el lugar, y luego de su análisis todas coinciden con el arma que portaba el acusado; prueba científica con la que queda sin sustento lo mantenido por los testigos de descargo, quienes afirman que el hoy occiso y el acusado portaban armas; y más bien con la prueba actuada, se establece que fue el acusado quien realizó los disparos, ensañándose con la víctima, quien se encontraba herida en el suelo, pese a lo cual continuó disparándole; hechos que no dejan duda sobre la responsabilidad de Luis Miguel Cedeño Moreira, como autor del delito de asesinato, tipificado y sancionado en el Art. 450, numeral 4 del Código Penal. Por lo expuesto, se evidencia que el Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha, violó la ley al dictar sentencia, en especial lo preceptuado en los Arts. 84, 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal, al hacer una errada valoración de la prueba; así como los Arts. 250, 252 y 304-A ibídem, toda vez que no consideró todo el acervo probatorio del que se desprende la responsabilidad de Cedeño Moreira; razón por la cual solicita a la Sala case la sentencia y en su lugar emita otra, corrigiendo el error de derecho advertido y condene a Luis Cedeño Moreira, como autor responsable del delito que tipifica y reprime el Art. 450 causal 4 del Código Penal.

QUINTO: ANALISIS DE LA SENTENCIA.- 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, existe constancia plena de la materialidad de la infracción, ya que el fallecimiento del ciudadano Jaime Roberto Arteaga Marçayata, se produjo como consecuencia de los disparos de revólver que le comprometieron órganos vitales y por cuya consecuencia dejó de existir, tanto más que, al respecto no existe impugnación alguna. En cuanto a la responsabilidad penal del imputado, la Sala está imposibilitada de reexaminar las pruebas, así como tampoco juzgar los medios intelectivos por los cuales el juzgador llega al convencimiento de esta verdad, ya que el Juez para hacer esta valoración realiza previamente un examen racional de las pruebas, en base de la lógica del raciocinio, esencia misma de la sana crítica, que, de conformidad a lo que expresa COUTURE, en su "Vocabulario Jurídico" (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983), es aquella **"calificación atribuida a las reglas que rigen los juicios de valor emitidos por el entendimiento humano en procura de su verdad, por apoyarse en proposiciones lógicas y correctas, y por fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad"**. 3.- El Ministerio Público a través de su titular manifiesta que la sentencia de cuatro años de prisión correccional impuesta por el Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha, en contra del imputado Luis Miguel Cedeño Moreira, es pírrica, en razón de que en la audiencia del juicio se comprobó la comisión del delito de asesinato y la culpabilidad del acusado, quien encuadró su conducta a lo previsto en el numeral cuatro del Art. 450 del Código Penal, advirtiendo que en la parte resolutive de la sentencia no se especifica cuál es el delito por el que se condena al recurrente, así como tampoco se hace mención a su grado de participación. 4.- El homicidio para que pueda calificarse de asesinato, tal como lo solicita el Ministerio Público, debe cometerse con alguna de las agravantes constitutivas de la infracción mencionadas taxativamente en el Art. 450 del Código Penal, todas ellas vinculadas a un denominador común: la premeditación. En efecto, la alevosía, por precio o promesa, por medio de incendio, inundación, veneno, descarrilamiento, ensañamiento, imposibilitando a la víctima para defenderse, por un medio capaz de causar grandes estragos, buscando de propósito la noche, en despojado, con el fin de que no se descubra el delito, con el fin de preparar otro delito o lograr su impunidad son circunstancias que requieren una deliberada planificación material, incluso una predisposición mental para alcanzar el éxito en el propósito de terminar con la vida de otra persona; es decir, el sujeto activo del delito sabe cómo, por qué, con qué, para qué, dónde y cuándo va a consumar su acto delictivo. 5.- Con estas precisiones, ubiquémonos en la realidad fáctica: a) El imputado Luis Miguel Cedeño Moreira, el día 23 de abril del 2005, a las 02h30, se encontraba en el lugar de su trabajo, realizando sus labores habituales como vendedor en el "Minimarket" ubicado en la esquina de las calles Florida y Alpayaca, en el cantón Sangolquí, provincia del Pichincha, siendo que, en estas circunstancias llegaron hasta el indicado lugar dos camionetas con unas veinte personas, aproximadamente, entre los que se encontraba el ahora occiso Jaime Roberto Arteaga Marçayata, razón por la cual, el imputado salió al encuentro con una botella de cerveza con el objeto de brindar a los recién llegados, formándose una discusión entre éste último y Cedeño Moreira, a quien le reclamaba por haber ido a comentar a su padre (el de Arteaga Marçayata), sobre una deuda de trece dólares que debía pagarle por consumo de licor, valor del cual se encontraba en mora desde la navidad anterior (2004); b) Iniciada la discusión, existen dos versiones; una, que Luis Cedeño

Moreira, salió desde el local de ventas con una botella de cerveza que rompió en la calzada, reclamándole a su deudor Jaime Roberto Arteaga Marçayata, sobre el valor adeudado, para luego, sin mediar motivo, sacar un revólver y realizar varios disparos que terminaron con la vida de su contrincante, ensañándose ya que inclusive le disparó a su víctima cuando se encontraba en el suelo; la otra, de que Arteaga Marçayata, con la participación de sus numerosos acompañantes, llegó a provocar a su acreedor, increpándolo por haber ido a conversar a su padre sobre la deuda contraída, haciendo el primer disparo, lo que dio origen a la respuesta de Cedeño Moreira, que finalmente terminó con la vida de su contrincante. 6.- De lo expresado, resulta inadmisibles que una sola persona haya salido, de su lugar de trabajo a fin de provocar y peor agredir a otra que llegó con veinte acompañantes, aproximadamente. Hay que tomar en cuenta que, el imputado Luis Miguel Cedeño Moreira, el día de los hechos se encontraba en su lugar de trabajo, no tenía previsto la presencia en ese lugar de Arteaga Marçayata, ni de la veintena de acompañantes; es decir, jamás pudo haber prevenido los hechos que se produjeron, ni haber planificado alguna agresión y peor el de haber imaginado que esa madrugada iba a convertirse en un homicida, de allí que, la apreciación del Ministerio Público, de un probable asesinato, no tiene ningún asidero ni legal ni procesal, cuanto más que, de conformidad al protocolo de autopsia (fs. 120 y 121), todos los disparos, tanto los de cerca, así como los de lejos, fueron realizados **"de abajo hacia arriba"**; es decir, cuando el agresor estaba en el suelo, lo que concuerda con el testimonio rendido por éste en la audiencia de juzgamiento cuando expresa que: **"cuando llegó Arteaga a su lugar de trabajo éste se puso bravo y empezó a reclamarle el por qué había ido a cobrar la deuda a su padre, que en esos momentos intervinieron agresivamente los amigos de Arteaga y pensó que habían aprovechado esa madrugada para agredirle... y pese que se encontraba un tanto tomado y con sueño, alcanzó a ver que ROBERTO ARTEAGA tenía en su mano una arma, no recuerda si estaba apuntando, pero su reacción fue también sacar el arma que portaba, pero cuando escuchó un disparo se lanzó al piso y empezó a disparar, hizo un disparo arriba y luego otros más abajo, no recuerda con precisión a quien mismo disparó"**. 7.- Se podría inferir que de todas las versiones y testimonios rendidos dentro de este proceso que, existe duda razonable sobre las afirmaciones que tanto los testigos de cargo y descargo han realizado, por ser contradictorias y defender sus respectivos puntos de vista, sin embargo los hechos analizados con lógica y sentido común conducen a determinar que los disparos realizados por el imputado, se produjeron en un exceso de legítima defensa. No puede soslayarse claras disposiciones legales y constitucionales que contienen el principio universal del indubio pro reo, aplicables en el presente caso, por las razones antes relatadas. 8.- Los hechos y actos atribuidos a Luis Miguel Cedeño Moreira, al haber disparado en contra de Jaime Roberto Arteaga Marçayata, con la intención de victimarlo, encuadran perfectamente en los presupuestos del Art. 449 del Código Penal (homicidio simple), con la circunstancia de excusa del inciso segundo del Art. 25 (exceso de legítima defensa), en concordancia con el inciso tercero del Art. 75 del Código Penal que contempla la reducción de la pena. Lo que si es censurable es la omisión del Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha, al no haber tipificado correctamente el delito imputado por el cual dictó la condena, pues, al amparo del Art. 312 del Código de Procedimiento Penal, es una obligación del juzgador,

cuando se expresa que: **“La sentencia condenatoria deberá mencionar cómo se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; determinará con precisión el delito por el cual se condena y la pena que se impone...”**. **SEXTO: RESOLUCION.-** Por las consideraciones 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 dispone el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, casa parcialmente la sentencia recurrida, al tipificar correctamente el delito cometido por Luis Miguel Cedeño Moreira, condenando a éste a la pena de cuatro años de prisión correccional y multa de diecinueve dólares, más los daños y perjuicios ocasionados, como autor responsable del delito que tipifica y sanciona el Art. 449 del Código Penal, en concordancia con el Art. 25, inciso segundo y 75, inciso tercero del mismo cuerpo de leyes. Una vez ejecutoriado este fallo, devuélvase este proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia.- Notifíquese y publíquese.

Fdo.). Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo, Hernán Ulloa Parada, magistrados.

Certifico.

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

Certifico: Que las seis (6) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.
No. 494-2006

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO PENAL

Quito, 11 de junio del 2007; 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 7 de diciembre del 2005, publicada en el Registro Oficial No. 183 del 9 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.-** Diego Manolo Dávalos Cáceres y Servio Guillermo Espinosa Montaña han interpuesto sendos recursos de casación de la sentencia pronunciada por el Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha el 10 de agosto del 2006, a las 08h20, que les condena a la pena de cinco años de prisión correccional como autores responsables del delito de estafa que tipifica y sanciona el artículo 563 del

Código Penal, más la multa de 56 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica a cada uno y el pago de daños y perjuicios causados al acusador particular Dr. Teodoro Enrique González Merchán y los honorarios del abogado defensor.- Concedidos los recursos y sorteada la causa su conocimiento correspondió a esta Sala competente por lo mismo para resolver las impugnaciones.- **CUARTO: FUNDAMENTACION DE LOS RECURSOS.-** De conformidad con lo que establecen los artículos 352 y 353 del Código de Procedimiento Penal, los recurrentes han fundamentado sus recursos de casación mediante escritos que se agregan a fojas 4 a 7 y 8 a 14 del expediente de la Sala, en los que manifiestan: por una parte Diego Manolo Dávalos Cáceres señala que se ha violado el artículo 563 del Código Penal pues no se ha comprobado en el proceso la existencia material del delito de estafa; se ha inobservado el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal porque para redactar el fallo no ha existido la deliberación del Tribunal Penal quien debió proceder con vista del proceso y de las pruebas practicadas durante la audiencia. Igualmente, hay violación del artículo 312 del Código ibídem porque en la sentencia condenatoria no se ha señalado la manera cómo se comprobó el delito y su responsabilidad penal. Observa también que en la sentencia se contraviene el artículo 30 numeral 5 del Código Penal que ha sido aplicado erróneamente al rechazar dos atenuantes previstas en el artículo 29 ibídem, y que al no existir agravantes no constitutivas ni modificatorias operaban en la rebaja de su condena.- Por su parte, el impugnante Servio Guillermo Espinosa Montaña expresa que no existe pruebas de cargo que justifiquen la sentencia condenatoria y en lo que a el respecta no se ha comprobado legalmente la existencia del delito de estafa, habiendo el Tribunal Penal contravenido el artículo 563 del Código Penal ya que en su caso no se cumplen los presupuestos legales constitutivos del delito. De igual manera manifiesta que en la sentencia se ha violado el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal porque no ha habido una correcta deliberación del Tribunal sobre el contenido del proceso en el que no existen pruebas en su contra aportadas por el fiscal y el acusador particular. Tampoco los juzgadores establecen con claridad la manera cómo llegaron a comprobar la existencia del delito ni su responsabilidad penal; alega que también se ha violado el artículo 24 numeral 3 de la Constitución Política de la República que se refiere a que debe existir la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones, lo cual no ha sido aplicado en el fallo impugnado. Finalmente, señala que se han contravenido los artículos 29 numerales 6 y 7, 30 numeral 5 y 73 del Código Penal porque los juzgadores sin fundamento se han negado a considerar las atenuantes que le favorecen.- **QUINTO: DICTAMEN FISCAL.-** La Ministra Fiscal General subrogante cumpliendo lo que dispone el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal ha dado contestación al traslado que se le corrió con los escritos de fundamentación de la casación, fojas 21 a 23, y al respecto manifiesta que examinada la sentencia para establecer si en ella se ha violado la ley por cualquiera de las formas determinadas en el artículo 349 del citado código, concluye que en el fallo se declara comprobada la existencia del delito que tipifica el artículo 563 del Código Penal con la certificaciones siguientes: del Banco del Pichincha acreditando que el 29 de septiembre del 2003 concedió un préstamo de \$ 250.000 a Teodoro Enrique González Merchán; oficio del jefe de la Agencia No. 9 del Banco Internacional de Quito que anexa el movimiento de la cuenta corriente No. 025 001 970-2 abierta el 3 de septiembre del 2003 por Diego Manolo Dávalos Cáceres

con dineros del acusador, cuenta cerrada el 24 de agosto del 2005; copia de la transferencia de \$ 250.000 ordenada el 1 de octubre del 2003 por Dávalos Cáceres desde su cuenta corriente al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria de Madrid-España, a la orden de Cabo Romano S.A. con el supuesto fin de iniciar el proceso de obtención de un préstamo de \$ 1'000.000 de dólares para el proyecto de González Merchán de edificar la Corporación Internacional Educativa "Los Chillos".- Con dicho depósito debía iniciarse el trámite para la "obtención y arrendamiento del colateral estipulado y acordado que generaría los respectivos financiamientos en el desarrollo de proyectos en el Ecuador", para lo cual se ofreció Dávalos Cáceres. El documento de recepción de la transferencia en Madrid está firmado en Miami por la Vicepresidenta de Cabo Romano S.A. Beatriz Padrón.- Así mismo hay constancia documental de la transferencia de \$ 69.958,50 del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria para depositar en el Banco Internacional de Quito cuenta de Dávalos Cáceres, ordenada por Cabo Romano S.A.- En síntesis, estos documentos constituyen prueba inequívoca de los varios depósitos efectuados por el acusador en la cuenta corriente del Banco Internacional a nombre de Diego Manolo Dávalos Cáceres, que fue aperturada por el perjudicado con sus propios recursos y que su monto los estima en \$ 302.900 dólares aseveración no desmentida por Dávalos Cáceres.- Ha sido agregada como prueba una compulsión de una copia certificada que contiene el cronograma de futuros desembolsos que ofrecía hacer Cabo Romano S.A. BVI remitida desde las Islas Vírgenes, documento suscrito por el Presidente de dicha compañía José Mejía y la Vicepresidenta Beatriz Padrón en el que ofrecen iniciar el Programa de Inversión de \$ 10'000.000 en la República del Ecuador, previo depósito del futuro prestatario del 30%, requisito que permitía al Dr. Teodoro González recibir un préstamo de financiamiento de \$ 760.000.- Finalmente la Superintendencia de Compañías ha certificado que en el Ecuador no se encuentra registrada Cabo Romano S.A. aunque en Miami existió en el 2004 una compañía de igual nombre que se liquidó por mora en el pago de impuestos.- La representante del Ministerio Público determina la responsabilidad penal de Diego Manolo Dávalos Cáceres quien fue empleado de confianza del acusador Dr. Teodoro González Merchán y trabajó además en su Corporación Educativa de los Chillos, y los dos proyectaron la creación de un Instituto Tecnológico Superior con una inversión de 1'000.000 de dólares, ofreciéndose Dávalos a gestionar el financiamiento dada la vinculación que dijo tener con Cabo Romano S.A. que le había autorizado para gestionar préstamos internacionales; sobre esta base Dávalos logra convencer a González para que se endeude con el Banco del Pichincha por la cantidad de \$ 250.000 con la hipoteca de sus bienes inmuebles, y la venta de sus vehículos con el fin de completar el 30% del depósito exigido por la financista para conceder el crédito, logrando reunir \$ 302.900 que fueron depositados en la cuenta corriente número 025-00-19-702 del Banco Internacional abierta a nombre de Dávalos; de este valor Dávalos transfirió \$ 250.000 dólares al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria para acreditar en la cuenta corriente de Cabo Romano S.A., pese a lo cual no llegó a efectuarse el préstamo ofertado, aunque hay constancia de la devolución de \$ 70.000 dólares transferido el 12 de noviembre del 2003 por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria de Madrid a través de Citibank, por cuenta de Cabo Romano S. A., acreditado en la cuenta corriente de Dávalos. Según la Ministra Fiscal General estas actuaciones le convierten a **Diego Manolo Dávalos Cáceres** en autor

intelectual y material del plan delictivo que lo realizó de manera perfecta abusando de la buena fe y confianza del acusador a quien hizo que se endeude en el Banco del Pichincha hipotecando sus bienes inmuebles y vendiendo sus vehículos y finalmente, esos dineros consiguió con artificios y engaños que los depositó en su cuenta corriente del Banco Internacional bajo la esperanza ilusoria de conseguir un préstamo internacional de una empresa cuya existencia legal no se ha comprobado, perjudicando gravemente a Teodoro González en su patrimonio económico.- La responsabilidad penal de **Servio Guillermo Espinosa Montaña**, se colige porque el 1° de septiembre del 2004 el acusador Dr. Teodoro González Merchán recibió una llamada telefónica de Espinosa Montaña quien le dijo ser representante de Cabo Romano S.A. en el Ecuador y había llegado a conocer las actuaciones de Diego Manolo Dávalos, informándole que Cabo Romano S.A. no le entregaría el préstamo ofertado de \$ 760.000 dólares y únicamente le devolvería su transferencia de \$ 250.000 correspondiente al 30% exigido para iniciar el proceso, dinero que según el acusador jamás le fue devuelto. La Ministra Fiscal General establece la responsabilidad penal de Servio Guillermo Espinosa Montaña fundamentada en dicha llamada telefónica y además porque según el acusador tanto Espinosa y Dávalos habían viajado a Madrid-España en marzo del 2003 y también porque llegó a conocer que Servio Guillermo Espinosa había sido Presidente de la Compañía Vencedores del Pichincha que había mantenido contactos con Cabo Romano S. A. a la que transfirió \$ 40.000 pero tampoco obtuvo el préstamo ofrecido y al parecer los socios perdieron ese dinero. Se ha exhibido un documento suscrito por los supuestos presidente y vicepresidente de Cabo Romano S.A. quienes designan a Servio Guillermo Espinosa Montaña como su representante en Ecuador.- Con estos antecedentes, la representante del Ministerio Público concluye que los dos acusados devienen en autores del delito de estafa y solicita a la Sala desestimar los recursos de casación interpuestos porque no se ha demostrado que el Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha hubiere en su sentencia infringido las disposiciones legales puntualizadas en los respectivos escritos de fundamentación de los recursos.- SEXTO: ANALISIS DE LA SENTENCIA Y RESOLUCION DE LA SALA.- 1).- Las alegaciones de los recurrentes de que el Tribunal Penal ha hecho una falsa aplicación del artículo 563 del Código Penal por lo que no existe el delito de estafa, no se sustentan en ningún fundamento legal pues como lo puntualiza la Ministra Fiscal General existe prueba documental legalmente actuada y judicializada en la audiencia de juzgamiento ante el Tribunal Penal con lo cual se ha acreditado la existencia legal del delito de estafa, porque en el acto acusado concluyen todos los elementos del tipo delictivo que describe el artículo 563 del Código Penal.- 2).- Es evidente que hubo un grave perjuicio al patrimonio económico del acusador que le ha colocado al margen de la quiebra por la intervención fraudulenta, directa e inmediata de Dávalos Cáceres quien logró engañar a su víctima con la posibilidad de conseguir un crédito imaginario de una financiera internacional cuya existencia legal no se ha comprobado, deviniendo en autor intelectual y material de la estafa según el análisis detallado que consta en el fallo de la prueba documental, que fue materia de deliberación por parte de los juzgadores quienes no violaron el contenido del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal porque terminada la audiencia pública examinaron las actuaciones judicializadas en la etapa del juicio sobre la infracción y la responsabilidad y con ese fundamento

emitieron su resolución.- 3).- La sentencia contiene un análisis minucioso de los hechos ya que menciona la manera cómo se comprobó la existencia del delito por el cual se condena, tipificando el ilícito como estafa de acuerdo con el artículo 563 del Código Penal, determinando también la pena, cumpliendo de esta manera la exigencia contemplada en el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal. En definitiva, con vista de este acervo probatorio los juzgadores llegaron a la certeza de la existencia del delito y de la responsabilidad penal dando cumplimiento también a lo que preceptúa el artículo 304-A del Código ibídem.- 4).- Se determina por consiguiente que la prueba judicializada y en especial la documentación materia de análisis por el Tribunal Penal acredita de manera indubitable la existencia material del delito de estafa que tipifica y sanciona el artículo 563 del Código Penal, pues consta que el ofendido transfirió sus dineros a la cuenta corriente aperturada a nombre de Diego Manolo Dávalos Cáceres en el Banco Internacional de Quito, para ejecutar un proyecto de financiamiento internacional, por lo que este último transfirió ese dinero a la cuenta de Cabo Romano S.A. del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria de Madrid-España, bajo la oferta ilusoria de que obtendría un crédito de 1'000.000 de dólares o por lo menos de 760.000 dólares que requería González para crear un instituto internacional de educación en los Chillos. A la fecha se ignora el destino de los 250.000 dólares aunque se conoce que 70.000 dólares fue transferido por Cabo Romano S. A. debitando de la cuenta en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria que ha sido acreditada en la cuenta de Dávalos mantenida en el Banco Internacional.- 5).- Las diversas actividades desplegadas por Dávalos Cáceres para conseguir entrar en posesión de dineros ajenos empleando falsas calidades y manejos fraudulentos para hacer creer a Teodoro González Merchán de la existencia de una empresa que le otorgaría un crédito resultaron ofertas falsas e imaginarias que le permitieron al agente activo engañar y abusar de la confianza y credulidad del acusador, lo que finalmente ocasionó al ofendido un grave daño patrimonial porque no ha podido cancelar su deuda al Banco de Pichincha y sus propiedades están hipotecadas sufriendo un colapso económico. En consecuencia, Diego Manolo Dávalos Cáceres por su conducta fraudulenta deviene en autor del delito de estafa.- Los graves efectos económicos sufridos por el agente pasivo han permitido a los juzgadores establecer que la estafa perpetrada constituye "un daño de relevante gravedad, en consideración a las condiciones del ofendido", lo que deviene en circunstancia agravante según el artículo 30 parte final del numeral 5 del Código Penal que impide considerar las atenuantes, de ahí que el Tribunal Penal no ha violado los artículos 29, 30 y 73 del Código Penal al negar en la sentencia la modificación de la pena.- 6).- En lo que respecta al acusado Servio Guillermo Espinosa Montaña, la prueba sobre su autoría en el ilícito que tipifica y sanciona el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal es insuficiente y cuestionable, porque su intervención es muy posterior a la actuación de Dávalos quien por su cuenta y riesgo estructuró un proyecto imaginario de financiamiento por parte de una supuesta prestamista denominada Cabo Romano S.A.. El acusado Espinosa Montaña no actuó en los comienzos y en el desarrollo de dicho plan fraudulento, no tuvo connivencia directa e inmediata con Dávalos y en el fallo no hay constancia de la asociación dolosa de estos dos sujetos para planificar la apertura de la cuenta en el Banco Internacional y conseguir que González deposite una cuantiosa cantidad de dólares en esa cuenta ajena, tampoco aparece que

hubiere requerido la transferencia del 30% a la cuenta de la prestamista en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria de Madrid, donde finalmente ha desaparecido el depósito. Sólo casi al final del proceso del crédito fallido se conoce de la existencia de Servio Guillermo Espinosa Montaña por una llamada telefónica que hizo al ofendido y por haber viajado a Madrid, descubriéndose que es presidente de la empresa Triunfadores del Pichincha la que también fue perjudicada por Cabo Romano S.A., Además, Espinosa Montaña informa al acusador que la financiera no le entregaría el préstamo y solo se limitaría a devolver la cantidad transferida de 250.000 dólares; estas circunstancias fácticas determinan de manera inequívoca que no actuó desde el principio secundando el proyecto fraudulento de Dávalos.- Si bien la conducta de Servio Guillermo Espinosa Montaña no se encuadra en la autoría intelectual ni material de la estafa, en cambio por las pruebas analizadas por el Tribunal en su sentencia se concluye que cooperó indirecta y secundariamente con el autor Diego Manolo Dávalos Cáceres para la ejecución de la estafa, lo que le convierte en cómplice del delito que tipifica el artículo 563 del Código Penal según lo preceptuado por los artículos 43 y 47 del mismo código.- La Sala establece un error en cuanto a la gradación de la responsabilidad incurrida por los juzgadores en el fallo condenatorio, en relación al recurrente Espinosa Montaña, por lo que con sujeción a la ley se determina, que su conducta antijurídica se encuadra en la complicidad distinta a la atribuida al autor Dávalos Cáceres.- Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Diego Manolo Dávalos Cáceres. En cambio se admite en parte el recurso de Servio Guillermo Espinosa Montaña por lo que rectificando el error en la aplicación de la ley se le declara cómplice de la infracción de estafa que tipifica el artículo 563 del Código Penal, por lo que se le impone la pena de treinta meses de prisión correccional descontando el tiempo que hubiere estado privado de la libertad por esta causa y multa de 78 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, confirmando el pago de costas, daños y perjuicios a favor del acusador impuestas por los juzgadores.- Devuélvase el proceso al Tribunal Penal de origen para la ejecución de la sentencia.- Notifíquese y publíquese.

Fdo.) Dres. Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, magistrados.- Dr. Rodrigo Bucheli Mera, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

Certifico: Que las siete (7) fotocopias que anteceden son iguales a su original.

Quito, 31 de julio del 2007.

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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA PENAL**

Quito, 19 de junio del 2007; las 11h00.

VISTOS: Atendiendo la solicitud de aclaración y ampliación formulada por Diego Dávalos Cáceres de la sentencia dictada el 11 de junio del 2007, considérase lo siguiente: 1.- El Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso, señala lo siguiente: “La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas”; 2.- El referido fallo es lo suficientemente inteligible y ha resuelto todos los puntos que fueron materia del recurso de casación. Sin embargo, cabe recalcar que la demanda por el pago de daños y perjuicios que se derivan de una sentencia condenatoria se la deberá seguir contra los condenados, por cuerda separada y en la judicatura competente; 3.- Consecuentemente y por cuanto el solicitante con la petición de aclaración y ampliación formulada lo que pretende es que se altere la sentencia, lo que está prohibido por la ley, se la desestima.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Guido Garcés Cobo y Hernán Ulloa Parada, magistrados.- Dr. Rodrigo Bucheli Mera, Conjuez Permanente.

Certifico.

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

Certifico: Que la fotocopia que anteceden es igual a su original.

Quito, 31 de julio del 2007.

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

No. 548-2006

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

Quito, 13 de junio del 2007; las 08h30.

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 7 de diciembre del 2005, publicada en el Registro Oficial No. 183 del 9 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 Agente Fiscal del Distrito de Morona Santiago interpuso dentro de término el recurso de casación de la sentencia pronunciada por la mayoría de los jueces del Tribunal Penal de la misma provincia que condena al ciudadano Alex Hernán Najantai Unkush a la pena de dos años y seis meses de prisión correccional y multa de 19 dólares norteamericanos, en calidad de autor responsable

del delito de homicidio de Samuel Mayaku Tincho, bajo la circunstancia excusante de exceso de legítima defensa, conforme los Arts. 449, 25 inciso segundo y 75 incisos 1 y 3 del Código Penal.- El sentenciado por su parte se ha conformado con el fallo de condena y no lo ha impugnado.- 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.- La Ministra Fiscal del Estado, subrogante ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 354 del Código de Procedimiento Penal mediante escrito agregado al expediente de la Sala, fojas 5 y 6, observando que el Agente Fiscal recurrente se ha limitado a manifestar de manera genérica e imprecisa que el Tribunal Penal ha violado la ley por haber hecho una falsa aplicación de las normas legales, infringiendo los Arts. 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal y 449 y 25 inciso segundo del Código Penal, sin abordar la esencia jurídica de la casación ni demostrar en qué consisten las transgresiones a las expresadas disposiciones cometidas en la sentencia, sin respaldar el recurso en ningún razonamiento jurídico.- Más adelante analiza las pruebas actuadas ante el Tribunal Penal de Morona Santiago con las que se ha comprobado tanto la existencia material del delito así como la responsabilidad penal de Alex Hernán Najantai Unkush, todo lo cual se sustenta en las declaraciones de los peritos que hicieron el levantamiento del cadáver, su identificación, realizaron el reconocimiento del arma homicida que es un trozo de vidrio pintado de azul de 15 cm. de largo por 8 cm. de ancho y 4 mm. de espesor, también se refiere al testimonio del perito médico que realizó el reconocimiento exterior y autopsia del cadáver de Samuel Mayaku quien presenta una herida cortante en la cervical izquierda que ha seccionado la vena yugular, arteria carótida y traquea, analizando también las declaraciones de los testigos así como el testimonio del acusado quien manifestó que en circunstancias que el hermano de su mujer le obligó a salir de su choza con su ropa por haber golpeado a su conviviente, al sacar sus pertenencias de un cartón encontró un pedazo de vidrio que lo guardó para defenderse y al salir lanzó su brazo sin saber donde había golpeado con el vidrio, por cuanto el lugar estaba oscuro y él se encontraba borracho, habiéndose dirigido a la casa de su tío sin conocer la muerte de Samuel Mayaku, con quien dice que se llevaba muy bien.- La representante del Ministerio Público en su fundamentación agrega que la imputación contra el sentenciado “nace únicamente de las declaraciones referenciales de la hermana del occiso y de dos testigos no presentes al momento del incidente Alberto Jindach Mamacha y Alfredo Etsa Mayaku Jindach”, aludiendo al propio testimonio de Alex Hernán Najantai Unkush, quien relata su actuación en la muerte de Mayaku, la que según criterio de la Ministra Fiscal General “se debe a la falta de previsión al utilizar el elemento cortante, acción en la cual no existió voluntad ni intención de causar la muerte”, por todo lo cual concluye que el ilícito no es el tipificado erróneamente por el Tribunal Penal (Art. 449 del Código Penal) sino el que describe el Art. 459 ibídem, esto es homicidio inintencional sancionado por el Art. 460 del Código Penal, por todo lo cual solicita casar la sentencia corrigiendo el error de derecho.- QUINTO: ANALISIS DE LA SALA Y RESOLUCION.- Las circunstancias fácticas en las que se ha producido la muerte de Samuel Mayaku, el domingo 8 de enero del 2006, a las 23h00, en la comunidad shuar Kankaim de la parroquia Macuma, permiten establecer las siguientes conclusiones: 1).- Que según el testimonio del perito médico doctor Wagner Solís Basantes en la etapa del

juicio, expresa haber realizado el reconocimiento exterior y autopsia del cadáver, elaborando el informe en el que observó que el occiso recibió una herida cortante en el lado izquierdo del cuello, cervical del mismo lado, de 10 cm. de longitud que seccionó la vena yugular, la arteria carótida, el músculo esternocleidomastoideo y la tráquea, lo que le produjo hemorragia aguda, shock hipovolémico y paro cardiorrespiratorio, que le ocasionó la muerte violenta.- 2).- El agente activo utilizó un pedazo de vidrio que minutos antes encontró en el fondo de un cartón mientras buscaba su ropa en la oscuridad de la choza.- 3).- Ningún testigo asegura haber visto que Najantai Unkush haya herido a Mayaku, dado que el lugar estaba oscuro porque no existe luz eléctrica, y solo oyeron que alguien cayó al suelo creyendo que había sido muerto el borracho, como testimonia Andrea Estrella Timiaza, pero al prender un candil descubrieron que Samuel Mayaku se encontraba en el suelo muerto sobre un charco de sangre, mientras que el responsable se había retirado hacia la casa de su tío; los demás declarantes aparecieron después del hecho al oír bullas y lloros, encontrando el cadáver.- 4).- Según el testimonio rendido por Alex Hernán Najantai Unkush refiere al Tribunal Penal que ese día estaba en una fiesta donde se embriagó y al regresar en la noche con su mujer la golpeó, quien comenzó a llorar y al llegar a su choza el hermano de su conviviente al escuchar salió a reclamar, le pegó y le obligó a Najantai a salir de la casa, quien pidió a Mayaku que le mate, luego sacó su ropa de un cartón en cuyo fondo encontró un vidrio que pensó usarlo en su defensa, pues Samuel Mayaku y su sobrino Nilo Jembue le esperaban afuera para pegarle. Al salir le quitaron la mochila con su ropa impidiéndole el paso y es cuando sacó el vidrio del bolsillo y movió su brazo en la oscuridad sin saber donde golpeó, aprovechando para dejar el lugar dirigiéndose a la casa de su tío, donde fue detenido al día siguiente por la muerte de Mayaku.- 5).- Ante la falta de sustento probatorio pleno que justifique la agresión de hecho sufrida por el sentenciado, procede examinar su testimonio rendido ante el Tribunal Penal, que al tenor de lo que preceptúa el Art. 143 del Código de Procedimiento Penal constituye un medio de defensa y de prueba a su favor, y al haberse justificado la existencia del delito ese testimonio deviene en prueba en su contra, debiendo precisarse que el testimonio del acusado es indivisible.- Se colige que Natanjai Unkush sufrió puntapiés y empujones por parte de Mayaku, lesiones no reconocidas que de existir no habrían tenido ninguna relevancia médico-legal, concluyéndose que en el caso, no se configura la agresión ilegítima ni tampoco se justifica el supuesto exceso de legítima defensa pues no concurren las circunstancias de los artículos 19 y 25 inciso final del Código Penal.- 6).- Es inadmisibles el criterio que sostiene que la herida causada por el uso del vidrio “se debe a la falta de previsión” porque el agente no tuvo voluntad ni intención de causar la muerte y si ésta se ha producido el efecto debe calificarse como homicidio inintencional.- Esta tesis entraña un error conceptual pues induce a pensar que la muerte de Mayaku se produjo por falta de previsión o de precaución al usar un vidrio como supuesto medio de defensa ante un ataque inminente, sin voluntad de matar. En la especie aparece que el agente activo sin mediar ninguna de las circunstancias determinadas en el Art. 19 del Código Penal y por lo mismo excluyendo la concurrencia del exceso de legítima defensa, señalada en el Art. 25 íbidem, empleó el pedazo de vidrio alcanzando a herir a Mayaku, incidente ocurrido en la oscuridad, aunque por las circunstancias se supone que no tuvo la intención de matar. Esta conducta se encuadra en el

homicidio preterintencional, pues aunque la intención no haya sido victimar, como lo reconoce el sentenciado, no obstante, su acción al blandir el vidrio para simplemente herir constituye un acto doloso, lo que le hace responsable de la consecuencia dañosa o sea de la muerte de Samuel Mayaku, ilícito que se encuadra en el inciso primero del Art. 455 del Código Penal que dispone: “Cuando las heridas o golpes, dados voluntariamente, pero sin intención de dar la muerte, la han causado, el delincuente será reprimido con tres a seis años de reclusión menor”.- 7).- Al respecto, Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual afirma que incurre en homicidio preterintencional “quien llevado por el exclusivo ánimo de herir o mutilar alcanza un punto vital del cuerpo de la víctima y le origina la muerte” agregando que en este tipo penal “existe una voluntad delictiva maliciosa dirigida a una finalidad distinta de la muerte”. Por su parte, Raúl Goldstein en su obra Diccionario de Derecho Penal sostiene que se reprime como homicidio preterintencional a quien “con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud ocasiona la muerte de otro cuando el medio empleado no debía razonablemente producir el efecto mortal”. El elemento psicológico es el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud de la persona; existe el dolo específico que recae en la intención de herir, pero el agente debe también responder por los resultados como es la muerte del lesionado. Goldstein añade: “entre el hecho del agente y la muerte del sujeto pasivo existirá una relación de causalidad material, no intencional, porque el dolo específico está limitado por el propósito de lesionar, que excluye el designio de ocasionar la muerte”. Pero en todo caso el resultado no deseado debe imputarse al agente en el grado de autor del homicidio preterintencional.- En síntesis, el caso en análisis debe encuadrarse en el tipo delictivo previsto en el primer inciso del artículo 455 del Código Penal.- Por las consideraciones que anteceden, se infiere que en la especie se ha violado el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal porque como bien lo expresa la representante el Ministerio Público no existe concordancia entre el acto jurídico y la norma aplicada para sancionar dicha conducta, por lo que, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia tipificando la infracción como homicidio preterintencional por lo que se impone al autor Alex Hernán Najantai Unkush la pena de tres años de reclusión menor, descontando el tiempo que hubiere permanecido privado de la libertad por esta misma causa.- Devuélvase el proceso al Tribunal Penal de Morona Santiago para los fines legales consiguientes.- Notifíquese y publíquese.

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

Certifico: Que las cuatro (4) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

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

**VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO
PRESIDENTE DR. JAIME CHAVEZ YEROVI**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA PENAL**

Quito, 13 de junio del 2007; las 08h30.

VISTOS: Expreso mi conformidad con el fallo de mayoría, excepto lo relacionado a la tipificación de la infracción que considera en los numerales 6 y 7 del fallo al considerar que la conducta del acusado "...se encuadra en el homicidio preterintencional, pues aunque la intención no haya sido victimar, como lo reconoce el sentenciado, no obstante, su acción al blandir el vidrio para simplemente herir constituye un acto doloso, lo que le hace responsable de la consecuencia dañosa o sea de la muerte de Samuel Mayaku, ilícito que se encuadra en el inciso primero del Art. 455 del Código Penal...", agregando que "...empleó el pedazo de vidrio alcanzando a herir a Mayaku, incidente ocurrido en la oscuridad, aunque por las circunstancias se suponen que no tuvo la intención de matarlo", según consta de modo textual.- Fundamento mi discrepancia en las siguientes consideraciones: PRIMERO.- a) De las diligencias de identificación, autopsia, fotografías de fojas 21 a 23, e informe policial presentado por el cabo Bladimir Coloma Parco, fojas 7 del cuaderno de primer nivel, se establece que el cadáver de quien en vida ha respondido a los nombres de Samuel Mayaku Tinch, presenta las siguientes lesiones: "Cuello- herida cortante de 10 cm. de largo. Oblicua en región lateral izquierda compromete piel, celular muscular con sección de vena yugular. A. carótida. M. Esternodeidomastoideo y tráquea. La dirección es de: arriba hacia abajo de afuera hacia adentro. Tiene profundidad de 8 cm. y herida puso cortante de 2cm. de largo oblicua hacia arriba en región cervical inferior cara antero lateral derecha compromete piel y muscular de 4 cm. de profundidad". Estas lesiones han afectado severamente al tórax, abdomen, dorso, extremidades inferiores y genitales externos.- b) Las fotografías son muy expresivas y sirven para determinar no solo la ubicación exacta de las heridas sino también la dirección o recorrido y la profundidad en una parte del organismo humano tan vital como es el cuello en la región antero lateral izquierda y en la región cervical.- SEGUNDO.- Si anteponeamos que el Art. 449 del Código Penal tipifica y reprime el delito de homicidio simple como el "cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias..." agravantes, hemos de señalar que la intención del autor al haber producido heridas tan graves en región vital del cuerpo humano, con las características y profundidad que puntualiza el perito médico legal, se evidencia de modo categórico la intención que tuvo Najantai Unkush Alex para terminar con la vida de Samuel Mayaku Tinch, tanto más si añadimos que Alex Najantai se armó de modo previo a la agresión con un pedazo de vidrio de 28 cm. de largo, fojas 40, en cuyas circunstancias mal se puede suponer que no tuvo la intención de matar. Consecuentemente, se encuentra incurso como autor responsable del delito previsto por el citado precepto legal.- c) El estado civil de Samuel Mayaku Tinch, Mercedes Mayaku y Najantai Unkush Alex, como hermanos los dos primeros y cónyuges los dos últimos, no se ha demostrado en el proceso aunque se desprende que éstos habrían vivido en unión de hecho.- En estos términos me aparto del criterio de mayoría y salvo el voto.- Notifíquese.

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

Certifico: Que las dos (2) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

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

No. 551-2006

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

Quito, a 7 de junio del 2007; las 09h00.

VISTOS: El acusador particular José Amable Sinailin, presenta recurso de casación para ante la Corte Suprema de Justicia, del fallo dictado por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, en fecha 28 de agosto del 2006; la misma que revoca la sentencia subida en grado, desechando la acusación particular, misma que se declara como no maliciosa ni temeraria. El señor Juez Octavo de lo Penal de Pichincha, el 7 de junio del 2006, impuso una condena de 60 días de prisión, así como el pago de daños, perjuicios y costas procesales, en contra de Juana María Guasumba Caizatoa y Alejandrina Guasumba Quiña, como autoras del delito tipificado y sancionado por el Art. 408 del Código Penal. De fojas tres a diez del cuaderno procesal de esta Sala, consta que el recurrente fundamentó conforme a derecho, el recurso planteado; por lo que, siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: COMPETENCIA.- Esta Tercera Sala 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 Reformativa de la Ley Orgánica de la Función Judicial, y por el sorteo de ley respectivo. En efecto, frente a fallos contradictorios relativos a la admisibilidad del recurso de casación, en esta especie, el Tribunal Constitucional mediante Resolución 006-2003-DI, publicado en el Registro Oficial No. 194 del 21 de octubre del 2003, al absolver una demanda de inconstitucionalidad sobre la aplicación del Art. 347 del Código de Procedimiento Penal, en la parte que dice: **"De lo que resuelva la Corte Superior respecto de la apelación no cabe recurso alguno"**, resolvió declarar la inconstitucionalidad, con carácter general y obligatorio y suspender los efectos de la referida cita legal, de tal manera que, procede la tramitación del recurso planteado, concediendo por lo tanto a la Sala, la jurisdicción y competencia para su conocimiento y resolución. 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.- De fojas 1 a 4 del proceso, el Sr. José Amable Sinailin, deduce acusación particular por el delito de talado de sementeras, en contra de las señoras Juana María Guasumba Caizatoa y Alejandrina Guasumba Quiña, expresando que, el día viernes 8 de julio del dos mil cinco aproximadamente a las 09h00 aprovechando que su mujer Laura Guasumba Quiña se ausentó a la ciudad de Quito y el compareciente se encontraba trabajando de albañil en

Amaguaña, las acusadas antes nombradas, han llegado a su terreno sembrado de maíz y fréjol, ubicado en el sector San Antonio de Paschoa, perteneciente a la parroquia de Amaguaña del cantón Quito, armadas de azadones, picos y machetes para proceder a talar toda la sementera de maíz y así procedieron y actuaron desde las nueve de la mañana del día viernes 8 de julio del 2005, hasta las dos de la tarde, hora en que han concluido la tala o corte de la sementera de maíz y fréjol que se hallaba sembrada en el terreno que se encuentra en posesión, circunscrito dentro de los linderos que señala, indicando que justifica su condición de ofendido por el hecho de que tanto él como su mujer, sembraron la sementera de maíz y fréjol que fue talada por las infractoras, en el terreno que vienen poseyendo desde hace más de treinta años, al igual que los lecheros sembrados por él y su esposa servían de seguridad para colocar los alambres de púas como linderos sur y norte, que compraron con su dinero, aclarando que con su mujer vienen desde hace más de 30 años, año tras año, sembrando productos de ciclo corto. 2. Con fecha 7 de junio del 2006, el Juez Octavo de lo Penal de Pichincha, acepta la acusación particular y declara a las querelladas señoras Juana María Guasumba Caizatoa y Alejandrina Guasumba Quiña, autoras responsables del delito tipificado y sancionado en el Art. 408 del Código Penal, imponiéndoles la pena de 60 días de prisión, más el pago de costas, daños y perjuicios. Sentencia de la que las condenadas interponen recurso de apelación. 3. Posteriormente, el 28 de agosto del 2006 la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, acepta el recurso de apelación interpuesto y revoca la sentencia subida en grado, desechando la acusación particular, la misma que se declara no maliciosa ni temeraria. CUARTO: FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- El recurrente José Amable Sinailin en la fundamentación del recurso planteado, expone que hubo: 1.- Aplicación indebida de los Arts. 662 y 685 del Código Civil; 2.- Falta de aplicación de la norma legal consagrada en el Art. 4 del Código Penal; 3.- Errónea interpretación de los Arts. 408 y 409 del Código Penal; 4.- Falta de aplicación de la Jurisprudencia establecida y publicada en la Gaceta Judicial No. 14 de la Serie Cuarta de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, de fecha 8 de julio de 1919; 5.- Errónea interpretación de los Arts. 113, 114 y 164 del Código de Procedimiento Civil sobre valorización de prueba, que condujeron a una equivocación en la sentencia materia del presente recurso; 6.- Resolución en la sentencia de lo que no fue materia de litigio. Es decir sobre la innecesaria exigencia de la calidad de propietario de la sementera cortada, que no consta en el Art. 408 del Código Penal; 7.- Aplicación indebida de la disposición del Código Civil referente a la "propiedad" para desechar la acusación particular aduciendo que **"si bien se ha demostrado que las acusadas cortaron las plantas de maíz y fréjol, sin embargo no se ha establecido que el acusador sea dueño de tal sementera, pues aunque hubiere sembrado, ésta ha pasado a ser de propiedad de los dueños del terreno, del que no ha probado ser su propietario"**; 8.- Errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valorización de la prueba; pues, los señores ministros de la Corte Superior de Quito, no obstante que la parte contraria no presentó ninguna prueba sobre las excepciones planteadas, aceptaron como dogma lo dispuesto en el literal 3 del Art. 588 del Código Penal y las normas establecidas en los Arts. 113, 114, 115, 116 y 117 del Código de Procedimiento Civil. Por lo que solicita casar la sentencia recurrida. QUINTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 1.- De conformidad a lo que establece el Art. 349

del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación es procedente **"cuando en la sentencia se hubiere violado la ley; ya por contravenir expresamente su texto, ya por haber hecho una falsa aplicación de ella, ya en fin, por haberla interpretado erróneamente"**. Según la doctrina tales causales deben ser fundamentadas con precisión jurídica y analizadas en cuanto a la pertinencia de su aplicación en el caso; es decir, es menester que se determinen con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada. 2.- Casi todos los tratadistas concilian en estas afirmaciones; así, Lino Enrique Palacio en su obra "Los Recursos en el Proceso Penal", Edición 2001, Buenos Aires p. 115, expresa: **"la vía del recurso de casación no procede para dictar un nuevo examen crítico de los medios probatorios en que se apoya la sentencia"**. Claus Roxin, eminente profesor de la Universidad de Munich, en su obra "Derecho Procesal Penal", Editores del Puerto, Buenos Aires 2003, dice: **"la casación es un recurso limitado y permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el Tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal"**. De lo expresado se colige expresamente que el recurso de casación no es un recurso ordinario y que no compete a esta Sala efectuar una nueva valoración del caudal probatorio, ni examinar las argumentaciones jurídicas sostenidas por los sujetos procesales durante la sustanciación de la causa; 3.- Los señores ministros jueces de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Quito, en el fallo dictado el 28 de agosto del 2006, en el considerando QUINTO, entre otras cosas expresan lo siguiente: a) Que de los testimonios de Teresa Medina, Ricardo Medina, Marcel Guallichico y Yolanda Quinga se puede establecer que **"el viernes 8 de julio del 2005 vieron a las acusadas cortar las plantas de maíz y fréjol que se encontraban en el terreno que dicen ha sido trabajado por el acusador y su esposa, desde hace treinta años, aproximadamente"**, determinándose además la posible pérdida de las mazorcas que cargaban las plantas, así como las de fréjol, indicando que el terreno ha sido propiedad de Rafael Guasumba Quiña, ya fallecido; b) Que las dos acusadas Juana María Guasumba Caizatoa y Alejandrina Guasumba Quiña, Son hermanas de Laura Guasumba Quiña, esposa del acusador particular **"de donde resultan ser copropietarias... y por consiguiente, la posesión de una de ellas sirve a todos los herederos quedando sujetos a los establecidos en los Arts. 685 y 662, inciso segundo del Código Civil, ya que siendo copropietarias del inmueble las mismas acusadas, mal se podría admitir que han causado daño a su propio patrimonio"**; c) Agregando en el considerando.- SEXTO que: **"si bien se ha demostrado que las acusadas cortaron las plantas de maíz y fréjol, sin embargo no se ha establecido que el acusador sea dueño de tal sementera, pues aunque la hubiere sembrado, ésta ha pasado a ser propiedad de los dueños del terreno, del que no ha probado ser su propietario"**. 4.- De lo expresado por el Tribunal inferior se puede establecer con absoluta certeza que, los responsables de la tala de los sembríos de maíz y fréjol en la sementera de la cual se encontraba posesionado, por más de treinta años el acusador particular José Ambable Sinailin y su cónyuge Laura Guasumba Quiña (partida de matrimonio p. 5), fueron las acusadas Juana María Guasumba Caizatoa y Alejandrina Guasumba Quiña, quienes el 8 de julio del 2005, aprovisionadas de azadones, picos y machetes llegaron hasta el sitio San Antonio de Paschoa, en la parroquia Amaguaña, del cantón Quito,

provincia de Pichincha para cometer este ilícito de manera deliberada y con la manifiesta intención de causar daño a sembríos ajenos. 5.- El Tribunal hace una falsa aplicación de la ley y errada interpretación de la misma al inferir que los herederos de una propiedad, de la que no están en posesión, pueden irrumpir abruptamente en la misma y destrozarse los sembríos de propiedad de una coheredera y su cónyuge, sin cometer ilícito alguno, ya que de ser así, aquello significaría abonar en la impunidad y trastocar todo el sistema jurídico nacional; pues, en este caso, la apertura de la sucesión, partición, adjudicación de una herencia, la recuperación y conservación de la posesión, la reivindicación, el derecho de usufructo, etc., están perfectamente regladas en nuestra legislación civil; y, el designio de causar daño a los bienes o a las personas constituye una infracción dolosa que debe ser tratado en el campo penal. 6.- De lo expuesto, también resulta inadmisibles las referencias legales de los Arts. 685 y 662 del Código Civil que hace el mismo Tribunal en la sentencia, tratando de desviar la naturaleza de esta acción, ya que para el efecto no son aplicables. En efecto, el Art. 685 del citado cuerpo legal, se refiere al derecho que tiene el dueño de un terreno en que se ha edificado, plantado o sembrado, sin su consentimiento, a hacer suyo el edificio, la plantación o el sembrío, **“pagando las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe... o de obligar al que edificó, o plantó, a pagarle el justo precio del terreno”**, y, el Art. 662 ibídem, se refiere a que **“Los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella...sin perjuicio de los derechos constituidos a favor del poseedor de buena fe, del usufructuario, del arrendatario”**. En ninguno de estos dos artículos de la ley sustantiva civil, que según el Tribunal inferior son aplicables al caso, se autoriza al dueño o heredero de un terreno para entrar de manera abrupta y arbitraria a estos predios y peor aún, de manera vandálica, alevosa y de evidente mala fe, destrozarse sembríos listos para cosechar y que fueron sembrados lícitamente por una de las coherederas y su cónyuge, causándoles una grave lesión a su precario patrimonio. 7.- En este proceso no se está juzgando el derecho de propiedad ni el de posesión, ni el derecho de herencia que cada una de las partes pudiera tener, lo que evidentemente es materia civil, sino el destrozarse de las plantaciones de maíz y fréjol cultivados en una sementera y que han sido realizado por quienes se consideran posesionarios legítimos, por treinta y cinco años, aproximadamente, del predio, tal es así que, en autos consta la demanda de amparo posesorio que Laura Guasumba Quiña, presenta con fecha 12 de enero del 2005, en uno de los juzgados de lo civil de la ciudad de Quito, resultando del todo sospechoso que, el destrozarse de la sementera objeto de esta demanda, por parte de las acusadas, se produce casi inmediatamente después de haberseles citado con aquella demanda. SEXTO: RESOLUCION.- Por las consideraciones que anteceden, la Tercera Sala Especializada 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 procedente el recurso de casación presentado por José Amable Sinailín y consecuentemente, aceptando la acusación particular presentada por éste, casa la sentencia recurrida, declarando a las querelladas Juana María Guasumba Caizatoa y Alejandrina Guasumba Quiña, autoras responsables del delito tipificado y sancionado por el Art. 408 del Código Penal, imponiéndoles la pena de sesenta días de prisión que

la cumplirán en el Centro de Rehabilitación Social de Mujeres de Quito, así como a una multa equivalente a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, más los daños y perjuicios ocasionados. Una vez ejecutoriado este fallo, devuélvase el proceso al juzgado de origen para su cumplimiento. Notifíquese y publíquese.

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

Certifico: Que las cinco (5) fotocopias que anteceden son iguales a su original.- Quito, 31 de julio del 2007.

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

No. 227-2005

ACTOR: Iván Ernesto Guevara Espinoza.

DEMANDADO: Banco del Pacífico S.A.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, junio 21 del 2007; las 15h10.

VISTOS: El licenciado Félix Herrero Bachmeier, Presidente Ejecutivo del Banco del Pacífico S.A., inconforme con la sentencia dictada por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, revocatoria de la pronunciada por el Juez de origen, que declaró sin lugar la demanda, en el juicio que por reclamos laborales sigue el señor Iván Ernesto Guevara Espinoza, interpone recurso de casación. Habiéndose radicado la competencia en esta Segunda Sala Especializada de lo Laboral y Social, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 200 de la Constitución Política de la República, 1 de la Ley de Casación y en virtud de la razón del nuevo sorteo que obra de fojas 32 de este cuaderno; siendo su estado el de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: El recurrente estima que en la sentencia que impugna se han infringido las siguientes normas: Arts. 171, 185, 188, 592 del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en las causales primera y segunda del Art. 3 de la Ley de Casación. SEGUNDO: La inconformidad del recurrente radica en sostener la improcedencia de la reliquidación de indemnizaciones dispuesta por el Tribunal de alzada; argumentando al efecto que el ex trabajador laboró en dos períodos diferentes por lo que no procede la acumulación de tiempo; tanto más que en el primero, las relaciones laborales terminaron por renuncia voluntaria del ex trabajador, y en el segundo por terminación unilateral de las relaciones laborales; habiéndosele en los dos casos liquidado debidamente. TERCERO: En la especie se alegó infracción de la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación; pero no señala las normas que estima infringidas al respecto, ni demuestra cómo se ha viciado el proceso de nulidad insanable o se ha provocado indefensión; por lo que no cabe análisis alguno sobre dicha causal, pues, la simple mención no demuestra la infracción que se pretende. CUARTO: Previo a resolver,

este Tribunal observa los siguientes hechos: a) El ex trabajador Iván Ernesto Guevara Espinoza, prestó sus servicios lícitos y personales en varias entidades bancarias; así desde el 4 de marzo de 1987 hasta el 26 de julio de 1996, en el Banco Continental S.A.; desde el 1 de agosto de 1996 sin que en el proceso aparezca constancia respecto a la fecha de salida del Banco de Préstamos S.A.; y el 4 de marzo de 1998 reingresa al Banco Continental, y ha continuado hasta el 9 de octubre de 2000, fecha en la que dicha institución bancaria se fusiona con el Banco del Pacífico; habiendo laborado para esta última institución desde el 10 de octubre de 2000 hasta el 7 de junio de 2002. Datos que se corroboran con lo determinado en la demanda y en el carné de afiliación al IESS (fs. 34 a 37). b) En cuanto a la satisfacción de obligaciones, así como al pago de indemnizaciones, por parte de los bancos Continental y Pacífico, el accionante en su demanda señala expresamente: "Está claro definitivamente que por mi renuncia de mi primer período recibí la liquidación de las partes proporcionales que legalmente me correspondían..."; y por el segundo período el Banco del Pacífico "...en su liquidación de mis indemnizaciones consideró solamente el período que va del 4 de Marzo de 1998 hasta el 7 de Junio del 2002 tal como se desprende de la copia del 'Acta de Finiquito' la misma que impugno...". c) De estos antecedentes se tiene que el ex trabajador efectivamente laboró en dos períodos para el Banco Continental que luego se fusionó con el Banco del Pacífico; el primero terminó por renuncia voluntaria, habiéndose satisfecho todas las obligaciones pendientes; mientras que el segundo período terminó por despido intempestivo conforme consta del acta de finiquito habiéndose pagado los derechos e indemnizaciones que por ley le correspondían. d) Ahora bien, el problema se centra en el tiempo que debió ser considerado para el pago de la indemnización por despido intempestivo; y al efecto el Tribunal de alzada en su resolución de mayoría en el considerando cuarto, señala: "Que el Banco del Pacífico al absorber por fusión al Banco Continental y asumir el período laborado por el actor para esta entidad a partir de su reintegro el 4 de marzo de 1998, ha aceptado implícitamente su obligación de cumplir los contratos de su antecesor, como lo dispone el Art. 171 reformado del Código del Trabajo, resultando por tanto absolutamente carente de sustento el no haber tomado en cuenta para el cálculo de las indemnizaciones constantes en el acta de finiquito (fojas 30 y 31) el período anterior laborado por el actor para el Banco Continental S.A., siendo por tanto debidamente fundada la impugnación de dicho instrumento y la reliquidación en legal forma de los rubros reclamados..."; resolución improcedente en la especie; pues, la forma en que terminaron las relaciones laborales en los dos períodos son diferentes y por tanto los efectos varían; habiendo en la especie el Tribunal de alzada interpretado erróneamente los Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo, pues, para el cálculo de las indemnizaciones, no debieron sumarse los dos períodos, sino, debió entenderse que luego del primero concluyeron las relaciones laborales y, por ello se practicó la liquidación; y con el segundo período se inició otra prestación de servicios, dentro de la que ocurrió el despido intempestivo, por lo que por éste último lapso comprendido entre el 4 de marzo de 1998 y el 7 de junio de 2002, procedían las indemnizaciones por tal hecho, conforme adecuadamente se liquida en el acta de finiquito que obra en el proceso. QUINTO: De otro lado, consta de fs. 27, la consulta formula por el accionante al Subsecretario de Trabajo del Litoral, en relación a la acumulación del tiempo de servicios

cuando se ha desempeñado para un cesionario o el último tenedor de la actividad, sin estimar solamente el trabajo desempeñado para el último sino computando la totalidad del tiempo laborado; al efecto, el Jefe de Asesoría Jurídica, absolviendo dicha consulta informa al Subsecretario de Trabajo y Recursos Humanos del Litoral y Galápagos (fs. 29) que: "...el trabajador tiene derecho a que su empleador considere el tiempo laborado en la empresa desde el año 1987, siempre y cuando no haya existido liquidación por el primer período laborado por despido intempestivo" (el subrayado nos corresponde); cabe destacarse sin embargo que en la consulta jamás se precisaron las circunstancias en que terminaron las relaciones laborales entre las partes en los dos períodos, y sin embargo la respuesta del funcionario del Ministerio del Trabajo es acertada; tanto más que de la parte que en la transcripción hemos resaltado, se hace mención a una circunstancia fundamental que, debió tomarse en cuenta; en consecuencia, la absolución no fue considerada debidamente por los juzgadores de instancia. De lo expuesto se colige que la Sala de alzada incurrió en los vicios denunciados por el casacionista, por lo que sin ser necesarias otras consideraciones, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, debiendo estarse a lo dispuesto por el Juez de origen. Sin costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez, Magistrados, Dr. Carlos Espinosa Segovia, Conjuez.-Certífico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original. Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.
No. 241-2005

ACTOR: César Alfredo Villacís Cocha.

DEMANDADO: Ministerio de Salud.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, 25 de junio de 2007; las 15h40.

VISTOS: En este juicio laboral propuesto por César Alfredo Villacís Cocha, en contra de la Dirección Provincial de Salud Pública de Pichincha, el Ministerio de Salud Pública y la Procuraduría General del Estado, el Dr. Alfredo Proaño Galindo, Director Nacional de Asesoría Jurídica (E) del Ministerio de Salud Pública, en calidad de delegado del Procurador General del Estado, inconforme con la sentencia dictada por la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, que reforma el fallo de primera instancia, expedido por el Juez Cuarto de Trabajo de Pichincha, interpone recurso de casación por el cual, previo sorteo de causas, se radica la competencia en la Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, la que mediante providencia de 6 de mayo de 2004, admite a trámite el recurso interpuesto, permaneciendo en dicha Sala la causa hasta que por la Ley 2005-001, publicada en el RO. No. 26 de 26 de mayo de 2005, se suprime la Tercera Sala, por lo

que de acuerdo con lo resuelto por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, se produjo nuevo sorteo para la distribución de los procesos que estaban para conocimiento del Tribunal extinguido. PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales vigentes y el sorteo de rigor, la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, es la competente para dictar la resolución correspondiente. SEGUNDO: El casacionista en su escrito contentivo del recurso, señala que en la sentencia que ataca, se han infringido los siguientes artículos: 36 de la Ley de Modernización del Estado, en relación con el 18 de su reglamento; 8 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 185, 188 y 577 (actual 568) del Código del Trabajo y el Acuerdo Ministerial No. 239, publicado en el RO. No. 30 de 21 de diciembre de 1998. Fundamenta su recurso en las causales primera, segunda y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: Por cuanto el casacionista fundamenta su recurso en las tres primeras causales previstas en el Art. 3 de la Ley de Casación, es preciso referirnos en primer término a la causal segunda, por cuanto de prosperar la causal invocada, el Tribunal estaría en la obligación de declarar la nulidad procesal y reenviar el proceso para su reposición, desde el momento en que se haya producido dicha nulidad, sin que por lo mismo le corresponda referirse a las demás causales. Al respecto, transcribimos la causal segunda: “2. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente”. En la especie, el recurrente se limita a decir que fundamenta su recurso en la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, pero no determina la norma procesal que a su juicio ha sido aplicada indebidamente, se ha interpretado erróneamente o se ha dejado de aplicar, ni demuestra como se ha viciado el proceso de nulidad insanable o se ha provocado indefensión a los litigantes; en consecuencia, no existe materia sobre la cual deba pronunciarse este Tribunal de Casación, sobre dicha causal, pues la simple mención no demuestra la infracción que pretende. CUARTO: Con relación a la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, esto es por “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”, vale indicar que para que prospere dicha causal, es preciso que el recurrente determine explícitamente los preceptos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, al igual que las normas de derecho equivocadamente aplicadas o que se han dejado de aplicar; mas, en el presente caso, se incumple con esta obligación y simplemente se enuncia la causal tercera del Art. 3, lo que implica que sobre el tema, igualmente no exista materia sobre la cual deba pronunciarse este Tribunal de Casación. QUINTO: Finalmente se fundamenta el recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, esto es por: “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que han sido determinantes de su parte dispositiva”. Sobre el tema, el casacionista manifiesta su inconformidad sobre dos puntos concretos: 1. Que el actor en este juicio, no estuvo amparado por el Código del Trabajo, sino que su relación estuvo regida por la Ley de Servicio y Carrera Administrativa; y 2. Que al no existir el despido

intempestivo alegado, resulta improcedente ordenar el pago de las indemnizaciones previstas en los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo. Sobre el **primer punto**, conviene dejar constancia de que tanto el Juez a-quo como la Sala de alzada, realizan un minucioso análisis sobre este tema, valorando como corresponde, los tres documentos que obran en el proceso (fs. 28 a 33), nominados: “Contrato Eventual de Trabajo”, “Contrato de Jornal Ocasional de la Dirección Provincial de Salud de Pichincha” y “Contrato de Trabajo a Plazo Fijo”, todos registrados de conformidad con lo previsto en el Art. 20 del Código del Trabajo, llegando a la conclusión que la relación mantenida entre el demandante y la Dirección Provincial de Salud de Pichincha, fue de carácter laboral regida por el Código del Trabajo y más leyes pertinentes y no por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, análisis jurídico con el que comparte esta Sala, por lo que desestima el cargo formulado. En relación al **segundo punto**, este Tribunal sostiene que no existe errónea interpretación de los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo, pues son los aplicables al despido intempestivo de que ha sido víctima el trabajador, tema que no puede ser reconsiderado por este Tribunal de alzada, en razón de que la valoración de la prueba es atribución de los jueces y tribunales de instancia, no teniendo el Tribunal de Casación, atribuciones para hacer otra y nueva valoración, salvo casos excepcionales, cuando aparezca indudablemente que no hay aplicación de las reglas valorativas de la prueba, o que existe una valoración ilógica o contradictoria y que ello haya conducido a tomar una decisión arbitraria, haciéndose preciso en tal caso un nuevo análisis para determinar con certeza si el Tribunal de instancia ha interpretado y aplicado erróneamente las disposiciones legales, o los principios de la sana crítica en razón del valor dado a las pruebas; salvedad que no se produce en el presente caso, tanto más que ha sido desechada la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Por todo lo expuesto, esta Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima el recurso de casación interpuesto. Sin costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez.- Certifico. Fdo.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Es fiel copia del original.- Quito, julio 11 de 2007.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 248-2005

ACTOR: Genaro García Reyes.

DEMANDADO: Consejo Provincial del Guayas.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 27 del 2007; las 15h30.

VISTOS: El economista Nicolás Lapentti Carrión y el abogado Alfredo Irigoyen Negrón, en sus calidades de Prefecto Provincial del Guayas y Procurador Síndico Provincial respectivamente, inconformes con la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, confirmatoria de la pronunciada por el Juez de origen, que declaró parcialmente con lugar la demanda, en el juicio verbal sumario de trabajo que sigue en contra de tal gobierno seccional, Genaro García Reyes; en tiempo oportuno dedujeron recurso de casación, accediendo por tal motivo la causa a análisis y decisión de este Tribunal, que para hacerlo por ser el momento procesal considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales vigentes y el sorteo que consta de autos, inicialmente correspondió su conocimiento a la Tercera Sala de lo Laboral y Social, la misma que fue suprimida; y en tal virtud, practicado el nuevo sorteo como consta de fojas 7, se radicó la competencia en esta Segunda Sala de lo Laboral y Social. SEGUNDO: Los casacionistas estiman que en la sentencia motivo de impugnación, se han infringido las siguientes normas: "Art. 38 literal h) de la Ley de Régimen Provincial anterior, hoy Art. 39 literal h) de la Codificación de la Ley de Régimen Provincial; literal s) ibídem; Arts. 35 numeral 9; 118 numeral 4; 228; 230, 231; 233 de la Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998; Art. 172 del Código del Trabajo, Arts. 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134 y 212 del Código de Procedimiento Civil; Art. 23 de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público; Arts. 1, 2, 3 y 377 de de Ley Orgánica de Administración Financiera y Control de aquella data". Fundamentan su recurso en las causales tercera y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: a) Como se advirtió anteriormente, mediante providencia de fecha 3 de junio de 2004, la ex Tercera Sala de lo Laboral y Social, aceptó a trámite el recurso de casación formulado; señalándose que en éste "...concurren las circunstancias establecidas en los Arts. 4, 5, 6 y 7 de la Ley de Casación...". b) En la especie, si bien formalmente, el recurso de casación fue admitido a trámite, sin embargo, se observa la imposibilidad de conocer el fondo de la impugnación, pues la parte recurrente en la fundamentación de su recurso nada dice sobre los supuestos errores en los que habría incurrido el Tribunal de alzada al dictar su sentencia, constando en la interposición y fundamentación del mismo un numeral tercero en que se señala: "Fundamento de hecho", detallando las fechas de presentación de la acción, de contestación a la demanda, la de la sentencia de primer nivel y que ésta fue declarada parcialmente con lugar; y la fecha en que se dictó la sentencia de segunda instancia, la misma que fue confirmatoria de la pronunciada por el Juez de origen; el numeral cuarto del escrito de interposición y fundamentación del recurso dice: "Fundamento de derecho.- Improcedencia de la sentencia.- La Tercera Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, ha inobservado las disposiciones legales y constitucionales, examinadas y plasmadas en este memorial, correspondientes a la Codificación de la Ley de Régimen Provincial, Constitución Política del Ecuador; Código del Trabajo; Código de Procedimiento Civil"; se advierte que en ninguna parte del escrito se ha "examinado" norma legal alguna en relación con las constancias procesales como era su obligación, a fin de poder delimitar de esta manera el estudio del recurso de

casación riguroso y formal, conforme dispone la ley, la doctrina y la jurisprudencia, pues únicamente se ha citado normas constitucionales y legales. De lo expuesto, resulta que no es posible entrar a analizar las normas estimadas como infringidas, pues debe recordarse como lo señala la jurisprudencia, que para que prospere el recurso de casación es obligatorio que se realice una exposición concreta de los fundamentos y que, una por una se vayan desarrollando las diversas causales invocadas, correlacionándolas con las normas estimadas infringidas, en relación con la sentencia y el proceso. En lo concerniente a la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación que dice: "Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles", cabe destacar que los recurrentes no examinan la sentencia impugnada, tampoco indican los requisitos que han dejado de cumplirse, o las contradicciones o incompatibilidades que a su juicio deban ser examinadas por el Tribunal de Casación, circunstancia que consecuentemente imposibilita a este Tribunal su análisis. Mientras que en relación a la causal tercera debe demostrarse por qué se debió aplicar la disposición que se acusa no se aplicó, o por qué no debió aplicarse aquella que se hizo, y cuál era la que en su lugar se debió aplicar, o se ha de señalar cuál es la interpretación que se dice es correcta y que se debió dar en el fallo impugnado en lugar de la realizada por el juzgador, y concretar cómo debió aplicarse la norma relativa a la valoración de la prueba. Cuestiones que no se evidencian en la especie, por lo que sin ser necesarias otras consideraciones, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima por improcedente el recurso interpuesto. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez. Magistrados, Dr. Jaime Espinoza Ramírez, Conjuez.-Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original.

Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 249-2005

ACTOR: Freddy Galarza Abarca.

DEMANDADO: IESS.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 27 del 2007; las 16h40.

VISTOS: Freddy Galarza Abarca, inconforme con la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que declaró sin lugar la demanda, revocando la dictada por el Juez del Trabajo, en el juicio

que por reclamos laborales sigue contra el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social –IESS-, en tiempo oportuno dedujo recurso de casación, accediendo por tal motivo la causa a análisis y decisión de este Tribunal, que para hacerlo por ser el momento procesal considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales y el sorteo que consta de autos, la Segunda Sala de lo Laboral y Social es la competente para resolver la causa. SEGUNDO: El casacionista estima que en la sentencia motivo de impugnación, se han infringido las siguientes normas: Arts. 211, 212, 219, 278, 280 y 285 (207, 208, 215, 274, 276 y 281 actual codificación) del Código de Procedimiento Civil; 4, 5, 7, 169 numerales 1 y 2; 185 y 188 del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: Asevera el recurrente que en la sentencia impugnada incurrieron en falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, lo que condujo a falta de aplicación de las normas de derecho, por lo que no reconocieron su calidad de trabajador, así como el despido intempestivo y las indemnizaciones determinadas tanto en el Código del Trabajo como en la contratación colectiva, señala que debe tenerse en cuenta que el IESS no interpuso recurso de apelación de la sentencia de primer nivel, por lo que la competencia de la Tercera Sala de la Corte Superior se radicó en razón de la consulta dispuesta por el Juez. CUARTO: La valoración de la prueba, es atribución de los juzgadores de instancia; sin embargo, en casación se puede controlar si esa valoración no ha transgredido los mandatos legales aplicables, o si contiene una valoración errada e ilógica. En la especie, el demandante asegura que sus actividades en el IESS, siempre se hallaban bajo el ámbito de aplicación del Código del Trabajo, y por consiguiente del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo. QUINTO: En el considerando Cuarto de la sentencia impugnada, se dice: "...en la especie el actor ni siquiera ha mencionado tener la calidad de obrero, peor haber introducido prueba alguna en el proceso para demostrar que sus relaciones 'laborales' tenían esa condición"; y, revoca el fallo subido en consulta y declara sin lugar la demanda. Al efecto, caben las siguientes apreciaciones: a) En la demanda dice el actor que prestó sus servicios en la Regional 2 del IESS, desde el 1 de junio de 1976 hasta el 21 de noviembre de 2001, "...en el Departamento de Mantenimiento – Intervención... que encontrándome sujeto al Código del Trabajo y a la Contratación Colectiva proceden a notificarme en forma verbal y por escrito el despido intempestivo de mis labores...". b) En la audiencia de conciliación, el IESS contesta la demanda formulando varias excepciones, entre las cuales cabe destacar que plantea la supremacía de la Constitución Política; la aseveración de que el demandante se hallaba sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; pero no especifica las actividades que las desempeñaba, ni las razones por las que estima que se hallaba bajo tal ámbito legal. Por fin alega la prescripción diciendo: "5.- Prescripción de la acción por haber transcurrido más de tres años, desde la promulgación de la Ley hasta la citación de la demanda". No concreta a que ley se refiere; y, si bien es cierto que de un lado alega la falta de competencia del Juez en razón de la materia, de otro al alegar la prescripción, amplia jurisprudencia en materia laboral ha determinado que esto implica un tácito reconocimiento de existencia de relaciones laborales. c) De fs. 130, aparece la liquidación y el acuerdo mediante el cual el IESS le reconoce al actor la jubilación patronal, en aplicación del Art. 219 del Código del Trabajo, por haber

prestado sus servicios por más de veinte y cinco años; y establecen la pensión jubilar patronal de \$ 35.31, en fecha 23 de julio de 2002, esto es, mientras se tramitaba el presente juicio, y antes de que se dicte la sentencia. d) De fs. 103 a 105 vta., consta la Resolución No. 882, mediante la que el Consejo Superior del IESS, en el Art. 1 determina que: "Los servidores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social que desempeñan los cargos que corresponden a las series que se detallan a continuación, están subordinados al Código del Trabajo... Mantenimiento: Auxiliar de Mantenimiento. Inspector Mantenimiento. Supervisor Mantenimiento. Supervisor Taller Mecánica. Técnico Mantenimiento...". Mediante oficio No. 2000121-11776 de 21 de noviembre de 2001 (fs. 99), el Director General del IESS, se dirige al señor "Galarza Abarca José Iván. Departamento Intervención HTMC", notificándole con la cesación de sus funciones por supresión del puesto que venía desempeñando según lo previsto en el literal d) de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; y de fs. 100 y repetido en otras partes del proceso, consta la liquidación, y la determinación de que se le ha pagado al accionante \$10,000.00. e) De fs. 124, aparece la certificación conferida por el Secretario General de la oficina de Servicio Civil y Desarrollo Institucional, que da cuenta que una vez revisados los archivos, se determina que el accionante no consta registrado como servidor público de carrera. Por todo lo expuesto, este Tribunal, concluye que efectivamente en el fallo impugnado, no hubo una adecuada valoración de la prueba, por lo que luego del estudio del proceso se concluye que la sentencia de primer nivel, que reconoció el amparo del Código del Trabajo y del contrato colectivo del accionante, no se apartó del ordenamiento jurídico aplicable al caso, y consecuentemente no debió ser revocada. Sin más consideraciones, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, debiendo estarse a lo dispuesto en la sentencia dictada por el Juez del Trabajo. Notifíquese y devuélvase. Fdo.) Dres. Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez. Magistrados, Dr. Jaime Espinoza Ramírez, Conjuez.- Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original. Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 257-2005

ACTOR: Luis Enrique Chalén Bustamante.
DEMANDADA: BARDISA S.A., POLIMPER S.A., RELIFA S.A. y Azucarera Valdez.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 26 del 2007; las 17h00.

VISTOS: El presente juicio ha subido a conocimiento y resolución de esta Sala por recurso de casación interpuesto por el Abg. Edgar Villacrés Intriago, de la sentencia de mayoría, dictada el 18 de diciembre del 2003 por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, dentro del juicio laboral que en contra de las compañías: BARDISA S.A., POLIMPER S.A., RELIFA S.A. y Azucarera Valdez, sigue Luís Enrique Chalén Bustamante, habiéndose radicado la competencia en esta Segunda Sala Especializada de lo Laboral y Social, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 200 de la Constitución Política del Estado y 1 de la Ley de Casación y, en virtud de la razón del nuevo sorteo que obra de fojas 5 de este cuaderno y siendo su estado el de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: Funda su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de los artículos: 76, 117 (actuales 72 y 113) del Código de Procedimiento Civil y 19 de la Ley de Casación; y, por errónea interpretación del Art. 17 del Código del Trabajo. El recurso propuesto se puede resumir en tres puntos: 1) Que se ha demandado a cuatro personas jurídicas por contratos diversos, situación prohibida por la ley; no habiéndose demostrado que el ex trabajador ha prestado sus servicios en BARDISA S.A.; 2) Que la afirmación que hace la Sala de instancia respecto de que el actor era trabajador de temporada no tiene respaldo procesal; y, 3) Que el despido intempestivo alegado, no ha sido probado. SEGUNDO: En relación al primer punto, que se refiere a la falta de aplicación del Art. 76 (actual 72) del Código de Procedimiento Civil, que dice: *“No podrán demandar en un mismo libelo dos o más personas, cuando sus derechos o acciones sean diversos o tengan diverso origen. Tampoco podrán ser demandadas en un mismo libelo dos o mas personas por actos, contratos u obligaciones diversos o que tengan diversa causa u origen.”*. En la especie, efectivamente se demandó a varias personas jurídicas, pero la acción y el derecho no son diversos, tanto más que entre ellas existe solidaridad patronal, circunstancia corroborada en la *“Declaración de Voluntad”* (fs. 28 a 29), suscrita por los representantes de las compañías: Polimper S.A., Bardisa S.A., Relifa S.A., y los trabajadores de tales compañías, el 28 de julio de 2000, en la que expresamente se señala: *“Las Compañías Polimper S.A., Relifa S.A. y Bardisa S.A., son sociedades cuyo objeto social, entre otros, es el de proporcionar personal bajo su cargo y dependencia, a tanta persona natural o jurídica requiera de los servicios de éstos... B.I. Que los Trabajadores de las Compañías Polimper S.A., Relifa S.A. y Bardisa S.A., que prestaron sus servicios en los predios del Ingenio Valdez en labores de Riego ingresarán a trabajar en dichas labores en el mismo orden y número que el año pasado, considerando para este efecto al personal que terminó las labores de riego en la zafra No. 115”*. Adicionalmente, se observa del proceso que, a pesar de haber sido legalmente citada la compañía recurrente, no concurrió a la audiencia de conciliación ni contestó la demanda, por lo que se trabó la litis con negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho, conforme dispone el Art. 103 del Código de Procedimiento Civil. Debe advertirse por tanto, que los argumentos que plantea el recurrente en casación, por las razones expuestas, no son materia de la litis. TERCERO: Respecto de los puntos segundo y tercero, que se refieren a la afirmación de que el actor tenía la calidad de trabajador de temporada y a la inexistencia del despido intempestivo alegado por el demandado y reconocido por el Tribunal de alzada, se observa que esta denuncia la formula bajo el argumento de que en el proceso no existen pruebas que demuestren tal

circunstancia; sin embargo, la referida argumentación debió formularse bajo el amparo de la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, puesto que en ella se tratan los asuntos concernientes a valoración de la prueba, y en la especie, el recurso de casación se fundamenta únicamente en la causal primera. Hay que anotar que la causal primera se refiere únicamente a vicios in iudicando, o sea violaciones de las normas sustantivas. Sin ser necesarias otras consideraciones, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima por improcedente el recurso interpuesto. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez, Magistrados.- Certifica. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Es fiel copia del original.- Quito, julio 25 de 2007.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 286-2005

ACTORA: Sonia Baratau Bermeo.

DEMANDADO: Banco de Fomento.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, julio 23 del 2007; las 14h50.

VISTOS: Sonia Baratau Bermeo, inconforme con la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo, revocatoria de la pronunciada por el Juez de origen que declaró con lugar el **pago de la jubilación patronal especial** en el juicio laboral que sigue contra el Banco Nacional de Fomento sucursal Babahoyo, en tiempo oportuno dedujo recurso de casación, el mismo que fue rechazado; ante tal negativa interpuso recurso de hecho. PRIMERO: Inicialmente correspondió el conocimiento de la presente causa a la Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, la misma que dictó el auto de admisión a trámite del recurso interpuesto; ante la supresión de dicha Sala, y en virtud de la razón del nuevo sorteo efectuado (fs. 9), de conformidad con las disposiciones constitucionales así como las legales aplicables, se radicó la competencia en esta Segunda Sala de lo Laboral y Social, por lo que siendo su estado el de resolver, para hacerlo se considera. SEGUNDO: La recurrente estima que en la sentencia motivo de impugnación, se han infringido los Arts. 219 (actual 216) del Código del Trabajo, artículo 2 literal b) e inciso final de la regulación No. 01-91 emitida por el Banco Nacional de Fomento; resoluciones dictadas por la Corte Suprema de Justicia publicadas en los Registros Oficiales Nos. 421 de 28 de enero de 1993 y 233-S de 14 de julio de 1989, en las que se reconoce el derecho a la jubilación patronal y a su imprescriptibilidad; 119, 120 y 121 (actuales 115, 116 y 117) del Código de Procedimiento

Civil. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: Del análisis del recurso interpuesto se deduce que las pretensiones de la demandante son: a) La errónea interpretación de la norma contenida en el Art. 219 (actual 216) del Código del Trabajo; y b) La procedencia de la jubilación patronal especial que concede el Banco Nacional de Fomento a sus servidores, la misma que fue creada mediante regulación No. 01-91 de 29 de mayo de 1991, expedida por el directorio del mismo banco, y su imprescriptibilidad. CUARTO: Respecto del primer aspecto, este Tribunal observa la improcedencia de su conocimiento, pues en la sentencia pronunciada por el Tribunal de alzada, no se resuelve respecto a la jubilación patronal regulada en el Art. 219 (actual 216) del Código del Trabajo, por lo que si la recurrente pretendía que se analice tal circunstancia, ello debió haber sido denunciado al amparo de la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación que dice: "Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis...". QUINTO: Previo a resolver el segundo punto de inconformidad, este Tribunal observa: a) La accionante en su demanda señala expresamente como pretensión: "Por lo expuesto y de conformidad con los artículos 219 y 222 del Código del Trabajo, concurre ante usted a demandar como en efecto demandando al Banco Nacional de Fomento (Sucursal Babahoyo), en la interpuesta persona de su Gerente General Sra. Fabiola Aspiazu Coello, a quien además demandando por sus propios derechos; para que en sentencia ordene y disponga, que la mencionada institución, por intermedio de su representante legal, señora Fabiola Aspiazu Coello, me conceda la Jubilación Patronal Vitalicia, a la que tengo derecho, en razón de haber prestado mis servicios lícitos y personales, bajo orden y dependencia por más de 25 años, en el sector público, y en consecuencia, me paguen una pensión jubilar vitalicia, desde la terminación de las relaciones laborales en aplicación a las diversas modalidades; así como la décima tercera, décima cuarta, décima quinta y décima sexta, pensiones jubilares desde sus respectivas vigencias, además reclamo los respectivos intereses, costas judiciales y los honorarios profesionales del profesional del Derecho que me patrocina." (el subrayado nos corresponde); en consecuencia su pretensión concretada en la demanda se basó en las disposiciones de los Arts. 219 y 222 (actuales 216 y 218) del Código del Trabajo. b) Sin embargo, tiene que tomarse en cuenta que en la audiencia de conciliación y contestación a la demanda (fs. 41 a 43 vta.), la institución accionada al proponer excepciones manifiesta: "...c.- Alego improcedencia de la acción y falta de derecho de la actora para reclamar el beneficio de la Jubilación Patronal por las siguientes razones: El beneficio de la Jubilación Patronal para los funcionarios del Banco Nacional de Fomento se encuentra regulado por la Regulación 01-91 de fecha 29 de Mayo de 1991 vigente a la fecha de salida de la actora de este juicio, emitida por el Directorio de la Institución, cabe aclarar que éste es un beneficio adicional otorgado por el Banco Nacional de Fomento para su funcionario, beneficio que no está contemplado en ninguna Ley y es independiente del establecido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el Código del Trabajo...". A esta alegación la actora responde señalando: "...lo que si tengo que agradecer a las expresiones y reconocimiento de la parte demandada de que la Jubilación Especial Patronal contenida en la Regulación No. 01 del 91 emitida por el Directorio del Banco Nacional de Fomento, es un beneficio adicional a la jubilación establecida en el Art. 219 del Código del

Trabajo, de ahí que a los valores que estoy reclamando por concepto de mi Jubilación Patronal del Código del Trabajo, se le deberá sumar a la Jubilación Especial que reconoce el Banco Nacional de Fomento a sus trabajadores." c) De estos antecedentes, se evidencia que la accionante formuló una reforma de su demanda, cuestión prohibida dentro del juicio verbal sumario, trámite mediante el cual se sustanció este proceso; pues el Art. 834 del Código de Procedimiento Civil señala: "Propuesta la demanda, en este juicio, no podrá el actor reformarla..."; por lo que los juzgadores de instancias no podían entrar a conocer una pretensión que no se planteó en la demanda pues se concretaron a analizar la jubilación patronal normada en la regulación 01-91 -ya mencionada-. d) Consecuentemente, los otros planteamientos constantes en el recurso que hacen relación al derecho a la jubilación patronal especial otorgada por el Banco Nacional de Fomento, así como a la imprescriptibilidad de tal beneficio establecido mediante regulación No. 01-91 de 29 de mayo de 1991 emitida por el Directorio de dicho banco no pueden ser examinados por este Tribunal, según el análisis realizado. Sin ser necesarias otras consideraciones, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima por improcedente el recurso interpuesto, aclarándose que ello no implica coincidir con el análisis expuesto por el Tribunal de alzada. Se deja a salvo el derecho que pueda tener la recurrente para reclamar la jubilación patronal especial otorgada por el Banco Nacional de Fomento, determinada en la regulación tantas veces citada. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral (V.S.), Teodoro Coello Vázquez, magistrados.- Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original.

Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.
VOTO SALVADO DEL SEÑOR MAGISTRADO DR. HERNAN PEÑA TORAL.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, 23 de julio del 2007; las 14h50.

VISTOS: En este verbal sumario por jubilación patronal propuesta por Sonnia Baratau Bermeo, en contra del Banco Nacional de Fomento, sucursal en Babahoyo, la actora inconforme con la resolución dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo, que revoca el fallo de primera instancia y declara sin lugar la demanda, al habérsele negado el recurso de casación, interpone recurso de hecho, razón por la cual la causa accede a conocimiento de este Tribunal, que para resolver considera: PRIMERO: Inicialmente el conocimiento de la causa, correspondió a la Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, Tribunal que admitió el recurso de hecho y calificó como procedente la casación interpuesta por la accionante. Posteriormente, por supresión de dicha Sala, mediante nuevo sorteo de causas, se radica la competencia en esta Segunda Sala, que por las disposiciones constitucionales y legales pertinentes, es competente para dictar la resolución pertinente. SEGUNDO: La recurrente en su escrito de interposición del recurso, señala que en la sentencia que

ataca, se han infringido los siguientes artículos: 219 (actual 216) del Código del Trabajo; 119, 120 y 121 (actuales 115, 116 y 117) del Código de Procedimiento Civil; 2 y, de manera especial, el literal b) y el inciso final, de la regulación No. 01-91 emitida por el Banco Nacional de Fomento de 29 de mayo de 1991; y las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, publicadas en los registros oficiales Nos. 421 y 233-S, de 28 de enero de 1983 y 14 de julio de 1989, que determinan que el derecho a la jubilación patronal es imprescriptible. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: a) El recurso de casación es de naturaleza extraordinaria, ya que procede únicamente por motivos específicos y restringidos que, por ser taxativos, el juzgador debe resolverlos dentro de los límites que le demarca el recurrente, aunque advierta que en la sentencia impugnada existan otras infracciones a las normas de derecho positivo. Por ello el Tribunal de Casación no está facultado a rebasar el ámbito señalado por las causales citadas por el recurrente como lo han patentizado las diversas salas de la Corte Suprema de Justicia en múltiples fallos. b) En la especie, la recurrente concreta su recurso en dos aspectos: 1. La imprescriptibilidad de la jubilación patronal; y, 2. El derecho a la jubilación especial patronal, de acuerdo con la regulación No. 01-91, emitida por Directorio del Banco de Fomento. CUARTO: 1. Para dilucidar el **primer punto**, que hace relación a la prescripción, es necesario precisar la petición formulada por la actora en su libelo de demanda; y para ello, transcribimos la parte pertinente: "...Segundo: Fundamentos de Derecho.- Por lo expuesto y de conformidad con los artículos 219 y 222 (actuales 216 y 218) del Código del Trabajo, concuro ante usted a demandar como en efecto demandando al Banco Nacional de Fomento (Sucursal Babahoyo), en la interpuesta persona de su Gerente General Sra. Fabiola Aspiazu Coello, a quien además demando por sus propios derechos; para que en sentencia ordene y disponga, que la mencionada institución, por intermedio de su representante legal, señora Fabiola Aspiazu Coello, me conceda la jubilación patronal vitalicia, a la que tengo derecho, en razón de haber prestado mis servicios lícitos y personales, bajo orden y dependencia por más de 25 años, en el sector público, y en consecuencia me paguen una pensión jubilar vitalicia, desde la terminación de las relaciones laborales en aplicación a las diversas modalidades; así como la décima tercera, décima cuarta, décima quinta y décima sexta, pensiones jubilares desde sus respectivas vigencias, además reclamo los respectivos intereses, costas judiciales y los honorarios profesionales del profesional del Derecho que me patrocinó". Del análisis precedente, no cabe duda que la pretensión de la actora hace relación a la jubilación patronal prevista en el Código del Trabajo, para aquellos trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado sus servicios en forma continuada o interrumpidamente, jubilación patronal que, por las resoluciones de carácter obligatorio de la Corte Suprema de Justicia, publicadas en los registros oficiales Nos. 421 y 233-S, de 28 de enero de 1983 y 14 de julio de 1989, es imprescriptible; por lo mismo, el Tribunal ad-quem, al haber rechazado la única pretensión de la actora por considerar que ha operado la prescripción, ha incurrido en un error de derecho que debe ser corregido por el Tribunal de Casación. Sin embargo, si bien el derecho a la jubilación patronal prevista en el Código del Trabajo, es imprescriptible, para que proceda dicho beneficio se requiere haber trabajado para un mismo empleador, por el lapso de veinticinco años o más, en forma continuada o interrumpidamente, mas en el presente caso, la misma

actora manifiesta haber laborado para el Banco Nacional de Fomento veintiún años; y pretende sumar el tiempo laborado en otras instituciones del sector público, lo cual no tiene ningún asidero legal, puesto que no es el mismo empleador, tanto más que de autos no hay prueba alguna que conduzca a determinar que efectivamente la actora haya laborado como trabajadora sujeta al Código del Trabajo, pues únicamente ha probado haber trabajado en la Jefatura Política de Babahoyo, en el Centro Materno Infantil y en la Intendencia General de Policía, pero no es posible definir si estuvo amparado por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa o el Código del Trabajo. 2. En cuanto al **segundo punto** del recurso, la casacionista hace un largo y minucioso análisis de la regulación No. 01-91, emitida por el Directorio del Banco Nacional de Fomento; y, particularmente, de los requisitos previstos en el Art. 2 de dicha regulación, para concluir manifestando que tiene derecho a la Jubilación Especial Patronal, sin advertir que ello no es materia de la litis, puesto que conforme nos hemos referido en el numeral anterior, únicamente se demandó la jubilación patronal prevista en el Código del Trabajo, mas no la jubilación especial patronal, que difiere diametralmente de la legal, porque ésta, de acuerdo con el Art. 3 de dicha regulación, consiste en: "...12 mensualidades iguales y vencidas, más la Décimo Cuarta y Décimo Quinta pensiones, valoradas conforme expresas disposiciones legales", jubilación especial patronal que, según los litigantes, es adicional e independiente a la jubilación patronal prevista en el Código del Trabajo, como categóricamente afirman los litigantes en la audiencia de conciliación; así la parte demandada dice: "c. Alego improcedencia de la acción y falta de derecho de la actora para reclamar el beneficio de la Jubilación Patronal por las siguientes razones: el beneficio de la jubilación patronal para los funcionarios del Banco Nacional de Fomento se encuentra regulado por la Regulación 01 de fecha 29 de mayo de 1991, vigente a la fecha de salida de la actora de este juicio, emitida por el Directorio de la Institución, **cabe aclarar que éste es un beneficio adicional otorgado por el Banco Nacional de Fomento para su funcionario, beneficio que no está contemplado en ninguna Ley y es independiente del establecido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el Código del Trabajo...**"; y, a su vez la actora dice: "...lo que si tengo que agradecer a las expresiones y reconocimiento de la parte demandada de que la Jubilación Especial Patronal contenida en la regulación No. 01 del 91 emitida por el Director del Banco Nacional de Fomento, es un beneficio adicional a la Jubilación establecida en el Art. 219 (216) del Código de Trabajo, **de ahí que a los valores que estoy reclamando por concepto de mi Jubilación Patronal del Código del Trabajo**, se le deberá sumar a la Jubilación Patronal Especial que reconoce el Banco Nacional de Fomento a sus Trabajadores." (las negritas corresponden a la Sala). En definitiva, al no ser materia de la demanda la Jubilación Especial Patronal, prevista en la regulación emitida por el Directorio del Banco Nacional de Fomento, se desestima el cargo formulado por la recurrente. Por todo lo expuesto, esta Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa parcialmente la sentencia en los términos del numeral 1 del considerando cuarto; y, a su vez, declara sin lugar la demanda por falta de derecho de la actora para la jubilación patronal prevista en el Art. 216 del Código del Trabajo, dejando a salvo el derecho que pueda tener la accionante para reclamar la jubilación patronal, prevista en

la regulación 01-91 emitida por el Directorio del Banco Nacional de Fomento. Sin costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral (V.S.), Teodoro Coello Vásquez.

Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Es fiel copia del original.- Quito, agosto 20 de 2007.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 345-2005

ACTOR: Jorge Silva Vintimilla.

DEMANDADA: Industrias Guapán S.A.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, julio 17 del 2007; las 15h50.

VISTOS: El señor Jorge Esteban Silva Vintimilla, accionante; y, el ingeniero Byron Sacoto Sacoto, en su calidad de Gerente General de Industrias Guapán S.A., accionado; inconformes con la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Azogues, que modificó en parte la pronunciada por el Juez de origen que declaró parcialmente con lugar la demanda, interponen en tiempo oportuno recursos de casación, en el juicio laboral que mantienen. Siendo su estado el de resolver, se considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales y el sorteo que consta de autos, la Segunda Sala de lo Laboral y Social es la competente para resolver la causa. SEGUNDO: El accionado, **Ing. Byron Sacoto Sacoto, en calidad de Gerente General de Industrias Guapán S.A.**, en su escrito señala que en la sentencia que ataca se han infringido los artículos: 24 numeral 13 de la Constitución Política del Estado; 95 del Código del Trabajo; y 38 del contrato colectivo. Fundamenta su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. A su vez, el actor, **Jorge Esteban Silva Vintimilla**, en su escrito de interposición del recurso, determina que en la sentencia impugnada se han infringido los siguientes artículos: 35 numerales 1, 12 y 14 de la Constitución Política del Estado; 1, 42 numeral 29, 95 inciso segundo y 97 del Código del Trabajo; 119, 121, 273 y 278 (actuales 115, 117, 269 y 273) del Código de Procedimiento Civil; 1588 y 1603 (actuales 1561 y 1576) del Código Civil; y, 9, 10, 13, 14, 29, 48, 74 al 82 del Capítulo Octavo del Décimo Séptimo Contrato Colectivo. Fundamenta el recurso en las causales primera, tercera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: En concreto, son dos puntos por los cuales **la Empresa Industrias Guapán S.A.**, interpone recurso de casación: 1. Por considerar que en el fallo recurrido se

infringe el artículo 95 del Código del Trabajo, al determinar que el valor correspondiente por subsidio de educación, constituye parte de la remuneración, sin considerar que el mismo es un beneficio de orden social que, por su naturaleza, no forma parte de la misma; y, 2. Porque se ordena el pago proporcional de determinados beneficios como: canastilla navideña, ropa de trabajo, “los bonos del 4 y 15 de noviembre, el bono sindical, etc. etc.”. Sobre el **punto 1**, la Sala de alzada en el considerando séptimo analiza acertadamente, el porque el rubro que la empresa demandada paga por subsidio de educación, con el carácter de normal, forma parte de la remuneración, apreciación con la que comparte este Tribunal, toda vez que guarda conformidad con lo previsto en el Art. 35 numeral 14 de la Constitución Política del Estado, el Art. 95 del Código del Trabajo y los reiterados fallos que al respecto, han sido expedidos por las diversas salas de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia; por lo mismo no tiene asidero el cargo formulado. En cuanto al **punto 2**, es preciso dejar constancia que el recurso se fundamenta en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación; sin embargo, el casacionista no determina explícitamente las normas de derecho infringidas, respecto a los rubros reclamados por concepto de: canasta navideña, ropa de trabajo y los diversos bonos que se han establecido en la contratación colectiva; no obstante, la Sala deja constancia que tanto en el fallo de primera, como en el de segunda y última instancias, no se manda a pagar ningún valor proporcional por concepto de “canastilla navideña”, previsto en el inciso segundo del Art. 48 del contrato colectivo, así como tampoco se manda a pagar por ropa de trabajo. Mientras que en relación a las bonificaciones: sindical, por onomástico y las del 4 y 15 de noviembre, como antes se indicó el recurrente no especificó la normativa infringida, ni tampoco determinó el vicio de la causal primera en la que el Tribunal de alzada habría incurrido; por lo que este Tribunal no puede analizar tal circunstancia. CUARTO: Del estudio del escrito contentivo del recurso de casación interpuesto por el actor, se advierte que su inconformidad se concreta en los siguientes puntos: 1. La no admisión como beneficio superior, del pago del valor que representan los pasajes aéreos Cuenca-Quito-Cuenca, otorgados mensualmente a los señores Subgerente General y auditores internos; 2. La falta de inclusión de los rubros correspondientes a: bono de comisariato, alimentación y beneficio superior, para establecer el monto de su remuneración, sobre la base de los cuales debe calcularse todas las indemnizaciones que le corresponden; 3. La falta de pago de la ropa de trabajo por los períodos correspondientes a 1992 y 1993; 4. La falta de pago del valor correspondiente a “canastilla navideña”, previsto en el Art. 48 del contrato colectivo; 5. La falta de pronunciamiento sobre el pago de las utilidades por los períodos correspondientes a los años 1992 y 1993, y los intereses regulados por los Arts. 13 y 14 del Décimo Séptimo Contrato Colectivo de Trabajo. En cuanto al **punto 1**, referente al beneficio superior, cabe el siguiente análisis: a) La pretensión del actor, se fundamenta en lo que determina el Art. 29 de la Contratación Colectiva suscrita entre la empresa demandada y sus trabajadores, que dice: “De los beneficios superiores.- Si la Compañía otorgara beneficios superiores a los constantes en este Contrato Colectivo **a cualquier trabajador**, dicho beneficio será incorporado a este Contrato con el 100% de recargo. Pero si de manera bipartita entre el Comité de Empresa y la Compañía se configurare el escalafón, el imperativo que antecede se lo tendrá como inexistente, de acuerdo al tenor

del capítulo Décimo Tercero del Segundo Contrato Colectivo” (el subrayado es nuestro). b) Se reclama como beneficio superior, el importe de los pasajes aéreos Cuenca-Quito-Cuenca, otorgados a los señores: Ing. Iván Alvarado, Subgerente General, Dr. Luis Rodríguez y Lcdo. Carlos Porras Vasco, auditores internos de la empresa, quienes tienen su residencia en la capital de la República. c) Los funcionarios referidos en el literal anterior, beneficiarios de los mencionados pasajes aéreos, **no tienen la calidad de trabajadores sujetos al ámbito de la contratación colectiva**, pues el primero ejerce funciones de dirección y administración en la empresa, por lo que de conformidad con lo previsto en el Art. 36 del Código del Trabajo es representante del empleador, en tanto que los auditores internos, tampoco están sujetos al Código del Trabajo, sino al Derecho Civil y Societario. Se confirma esta aseveración de que tanto el Subgerente como los auditores internos de la empresa, no son trabajadores sujetos al Código del Trabajo, al revisar el anexo 3 del contrato colectivo, que obra de fs. 168 a 172 del cuaderno de primera instancia. d) Si el Subgerente y los auditores internos de la empresa demandada, no son trabajadores sujetos al Código del Trabajo, cualquier beneficio otorgado a su favor, atendiendo ya sea a su nivel jerárquico administrativo, al lugar de su residencia o cualquier otra consideración hecha por la empresa, no genera beneficio alguno a los trabajadores cuya relación se rige por la legislación laboral, toda vez que el artículo 29 del contrato colectivo, se refiere a beneficios superiores que se otorguen a **“cualquier trabajador”**. e) Se argumenta que la empresa está obligada al pago de este beneficio superior, por resolución del Comité Obrero Patronal, al efecto, si revisamos la resolución adoptada por el Comité Obrero Patronal el 10 de marzo de 2000, que obra a fs. 26, misma que es comunicada a la empresa mediante oficio, cuya copia obra de fs. 27, podemos advertir que únicamente exhorta a la empleadora cumplir con lo previsto en el Art. 29 de la contratación colectiva, en relación con el artículo 80 ibídem, pero no es explícito ni categórico, en cuanto al tema materia del debate. Por lo expuesto, consideramos que el Tribunal de alzada al negar el pago del beneficio superior reclamado por pasajes aéreos otorgados a determinados funcionarios directivos de la empresa, no ha violado ninguna disposición legal o contractual que ampara al actor en este juicio, por lo que, igualmente, se rechaza este cargo. Sobre el **punto 2** vale indicar que el actor, en su escrito de interposición del recurso, manifiesta su inconformidad con el mismo, por cuanto señala que la Sala de alzada no ha considerado que los rubros correspondientes a: bono de comisariato, alimentación y beneficio superior, forman parte de su remuneración y el negarlos causa un perjuicio económico, toda vez que para el cálculo de sus indemnizaciones se toma en cuenta una remuneración disminuida. Sobre el tema, es preciso considerar: a) En cuanto al bono de comisariato vale indicar que si bien mediante resolución adoptada por el Comité Obrero Patronal de Industrias Guapán S.A. en sesión de 16 de noviembre del año 2000 (fs. 136 a 137), se determina que la compañía se obliga a pagar por este rubro la cantidad de US \$ 16 a sus trabajadores a partir del 20 de mayo de 2000, no obstante revisada la demanda y el acta de finiquito se concluye que el actor terminó su relación laboral el 22 de octubre de 2000, es decir, con fecha anterior a la resolución adoptada por el indicado comité. Adicionalmente, dicha resolución si bien señala que se pagará el bono a partir del 20 de mayo de 2000, también dice que se lo hará a favor de sus trabajadores y, en el caso del recurrente, a esa fecha, 16 de noviembre de 2000, ya no

era trabajador de Industrias Guapán S.A., por tanto su reclamo carece de fundamento. b) En relación al pago de alimentación vale indicar que: b.1) De acuerdo con lo previsto en los Arts. 35 numeral 14 de la Constitución Política y 95 del Código del Trabajo, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, servicios o en especies, o cualquier otra retribución que tenga el carácter de normal en la industria o servicio. b.2) Por su parte el inciso 1 del artículo 70 del Décimo Séptimo Contrato Colectivo dispone: “La Compañía proveerá sin costo alguno alimentación para el personal de turno, consistente en desayuno y almuerzo a los trabajadores de turno de 06h00 a 14h00, de merienda a los turnos de 14h00 a 22h00; y, a los que por razón de su trabajo deben laborar en la fábrica durante las horas de comida. A los trabajadores que laboran en el turno de las 22h00 a 06h00, se les asignará la cantidad equivalente a una merienda para que puedan servirse alimentación por su cuenta. A los que laboran en Canteras, Equipo Volante o Varios Servicios, Empaque, Fábrica de Sacos y Trituración, se les proporcionará un refrigerio según la costumbre”, por lo que se entiende que la empresa dotaba diariamente a todos sus trabajadores la alimentación o un refrigerio, razón por la cual resulta evidente que se trata de un rubro que forma parte de la retribución de carácter normal y permanente que debió ser considerado en aplicación de las normas constitucional y la legal citadas, como parte de la remuneración. b.3) En la especie, según lo expuesto, procede se le reconozca por dicho concepto la cantidad de diez dólares mensuales (US \$ 10), ello en consideración al fecha en que concluyeron las relaciones laborales; debiendo por tanto ser considerados para determinar el monto de la remuneración; y, c) Conforme se analizó anteriormente en el punto 1, no existe derecho a valor alguno por concepto de beneficio superior. El **punto 3**, se refiere a la falta de pago del beneficio previsto en el numeral 29 del Art. 42 del Código del Trabajo, en relación con el Art. 68 del Décimo Tercer Contrato Colectivo; sobre el tema, del informe pericial que obra de fs. 272 a 276 de los autos, se desprende que la empresa sí ha proporcionado la ropa de trabajo, por lo que es procedente desecharse la pretensión del actor en la forma que se lo ha hecho; tanto más que respecto del año 1993 en que basa su pretensión en el Décimo Tercer Contrato Colectivo, ni siquiera obra del proceso copia de tal instrumento. Sobre el **punto 4**, vale indicar que el Art. 48 del Décimo Séptimo Contrato Colectivo, en su primer inciso señala, que: “La Compañía entregará hasta el 10 de diciembre la cantidad de un millón doscientos mil suces, a cada uno de sus trabajadores amparados por este Contrato Colectivo, como agasajo de Navidad”, valor que manda a pagar el Tribunal de alzada, confirmando lo resuelto por el Juez de origen, en forma proporcional, por el hecho de haber concluido la relación laboral antes de la fecha en la que debía pagarse la suma referida. Con relación al segundo inciso del artículo 48 de la citada contratación colectiva que dice: “Adicionalmente y con ocasión de la Navidad, el 24 de Diciembre, la Compañía entregará a todos los trabajadores una Canastilla Navideña, la que tendrá un valor igual al de la canastilla del año inmediato anterior, más un incremento anual a la tasa de inflación acumulada al 30 de noviembre de cada año”, vale indicar que no es procedente ordenar su pago en forma proporcional, puesto que es un beneficio extraordinario que se entrega a quienes tengan la calidad de trabajadores al 24 de diciembre de cada año y no se lo realiza en función del tiempo de servicio; por lo mismo, es acertado el pronunciamiento del Tribunal de alzada, en el sentido de no haberse ordenado el pago de

valor alguno por concepto de “canastilla navideña”. Finalmente, el **punto 5** hace referencia a la falta de pronunciamiento de la Sala de alzada sobre el pago de utilidades, lo cual resulta inexacto, puesto que en el fallo del Juez del Trabajo expresamente se niega dicha pretensión, con un adecuado análisis que consta en el considerando octavo, lo que es confirmado en segunda y definitiva instancia. Igualmente, en forma expresa, se niega el pago de intereses, al efecto, cabe tener en cuenta que en el Art. 13 del Décimo Séptimo Contrato Colectivo de Trabajo, se señala las indemnizaciones a pagarse en caso de despido intempestivo; y en el Art. 14 se ha estipulado que si no se cubren las indemnizaciones en un plazo máximo de treinta días luego de producida la terminación de la relación laboral, se reconocerá la tasa de interés legal sobre el monto de la indemnización hasta la fecha de pago efectivo. En la especie, el Tribunal de alzada al reconocer que en el acta de finiquito se determina que se pagó oportunamente la indemnización, implícitamente está resolviendo la improcedencia del pago de intereses, por lo que igualmente se rechaza este cargo. Por todo lo expuesto, esta Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada; y, aceptando el recurso de casación interpuesto por el actor, casa parcialmente la sentencia, en los términos del considerando cuarto, punto 2 literal b) de esta resolución, que deberá ser considerado por el Juez de origen al momento de reliquidar los valores que le corresponden al actor. Sin costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez, Magistrados.- Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original.

Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.
No. 357-2005

ACTOR: William Calderón Checa.

DEMANDADO: Consejo Provincial de Esmeraldas.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, julio 16 del 2007; las 10h20.

VISTOS: El presente juicio ha subido a conocimiento y resolución de esta Sala por recurso de casación interpuesto por Homero López Saud y Dr. Vladimir Jhayya Flor, en sus calidades de Prefecto y Procurador Síndico del Gobierno Provincial de Esmeraldas, respectivamente, de la sentencia dictada el 21 de junio del 2004 por la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio laboral que en contra de su representada sigue William Edmundo Calderón Checa, habiéndose radicado la competencia en esta Segunda Sala Especializada de lo Laboral y Social, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 200 de la Constitución Política del Estado y 1 de la Ley de Casación y, en virtud de la razón de sorteo que obra de fojas 1 de este cuaderno y siendo su estado el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO: Los recurrentes fundamentados en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, acusan a la sentencia motivo de impugnación, de hacer indebida aplicación de los Arts. 10 y 35 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el H. Consejo Provincial de Esmeraldas y sus trabajadores; anotan que obra de autos el acta de finiquito que satisfizo oportunamente los haberes a que tenía derecho el trabajador, por lo que la Sala de alzada está ordenando un doble pago de la indemnización contenida en el Art. 35 del contrato colectivo señalado. SEGUNDO: Estudiado el proceso, se encuentra que: a) De fs. 185 de los autos obra la “Liquidación Económica”, mediante la cual el Consejo Provincial de Esmeraldas cancela al actor \$ 8.334.23 por 54 meses de remuneraciones conforme el Art. 35 del Sexto Contrato Colectivo, y demás pagos correspondientes a otras bonificaciones y partes proporcionales de otras prestaciones laborales, en base a un salario mensual de \$ 147.31, rubro que multiplicado por 3 meses y a su vez por 18, que son los años de servicio, totaliza un valor de \$ 795.474, que es lo que efectivamente ha liquidado y pagado la entidad demandada por este concepto, por lo que resulta improcedente ordenar la duplicidad del pago. b) Por otra parte, el Art. 10 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo, determina: “Si transcurridos los 90 días de que habla el Artículo anterior no se hubiere suscrito el siguiente Contrato Colectivo Único de Trabajo, el presente Contrato Colectivo quedará renovado en todas sus partes con un incremento de salarios y remuneraciones en general, que en ningún momento será inferior al 100% de los beneficios que perciben los trabajadores amparados por este Contrato Colectivo Único de Trabajo, sin perjuicio de que los sindicatos hagan uso de sus derechos consignados en el Código del Trabajo”. En esta disposición, se ha basado el Tribunal ad-quem para condenar a la entidad demandada, al pago del doble de lo que le corresponde al actor por la bonificación por retiro voluntario, conllevando esta decisión una aplicación indebida de dicha norma, puesto que el Art. 35 antes mencionado, hace referencia a una bonificación por separación voluntaria, que ya fue cubierta en su integridad, y no a “salarios y remuneraciones en general”, que es a lo que se refiere el Art. 10 (transcrito) del referido contrato colectivo, como equivocadamente interpreta la Sala de instancia, evidenciándose así el vicio denunciado por los recurrentes; tanto más que la pretensión de la acción no fue la reliquidación de los incrementos a la remuneración mensual, que es la que sirve de base para las liquidaciones de derechos e indemnizaciones. Por lo expuesto, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, acepta el recurso de casación y casa la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, en los términos del considerando segundo de esta resolución. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez, Magistrados.- Certifica. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Es fiel copia del original.- Quito, agosto 17 de 2007.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 369-2005

ACTOR: Henry Baquerizo Vera.**DEMANDADO:** Shell Ecuador S.A.**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 21 del 2007; las 15h50.

VISTOS: Andrés Rodríguez Acosta, por los derechos que representa de Shell Ecuador S.A., inconforme con la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, confirmatoria de la pronunciada por el Juez de origen, que declaró parcialmente con lugar la demanda, en el juicio de trabajo que sigue Henry Geovanny Baquerizo Vera, en tiempo oportuno dedujo recurso de casación, accediendo por tal motivo la causa a análisis y decisión de este Tribunal, que para hacerlo por ser el momento procesal considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales y el sorteo que consta de autos, la Segunda Sala de lo Laboral y Social es la competente para resolver la causa. SEGUNDO: El recurrente estima que en la sentencia que impugna se han infringido las siguientes normas: Arts. 203 (actual 199) del Código de Procedimiento Civil; 632 (actual 635) del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: Del análisis del recurso interpuesto se deduce que la pretensión del recurrente radica en sostener la inexistencia de relaciones laborales con el demandante; al efecto argumenta que los certificados de asistencia a charlas "supuestamente" dados por Shell Ecuador, y el instrumento privado conferido por un tercero, según el cual el accionante habría prestado sus servicios en Shell hasta el 30 de junio de 1998, y en los cuales se basó el Tribunal de alzada para determinar la existencia de vínculo laboral, no constituyen prueba. Alega también que en el evento no consentido de que se admita tal prueba como válida, operó la prescripción de la acción, pues desde que terminaron las relaciones laborales (30 de junio de 1998), hasta la fecha en que se citó a la accionada (30 de octubre de 2001), había transcurrido en demasía el tiempo que determina la ley (3 años). CUARTO: En la especie, previo a determinar la existencia o no de relaciones laborales es preciso tener en cuenta: 1) El accionante en su demanda expresamente manifiesta: "Durante el tiempo que laboré a favor de Shell Ecuador S.A., siempre laboré en la Estación de Servicios Shell Kennedy Norte, desempeñando las mismas funciones, bajo la administración y dirección del señor Jorge Fernando Rabascall, pero mi ex empleadora pagaba mi sueldo bajo diferentes razones sociales como Sotem Cía. Ltda., Sercel S.A., Servillano & Asociados y Glesa...". 2) El accionado en la fundamentación de su recurso señala: "No existe en autos justificativo de ningún tipo que acredite vínculo alguno entre Jorge Rabascall y mi representada, ni entre el indicado Sr. Rabascall y la denominada por el actor 'Shell Kennedy Norte'. Finalmente tampoco existen en autos documentos que demuestren relación o vinculación algunas entre mi representada y las compañías Sotem, Sercel, Sevillano & Asociados y Glesa, empresas que según el actor usaba su empleador para

pagarle el sueldo...". 3) De fs. 67 a 77, constan contratos suscritos entre el señor Fernando Rabascall Chambers, (representante legal Estación de Servicios Shell) y las compañías Sotem Cía. Ltda., Sercel S.A., Servillano & Asociados y Glesa; cuyo objeto expresamente es la provisión de personal especializado para la ejecución de varios trabajos; así como las certificaciones de trabajo, conferidas por las señaladas compañías, constantes de fs. 120 a 123; y en la entregada por Sotem Cía. Ltda. (fs. 120), expresamente se manifiesta que el accionante prestó sus servicios en calidad de pistero en Shell. 4) De estos antecedentes, se colige que la existencia de relación laboral entre las partes, deviene de la responsabilidad solidaria, principio reconocido en la Constitución Política del Estado que en su Art. 35 numeral 11 dispone: "Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario"; pues, el Gerente de Shell Kennedy Norte, no suscribió con el accionante contrato de trabajo, sino con las empresas intermediarias, pero la prestación de servicios fue en la compañía Shell; y en estos casos, la ley anticipándose a tales circunstancias, para evitar la vulneración de los derechos de los trabajadores, consagró esta garantía constitucional de protección, que determina varios aspectos así: a) Se entiende por responsabilidad solidaria laboral, la obligación legal o contractual que nace para la persona en cuyo provecho se realice la obra o preste el servicio, la cual responde conjunta o indistintamente con el obligado directo, en virtud de una extensión de la responsabilidad proveniente de la ley. No es imprescindible sin embargo, que se demande tanto al obligado directo como al responsable solidario, para obtener la aplicación de la norma en análisis, ya que por el principio de solidaridad pasiva, el acreedor está facultado para exigir la totalidad del crédito o cumplimiento de las obligaciones a su arbitrio, a todos o a cualquiera de los obligados solidariamente. b) Esta responsabilidad, es procedente incluso en el caso de que el nexos laboral se hubiere producido mediante intermediario, entendiéndose por tal, a toda persona que sin ser representante conocido del patrono interviene por cuenta de éste último en la contratación de los servicios de uno o varios trabajadores, sin perder su propia responsabilidad. c) Se ha previsto también que en caso de que el beneficiario del trabajo, en razón de esta garantía satisfaga el cumplimiento de las obligaciones laborales, está facultado para exigir la repetición de tal pago. d) En la especie, no hay duda, respecto de la existencia de relaciones laborales, pues si bien los certificados de asistencia a las charlas de "Vendedor en Lubricantes" y "Venta de Lubricantes y Promociones", conferidos por Shell Ecuador (fs. 47 y 49); que el Tribunal de alzada menciona en su resolución, no tendrían los suficientes elementos para determinar la existencia de relación de trabajo, sin embargo constan en el proceso declaraciones testimoniales (fs. 95 y 96), confesión ficta de los demandados (fs. 149), pruebas que en conjunto conducen a determinar la existencia del vínculo laboral, así como del despido intempestivo; siendo Shell del Ecuador, obligada solidaria de las obligaciones patronales puesto que el trabajo se realizó en su provecho; por lo que los juzgadores de instancia no infringieron norma alguna en la valoración de la prueba en relación con la existencia de relaciones laborales; y desde luego de conformidad con lo que se advirtió en el literal c) del numeral 4 de este considerando, la compañía Shell, tiene la facultad de ejercer

el derecho de repetición. QUINTO: Finalmente respecto de la infracción del Art. 635 del Código del Trabajo, este Tribunal observa que se pretende introducir un hecho nuevo que no fue materia de la traba de la litis; pues en la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, no se excepcionaron alegando la prescripción de la acción, por lo que esta inclusión en casación, no es permitida, resultando además tal procedimiento atentatorio a la estabilidad y fijeza de lo discutido, violatorio de los derechos de defensa y lealtad procesal. Al efecto la doctrina señala que: "...se reputa nueva en casación una cuestión litigiosa, cuando no fue sometida al organismo jurisdiccional en ninguna de las dos instancias o, en el caso de que no se hubiere reproducido en la segunda, consintiendo así el pronunciamiento dictado en la primera." (Manuel de la Plaza, citando a Garsonnet, *La Casación Civil*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pág. 161); de otro lado, Humberto Murcia Ballén amplía su concepción respecto de las cuestiones nuevas en casación, señalando: "*Como la casación es un recurso contra la sentencia de instancia, que implica, por parte de la Corte, una revisión de la actividad jurisdiccional desplegada por los jueces frente a las pretensiones del demandante y a las excepciones del reo, la jurisprudencia tiene averiguado que es improcedente formular cargos con apoyo en cuestiones o medios nuevos; o sea, en aspectos fácticos que no se plantearon en ninguna de las instancias del proceso que fueron, por tanto, desconocidos para el sentenciador. Por eso ha dicho la Corte que 'cuando los cargos hechos en casación tienden a que el litigio se solucione mediante el estudio de extremos absolutamente distintos a los que fueron básicos de la demanda, tales extremos constituyen medios nuevos, y, por tanto, son inadmisibles en casación'*". (Recurso de Casación Civil, cuarta edición, Librería El Foro de la Justicia., Bogotá, 1983, pág. 408). Sin ser necesarias otras consideraciones, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima por improcedente el recurso interpuesto. Notifíquese y devuélvase. Fdo.) Dres. Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez. Magistrados, Dr. Carlos Espinosa Segovia, Conjuez.-Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original.

Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 380-2005

ACTOR: Heriberto Barahona Orozco.

DEMANDADO: IESS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, junio 14 del 2007; las 10h30.

VISTOS: El señor Heriberto Barahona Orozco, accionante, y el abogado Gregory Alejandro Gines Vincés, en su calidad de Director Provincial del Guayas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, accionado, inconformes con la sentencia de mayoría dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo, parcialmente confirmatoria de la pronunciada por el Juez de origen; interponen en tiempo oportuno recursos de casación, en el juicio laboral que mantienen. Siendo su estado el de resolver, para ello se considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales y el sorteo que consta de autos, la Segunda Sala de lo Laboral y Social es la competente para resolver la causa. SEGUNDO: El señor Heriberto Barahona Orozco, señala que en la sentencia que ataca se han infringido los artículos: 18, 35 numerales 3, 4, 6, 12, 14; y 272 de la Constitución Política de la República; 4, 5, 7, 42 numeral 1, 250, 256, 257 y 267 del Código del Trabajo; 117 inciso tercero, 119 y 169 (actuales 113, 115 y 165) del Código de Procedimiento Civil; 1588 y 1589 (1561 y 1562 actuales) del Código Civil; 71 y 75 del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo, suscrito el 25 de agosto de 1994; 64, 69 y numeral 2 de la Declaración de Principios del Primer Contrato Colectivo de Trabajo Unico a nivel nacional suscrito el 15 de octubre de 1997; 26, 58, 63 y numeral 2 de la Declaración de Principios del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo Unico a nivel nacional, suscrito el 2 de febrero de 1999. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Por su parte, el abogado Gregory Alejandro Gines Vincés, en su calidad de **Director Provincial del Guayas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social**, afirma que en la resolución que impugna se han infringido las siguientes normas: Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: 1) Analizado el recurso de casación formulado por el actor se encuentra: a) Reclama los incrementos a los sueldos desde enero de 1996 a marzo de 2002 en base del índice inflacionario establecido en la contratación colectiva; situación que genera diferencias en el subsidio de antigüedad, bono de rendimiento individual, diferencias de gratificaciones de los meses de marzo, abril y junio de cada año; así como en las indemnizaciones. b) Señala que tampoco se le ha pagado bonificación complementaria, costo de vida, transporte, etc. con el incremento del 15% determinado en las contrataciones colectivas. c) Que en el cálculo de la pensión jubilar patronal, no se ha tomado en cuenta lo dispuesto en el Art. 26 de la contratación colectiva. 2) En cuanto al recurso de **demandado (IESS)**, éste sostiene que la remuneración en base de la cual se dispone el pago de indemnizaciones no es la correcta, puesto que se aportó prueba documental que demuestra que en la liquidación que se efectuó se procedió adecuadamente con la remuneración total de \$ 257,39. CUARTO: **Analizado el recurso de casación formulado por el actor**, se encuentra: 1) En cuanto a la pretensión de incrementos remunerativos relacionados con el índice inflacionario que ha afectado al país, cabe tener presente que: a) De fs. 30 a 64 consta copia del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo Unico a nivel nacional, celebrado el 25 de agosto de 1994, en el que se ha establecido una duración de dos años, y cuyo Art. 75 determina: "Razones Sociales: Si cambiare el

nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del Comité Central o de las Organizaciones Laborales integrantes del mismo o si cambiare el Régimen Jurídico que igualmente norma las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, se mantendrá la vigencia de los derechos consignados en el presente Contrato Colectivo y para los años subsiguientes los derechos adquiridos en materia económica serán incrementados en un porcentaje equivalente al índice inflacionario". b) De fs. 65 a 111 aparece copia del Primer Contrato Colectivo de Trabajo Unico a nivel nacional, celebrado el 15 de octubre de 1997, habiéndose determinado una vigencia de dos años contados desde el 1 de enero de 1996, en cuyo Art. 69 se señala: "Razones Sociales: Si cambiare el nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del Sindicato Nacional Unico de Obreros del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o si cambiare el régimen jurídico que actualmente norma las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, se mantendrá la vigencia de los derechos consignados en el presente Contrato Colectivo y para los años subsiguientes los beneficios económicos estipulados en este Contrato que recibe directamente el trabajador serán incrementados en un porcentaje aproximado al índice inflacionario, salvo el subsidio de antigüedad, el que se mantendrá en el porcentaje convenido...". (el subrayado es nuestro) c) De fs. 112 a 152 se encuentra copia del Contrato Colectivo Unico de Trabajo a nivel nacional, celebrado el 2 de febrero de 1999, en el que se ha estipulado que entrará a regir desde el 1 de enero de 1999; y su Art. 63 dice: "Si cambiare el nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del Sindicato Nacional Unico de Obreros del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o si cambiare el régimen jurídico que actualmente norma las relaciones labores entre el IESS y sus trabajadores, se mantendrá la vigencia de los derechos consignados en el presente Contrato Colectivo". d) De lo transcrito se desprende que las estipulaciones contractuales se están refiriendo al posible cambio de nombre o constitución jurídica del IESS o de la organización clasista contratante, y en cuyos casos, se ha pactado que se respetarán los beneficios económicos y, solo en el referido en el literal a), de darse esa situación, se ha determinado que se establecerá un porcentaje de incrementos en relación con el proceso inflacionario; mientras en la contratación mencionada en el literal b), se ha determinado que en tales circunstancias se aplicará un porcentaje aproximado al índice inflacionario, lo que refleja que hubo una imprecisión de porcentaje además de las circunstancias del cambio de razón social; y, en la contratación colectiva que regía a la fecha en que concluyeron las relaciones laborales (referida en el literal c), no se hace mención a tema alguno relacionado al proceso inflacionario, de donde se colige con claridad que las pretensiones de la reclamante, carecen de sustento jurídico, puesto que no se encuentra probado el cumplimiento de las condiciones relacionadas con el cambio de razón social o constitución jurídica del IESS. 2) Respecto del incremento del 15% en la bonificación complementaria, costo de vida, transporte, etc., determinado en las contrataciones colectivas, este Tribunal lo declara improcedente, pues de fs. 266 a 268, constan datos relacionados con la liquidación de sueldos desde el año 1996 a marzo de 2002, así como el documento que da cuenta de diferencias por varios rubros, entre ellos a los indicados en este literal. 3) En cuanto a la impugnación del Art. 26 del Contrato Unico de Trabajo (fs. 126), que determina: "Sin perjuicio de lo determinado en el inciso 7 del Art. 188 del Código del Trabajo, de conformidad a lo establecido en su Art. 219, los trabajadores que acrediten 25

años de servicio o más en la institución, tendrán derecho a la jubilación patronal. Para efectos del cálculo de las correspondientes pensiones, se tendrá como 'haber general de jubilación', las partidas determinadas en el Art. 222 del mismo cuerpo legal, incrementadas en un quince por ciento (15%)" (el subrayado es nuestro), cabe concluir que por haber prestado sus servicios el accionante por 22 años, 11 meses, y establecida la terminación de las relaciones laborales con los mismos efectos que el despido, es aplicable el inciso séptimo del Art. 188 del Código del Trabajo, por lo que le corresponde la jubilación patronal proporcional, con el incremento del 15% acordado contractualmente, disponiéndose por tanto la reliquidación en la que se deberá tomar en consideración el pago que por tal rubro ha efectuado el IESS. Declarándose procedente en esta parte el recurso interpuesto por el actor. QUINTO: **Respecto del recurso de casación interpuesto por el demandado**, se observa que a fs. 248, 272 consta el rol de pagos de la última remuneración percibida por el accionante, correspondiente al mes de marzo de 2002, habiéndose fijado el total a pagarse en la cantidad de \$ 371,29, que corresponde al rubro que determina el Tribunal de alzada como última remuneración; sin embargo, en los ingresos percibidos constan dos rubros que no forman parte de la remuneración, por cuanto no tienen el carácter de normales y permanentes; siendo estos: "Bono Vacacional 24,00; 12da. /24ta. Vac 125.79"; por lo que de conformidad con lo determinado en el Art. 95 del Código del Trabajo, no debían ser considerados como parte de la remuneración; y debió también tomarse en cuenta lo dispuesto en el inciso quinto del Art. 188 del indicado cuerpo de leyes que determina que el cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido. Por lo que de los \$ 371,29 debió descontarse las cantidades pagadas por los dos beneficios ya indicados, en consecuencia, da un total de \$ 221.50; sin embargo el IESS, en la liquidación constante a fs. 263 reconoce como última remuneración \$ 257.39, por lo que las reliquidaciones deberán practicarse con esta remuneración. Sin ser necesarias otras consideraciones, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa parcialmente la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo; de conformidad con lo determinado en los considerandos cuarto numeral 3), y quinto de esta resolución. La liquidación la practicará el Juez de origen. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral (V.S.), Teodoro Coello Vázquez, Magistrados.- Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original.

Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

VOTO SALVADO DEL SEÑOR MAGISTRADO DR. HERNAN PEÑA TORAL

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, 14 de junio del 2007; las 10h30.

VISTOS: En este juicio laboral propuesto por Heriberto Barahona Orozco, en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), el actor y el Ab. Gregory Alejandro Gines Vincés, en calidad de Director Provincial del Guayas del Instituto demandado, inconformes con la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo, que reforma la sentencia dictada por el Juez Primero de Trabajo de Los Ríos y declara parcialmente con lugar la demanda, interponen sendos recursos de casación, por los cuales la causa accede a conocimiento de este Tribunal de Casación, que para dictar la resolución que corresponde, considera: 1. La acción está dirigida en contra de una institución del sector público, como es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), por lo que, en cumplimiento a lo previsto en el Art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el R.O. No. 372 de 19 de julio de 2001, que regía al momento de presentación de la demanda, necesariamente debió citarse al Procurador General del Estado o su delegado en la provincia de Los Ríos, bajo pena de nulidad; 2. El accionante, en su libelo, solicita la citación a la Ing. Com. Marlene Argudo Rodríguez de Orellana, como representante legal del IESS, mediante deprecatorio a uno de los jueces de trabajo del Guayas; y para la citación del Dr. José Olmedo Garnica Vargas, Director del Hospital del IESS de Babahoyo y del delegado distrital de Los Ríos de la Procuraduría General del Estado, señala los domicilios en que deben ser citados, esto es al primero en la calle 27 de Mayo y General Barona esquina de la ciudad de Babahoyo; y, al segundo en la calle 9 de Noviembre y 10 de Agosto esquina de la ciudad de Babahoyo; 3. El Juez de la causa, acogiendo lo solicitado por el actor, en su providencia inicial ordena la citación a la Ing. Com. Marlene Argudo Rodríguez, mediante deprecatorio a uno de los jueces del Trabajo de Guayaquil; y, al Dr. José Olmedo Garnica Vargas, como al delegado distrital de la Procuraduría del Estado, en los domicilios señalados en la ciudad de Babahoyo; 4. Las citaciones a la Ing. Com. Marlene Argudo Rodríguez y al Dr. José Olmedo Garnica Vargas, Directora Regional Dos del IESS y, Director Provincial del Hospital del IESS, se cumplen como ordena el Juez competente, en tanto que, al delegado distrital de Los Ríos de la Procuraduría General del Estado, no se le cita en el domicilio señalado en la ciudad de Babahoyo, como correspondía; 5. El Juez Quinto del Trabajo del Guayas, mediante providencia de 24 de junio de 2002, que obra a fs. 12 de los autos, sin tener competencia, ordena la citación al delegado distrital de la Procuraduría General del Estado, por medio de la oficina de citaciones del Guayas; 6. A fs. 13, 14 y 15, aparecen tres actas de citaciones que no producen efecto jurídico alguno, puesto que en ellas no se hace constar el nombre completo del citado, ni el lugar de la citación, ya que se dice "Cité por boleta al Delegado Distrital del Procurador General del Estado en el lugar señalado, esto es (en) cerciorándome de ser el domicilio, entregué la boleta que contiene la copia certificada de la demanda/petición inicial y auto en ella recaído, a la persona que dijo ser DEPENDIENTE ya que en ese momento no se encontraba presente la persona citada, manifestándome que le hará conocer del particular en cuanto llegue. ..."; 7. La falta de determinación del nombre completo del citado y el lugar de citación, son requisitos esenciales previstos en el inciso primero del Art. 74 del Código de Procedimiento Civil, que causan la

nulidad de la citación, omisión que no ha sido convalidada con la presentación del Procurador General del Estado ni su delegado; y, 8. Son dos los principios que deben observarse para la declaratoria de nulidad: el de especificidad y el de trascendencia, es decir, que el vicio esté contemplado como causa de nulidad; y, que sea trascendente. Tales principios concurren en el presente caso, ya que la falta de citación al Procurador General del Estado o su delegado, constituye causa de nulidad al tenor del Art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y porque esta falta de citación le dejó en indefensión. Por todo lo expuesto, sin que sean necesarias otras consideraciones, esta Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, declara la nulidad procesal a partir de la providencia de 7 de enero de 2003, de las 08h15, que obra a fs. 24 del proceso, nulidad que se declara a costa del Juez Primero de Trabajo de Los Ríos Ab. Angel Miranda Estrada, lo tramitado en primera instancia; y, de los ministros integrantes de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo, Ab. Luis Riofrío Terán, Dr. Félix Arregui Aragundi y Ab. Luis del Pozo Noboa, el trámite de segunda instancia. En el costo de la reposición del proceso no se comprenderá el de los documentos y diligencias que pueden reproducirse, ni el valor de los honorarios de los defensores, por no haberse reclamado oportunamente la observancia de la solemnidad omitida. Devuélvase el proceso con la ejecutoria respectiva, para que se cumpla con la reposición del proceso, con la citación legal al Procurador General del Estado o al delegado distrital correspondiente, de la Procuraduría General del Estado. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral (V.S.), Teodoro Coello Vázquez.

Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Es fiel copia del original.- Quito, junio 28 de 2007.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.
No. 410-2005

ACTOR: Manuel Heras Guamán.

DEMANDADO: Patricio Rivera Ugarte.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, mayo 10 del 2007; las 16h40.

VISTOS: Manuel Germán Heras Guamán, inconforme con la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Machala, confirmatoria de la pronunciada por el Juez de origen que declaró parcialmente con lugar la demanda en el juicio que por reclamos laborales sigue contra Patricio Rivera Ugarte; en tiempo oportuno dedujo recurso de casación, accediendo por tal motivo la causa a análisis y decisión de este Tribunal, que para hacerlo por ser el momento procesal considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales y el sorteo que consta de autos, la Segunda Sala de lo Laboral y Social es la competente para resolver la causa. SEGUNDO: El recurrente estima que

en la sentencia motivo de impugnación, se han infringido las siguientes normas: Arts. 7, 81 y 590 (este último corresponde al actual Art. 593) del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: La pretensión del recurrente radica en sostener la errónea interpretación del Art. 590 (actual 593) del Código del Trabajo, por cuanto el Tribunal de alzada acepta el juramento deferido para probar el tiempo de servicio del ex trabajador demandante, pero no para establecer la remuneración percibida; sin embargo tal circunstancia no es posible analizarse puesto que se alega una cuestión probatoria, y el recurso no se ha fundamentado en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Debe tenerse presente que cuando se fundamenta el recurso en la causal primera, no cabe impugnación sobre los elementos de prueba producidos en el juicio; no procede la argumentación que implique discrepancia de cualquier consideración que el juzgador haya formulado en relación con las pruebas, ya que esto es ajeno al espíritu de la causal primera. Por ello la doctrina manifiesta: *“Si, como lo hemos dicho y repetido, es de la esencia del quebranto directo de la ley sustancial el que éste se produzca por un yerro juris in judicando, o sea, que a la inaplicación, a la aplicación indebida o a la interpretación equivocada llega el juez en su sentencia, pero prescindiendo de las conclusiones que saque sobre la cuestión fáctica, impónese aceptar, para rendirle tributo a la lógica, que en los ataques a una sentencia en casación, fundados en violación directa de normas jurídicas sustanciales, resultan claramente improcedentes las censuras sobre el análisis probatorio”* (Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, sexta edición, ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pág. 358). De otro lado, no puede dejar de tenerse presente que según disponen tanto el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, como el Art. 593 del Código del Trabajo, constituye atribución privativa de los juzgadores de instancia la apreciación de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica; y, en casación se podría entrar a controlar que la valoración que hayan efectuado no sea arbitraria o ilógica, pero, siempre que se hubiere fundamentado en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación; y, se hubiere explicado concreta y claramente tal transgresión. Sin ser necesarias otras consideraciones este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima por improcedente el recurso interpuesto. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez, Magistrados.- Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original.- Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 422-2005

ACTOR: José Dolores Espinoza Sande.

DEMANDADO: PROALCO CIA. LTDA.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 21 del 2007; las 16h20.

VISTOS: El actor José Dolores Espinoza Sande, inconforme con la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, confirmatoria de la parcialmente estimatoria que dictó el Juez Quinto del Trabajo, en el juicio de procedimiento oral laboral que sigue contra Axel Reich Bittner, en su calidad de Gerente de “PROALCO Cía. Ltda.”, y de Fausto Gavilanes, Jefe de Area Logística de la misma empresa, por los derechos que representan y además por sus propios derechos, en tiempo oportuno, dedujo recurso de casación. Hallándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: La competencia de esta Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, se halla establecida de conformidad con los mandatos constitucionales y los legales correspondientes, y por el sorteo efectuado. SEGUNDO: Señala como normas infringidas los Arts. 125, 168, 169, 170 y 198 (actuales 121, 164, 165, 166 y 194) del Código de Procedimiento Civil, anota lo “...que condujo a los juzgadores de segunda instancia a la no aplicación de las siguientes normas de derecho: Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo.”. Se fundamenta en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. El asunto a resolver es el concerniente a la afirmación que formula el recurrente, en el sentido que en el fallo cuestionado, no se tomó en cuenta la contestación dada a la demanda en la audiencia preliminar, de conciliación, contestación y formulación de pruebas, en la que, la parte accionada por intermedio de su abogado defensor hizo entre otras las siguientes afirmaciones: que el recurrente se había auto despedido, lo que, “...trajo como consecuencia el traslado de la carga de la prueba, de la parte actora a la parte demandada, la que debió justificar su afirmación de que ‘yo me autodespedí de mi trabajo’. Prueba que no actuó la demandada incumpliendo su obligación prevista en el Art. 117 inc. 3ro. del Código de Procedimiento Civil”, que además no se tomó en cuenta: la denuncia de despido ilegal presentada ante el Inspector del Trabajo del Guayas, así como el “Acta de Comparecencia”, celebrada ante la misma autoridad, en la que, la abogada de la parte demandada reconoció que “...fui separado ipso facto”, y que no se impugnó tal documento, ni los otros que presentó y que obran del proceso. CUARTO: La valoración de la prueba constituye atribución de los juzgadores de instancia, sin embargo, en casación se puede controlar si esa valoración no ha sido arbitraria, o ilógica, o no se ha efectuado una adecuada valoración. Por ello, en el presente caso, el estudio del proceso y su compaginación con los fundamentos del recurso interpuesto, y el contenido de las normas legales pertinentes, obligan a formular las siguientes apreciaciones: a) El Art. 113 inciso tercero (anterior 117) del Código de Procedimiento Civil, dispone: “El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada”. Al efecto, cabe destacarse que en la diligencia de audiencia preliminar regulada en los Arts. 576 y 577 del Código del Trabajo, la parte demandada por medio de su abogado defensor, afirmó entre otros hechos: “...el trabajador ha cometido una falta, una seria falta grave es descubierto y en el momento que se le llama a pedir

cuentas, hacerle un reclamo formal, enérgico como es normal en cualquier empresa, el trabajador toma una actitud tal de defensa y se auto declara despedido intempestivamente, por lo tanto ante esta situación que no es una situación como la que el señor narra en su demanda y que inmediatamente entraré a demostrar que no es así, el señor se da por despedido intempestivamente y obviamente busca consejería legal y presenta un reclamo en la Inspectoría del Trabajo, sin que haya mediado de por medio un real despido intempestivo con un reclamo frontal y una exigencia de rendición de cuentas que se le hace al trabajador, el problema consiste en que, siendo la falta del trabajador una falta grave que raya en lo delictuoso, el trabajador para tomar su precaución se autodespidió y en eso la empresa tiene pues que actuar con un poco de criterio y practicidad...". Luego, insiste en el hecho de que el demandante dejó el trabajo, auto despidiéndose, como consta del acta que obra de fs. 60 a 62. Sobre el tema, debemos anotar que obviamente, constituyen objeto de prueba los hechos fundamentales controvertidos, sobre los que se trabó la litis; y, la carga de la prueba se distribuye entre las partes; según el mandato legal transcrito, al haber afirmado el hecho denominado por la parte demandada "autodespidió", a ésta le correspondió la demostración tanto más que de la transcripción realizada se encuentra que expresamente se comprometió ella, en tal sentido; y sin embargo, el estudio del juicio no refleja que se haya cumplido con esta obligación. Al respecto, amplia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia laboral, ha determinado la inversión de la carga de la prueba hacia el empleador, cuando al oponerse al despido unilateral, y a las indemnizaciones reclamadas por tal hecho, opone como excepción el abandono del trabajo, que viene a ser similar al calificativo utilizado en la contestación, esto es el "auto despido", sin embargo esta circunstancia, no ha sido debidamente valorada, ni por el Juez del Trabajo, ni por los juzgadores de segunda instancia que confirmaron el fallo del Juez. b) En la audiencia preliminar, el actor presentó copia de la denuncia del despido intempestivo que la formuló ante el inspector del trabajo (fs. 58), a consecuencia de la que se ha cursado la citación a las partes. De fs. 52 aparece un ejemplar del acta de comparecencia, a la que ha asistido la abogada Lisa López Chang, a nombre del señor Axel Reich Bittner, por los derechos que representa de la compañía PROALCO Cía. Ltda., quien dice: "Tomando en consideración los antecedentes que motivaron la separación ipso facto del trabajador Espinoza Sande José Dolores, esto es por actos ilícitos y de irregularidad en contra de los intereses de mi representada, todo lo cual reposa en los informes y reportes documentados emitidos por Administradores y Funcionarios de la Empresa que reposan en los archivos de la compañía, no cabe indemnización ni acuerdo, no obstante el ex trabajador puede acercarse a las oficinas a retirar su liquidación"; dicho instrumento público se halla suscrito por los concurrentes, y por el Inspector del Trabajo. Al respecto, vale anotar que en la diligencia de audiencia preliminar, el abogado del demandante al presentar tales documentos como prueba, y otros, los ha analizado, insistiendo que con ellos ha demostrado el despido ilegal, y no hay constancia de que se los haya impugnado. Esta circunstancia, también debió ser valorada por los juzgadores de primera y segunda instancias, por lo que este Tribunal estima que efectivamente en el fallo impugnado, no se tomó en cuenta en debida forma tal instrumento público, en relación con las normas contenidas en los Arts. 113 y 165 del Código de Procedimiento Civil. c) En la misma

audiencia preliminar, el actor presenta el fax que obra de fs. 55 y 56 en cuya parte final en letra manuscrita se lee: "Fax. Ab. Jorge García. De: Ab. Maricel de Villacís" y cuyo título dice acta de finiquito, en él, se da cuenta que las relaciones laborales con el demandante terminaron el 16 de julio de 1994, por mutuo acuerdo, y que la empresa Proalco Cía. Ltda., se compromete a pagar la liquidación de los rubros cuyo detalle determina el valor total de \$ 609.56, siendo de advertir que la cantidad coincide con la oferta de pago planteada por la demandada en la audiencia preliminar. En el considerando tercero de dicha acta se lee: "Los valores que constan en la liquidación serán girados de nuestra cuenta corriente No. 000.005937-6 del Banco Bolivariano, con el cheque No. 015990 a la orden del ex trabajador."; vale destacar que tal fax si bien no tiene firma alguna, sin embargo en la audiencia preliminar el abogado del actor, lo analiza explicando las circunstancias y razones de donde proviene y determinando que debe tenerse en cuenta en relación con la denuncia formulada por el Ing. Fausto Gavilanes Freire a nombre de Proalco, en contra del accionante, ante el agente fiscal del Guayas y Galápagos, en fecha 25 de octubre de 2004, mientras que la demanda materia de este juicio se presentó el 5 de mes y año mencionados. Que la denuncia en cuestión lleva la firma del denunciante y de la abogada Maricel López de Villacís, que pertenece al mismo estudio profesional del abogado que compareció a la audiencia preliminar, y también de la abogada que concurrió ante el Inspector del Trabajo. Este Tribunal, anota que estos datos, debieron servir de indicios probatorios de los hechos esenciales respecto de los cuales se trabó la litis, a fin de relacionarlos con los otros documentos y con la aseveración de la parte demandada de que el trabajador se auto despidió; y por fin, debió también relacionarse con los datos que aparecen del acta de audiencia definitiva, en donde la parte demandada, concretó que fue el ex trabajador el que abandonó el trabajo (fs. 66 y 67); pero, la parte demandada, no presentó prueba alguna al respecto. QUINTO: Según el análisis realizado en el considerando que antecede, este Tribunal estima que en la presente controversia la sentencia materia de impugnación, incurrió en falta de aplicación de los principios referentes a la valoración de la prueba, lo que condujo a que se deje de aplicar las disposiciones contenidas en los Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo que determinan las indemnizaciones en caso de despido ilegal, que las deben cubrir los demandados en la forma como se ha incoado la acción. Para el efecto, se tendrá como última remuneración mensual percibida, la señalada en el juramento deferido del ex trabajador (fs. 66 y 67); y como tiempo de servicios, desde el 3 de marzo de 1995 hasta el 16 de julio de 2004, según las constancias procesales. Por lo expuesto, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en los términos de los considerandos cuarto y quinto de esta resolución. El Juez del Trabajo practicará la liquidación. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez. Magistrados, Dr. Carlos Espinosa Segovia, Conjuez.-Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original.-Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 427-2005

ACTOR: Jorge Meza Estacio.

DEMANDADO: Consejo Provincial de Esmeraldas.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, 23 de julio del 2007; las 10h20.

VISTOS: Francisco Santos Jaime y Agapito Valdez Quiñónez, en sus calidades de Prefecto (E) y Procurador Síndico del H. Gobierno Provincial de Esmeraldas respectivamente, inconformes con la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, confirmatoria de la de primera instancia, en el juicio que por indemnizaciones laborales planteó contra la citada entidad seccional el señor Jorge Enrique Meza Estacio, en tiempo oportuno interponen recurso de casación, accediendo por esta razón la causa a análisis y decisión de este Tribunal, que para hacerlo por ser el momento procesal considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales y las legales vigentes, así como por el sorteo de rigor, esta Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia es la competente para dictar la resolución correspondiente. SEGUNDO: La institución demandada afirma que en la sentencia que ataca, se han infringido los siguientes artículos: 592 (actual 595) del Código del Trabajo y 10 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el H. Consejo Provincial de Esmeraldas y sus trabajadores, el 12 de febrero de 1992, que tiene vigencia desde 1 de enero del mismo año. Fundamenta el recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: Los recurrentes en su escrito de interposición del recurso señalan que en la sentencia existe una aplicación indebida de los artículos 592 (actual 595) del Código del Trabajo y 10 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el Consejo Provincial de Esmeraldas y sus trabajadores, argumentando que en el acta de finiquito se satisfizo oportunamente los haberes a los que tenía derecho el trabajador, por lo que la Sala de alzada está ordenando un doble pago de la indemnización contenida en el Art. 35 de la citada contratación colectiva. Sobre el tema, cabe el siguiente análisis: a) El recurso de casación es de alta técnica procesal, de carácter extraordinario, formalista y restrictivo que para prosperar requiere del cumplimiento estricto de las disposiciones de la ley de la materia; ataca exclusivamente a la sentencia para invalidarla o anularla debido a los vicios de fondo o de forma que se presenten; por tanto, es obligación del recurrente en casación precisar, en forma clara y concreta, los vicios que considera adolece la sentencia. Es requisito del instrumento impugnativo (recurso de casación) la concordancia entre el motivo de casación y el agravio o lesión que el pronunciamiento ha provocado. b) Las salas de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, reiteradamente se han pronunciado en el sentido que las actas de finiquito celebradas aún con los requisitos formales

que prescribe el artículo 595 del Código del Trabajo, son susceptibles de impugnación, cuando de sus textos se advierta la existencia de renuncia de derechos, errores de cálculo, omisiones, etc.; por lo mismo, corresponde analizar si en el acta de finiquito se ha producido alguna violación en perjuicio del trabajador; c) A fs. 2, 2 vta. y 84, 84 vta. del cuaderno de instancia consta el acta de finiquito celebrada entre los personeros de la institución demandada y el mencionado trabajador y, de las constancias procesales se desprende que la relación concluyó el 20 de agosto de 2001, por renuncia voluntaria. d) En la citada acta de finiquito se procedió a realizar el cálculo de haberes y, a ello se debió el pago de sesenta y seis (66) meses de remuneraciones conforme el Art. 35 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo, lo cual se ratificó en la liquidación laboral de fojas 83, especificándose que se ha pagado además los rubros correspondientes a las partes proporcionales de otras prestaciones. Adicionalmente, se deja constancia que la última remuneración mensual percibida ha sido de US \$163,15, valor que multiplicado por las sesenta y seis remuneraciones, previstas en el Art. 35 ya referido, totaliza US \$10.767,90. e) Por su parte, el artículo 10 del Sexto Contrato Colectivo, establece que: "Si transcurridos los 90 días de que habla el artículo anterior no se hubiere suscrito el siguiente Contrato Colectivo Único de Trabajo, el presente Contrato Colectivo quedará renovado en todas sus partes con un incremento de salario y remuneraciones en general, que en ningún momento será inferior al 100% de los beneficios que perciben los trabajadores amparados por este Contrato Colectivo Unico de Trabajo, sin perjuicio de que los sindicatos hagan uso de sus derechos consignados en el Código del Trabajo". En esta disposición, se ha basado el Juez de origen que en su sentencia ordenó se incremente la bonificación por separación voluntaria en el 100%, lo cual fue confirmado por el Tribunal ad-quem. Sin embargo, en ningún punto de este artículo se menciona la duplicidad o el reconocimiento de un porcentaje del 100% para las indemnizaciones en caso de retiro voluntario, previsto en el artículo 35 del mismo contrato. Se determina claramente que la falta de suscripción del nuevo contrato hace que éste se renueve y los trabajadores, por tanto, tienen derecho a un incremento de salarios y remuneraciones en general, pero no de la bonificación por renuncia voluntaria. Por todo lo expuesto en el considerando precedente, no hay hesitación alguna que la Sala de alzada, ha aplicado indebidamente el artículo 10 del Sexto Contrato Colectivo Unico de Trabajo, celebrado entre el Consejo Provincial de Esmeraldas y su sindicato de trabajadores, duplicando indebidamente la bonificación contemplada en el artículo 35 del referido contrato, por lo que esta Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas y, por lo tanto, rechaza la demanda. Sin costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez.- Certifico.- f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Es fiel copia del original.- Quito, agosto 17 de 2007.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 442-2005

ACTOR: Edwin Chacón Enríquez.

DEMANDADA: Empresa TRANEM S.A.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 26 del 2007; las 16h40.

VISTOS: Edgar Neptalí Moncayo Sevillano, en su calidad de Gerente y representante legal de la empresa TRANEM S.A., inconforme con la sentencia dictada por la Sala de la Corte Superior de Justicia de Tulcán, confirmatoria de la pronunciada por el Juez de origen, que declaró parcialmente con lugar la demanda, en el juicio que por reclamos de carácter laboral sigue Edwin Rodrigo Chacón Enríquez, en tiempo oportuno dedujo recurso de casación, accediendo por tal motivo la causa a análisis y decisión de este Tribunal que para hacerlo por ser el momento procesal considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales y el sorteo que consta de autos, la Segunda Sala de lo Laboral y Social es la competente para resolver la causa. SEGUNDO: El recurrente estima que en la sentencia motivo de impugnación, se han infringido los Arts. 18 reglas primera, segunda y quinta, 1742 y 1746 del Código Civil; 117, 118, 119, 120, 121, 123, 124, 211 y 212 (actuales 113, 114, 115, 116, 117, 119 y 120) del Código de Procedimiento Civil; 58 y 590 (este último corresponde al actual Art. 593) del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: Los asuntos fundamentales a resolverse, según lo señalado por el demandado son: a) Que el accionante tuvo a su cargo labores de confianza, y por consiguiente no le corresponde el pago de horas suplementarias y extraordinarias. b) Improcedencia del pago de fondos de reserva. c) Que no hubo despido intempestivo. CUARTO: En cuanto a las labores de confianza y dirección que sostiene el casacionista que tenía el demandante, y que por ello invoca el Art. 58 del Código del Trabajo, téngase presente que el fallo impugnado no dispone el pago de horas suplementarias y extraordinarias. QUINTO: Respecto de los fondos de reserva tanto el Juez de primer nivel como el Tribunal de alzada, partiendo de las constancias procesales que evidencian que el accionante se halla afiliado al IESS, no disponen este pago, en consecuencia no tiene sentido que se haga presente esta situación al impugnarse la sentencia por el casacionista. SEXTO: El asunto fundamental de la impugnación radica en la aseveración del recurrente que no hubo despido intempestivo y que tanto el Juez de primer nivel como la Corte Superior que confirmó el fallo, incurrieron en aplicación indebida de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, especialmente al haber dado como válidas las aseveraciones de los testigos que sin haberse hallado presentes al momento en que sostienen tal hecho, únicamente relatan que escucharon una conversación telefónica; y, que los juzgadores no tomaron en cuenta que el teléfono en el que se recibió la llamada en la oficina de TRANEM S.A. en Tulcán, tenía un solo auricular y que por lo mismo era imposible que hubieren podido escuchar la

conversación, y además, que no podían conocer la persona que se hallaba al otro lado de la línea; que esta situación debió relacionarse con la inspección judicial solicitada como prueba, y que sin embargo, se apartaron de estos elementos obvios y lógicos, por lo que se infringieron las disposiciones de los artículos detallados en el recurso interpuesto; al efecto, este Tribunal observa: a) De la inspección judicial que se ha realizado (fs. 87), no se puede constatar como asevera en la fundamentación del recurso de casación el demandando, las características del teléfono, con la anotación de que tenía solamente un auricular y que era imposible que pudieran escuchar la conversación telefónica otras personas. No hay constancia si dicho teléfono tenía o no sistema de alta voz; y si los juzgadores de instancia en la valoración de la prueba, entre otros factores tomaron en consideración estos datos, por lo que, resulta obvio no infringieron la norma contenida en el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil. b) En cuanto al valor dado a los testimonios rendidos en el juicio, no se estima que se hayan vulnerado las normas contenidas en los Arts. 211 y 212 (actuales 207 y 208) del Código de Procedimiento Civil, pues cabe resaltar que según la primera de las normas indicadas, corresponde a los jueces y tribunales apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que estos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurran. En consecuencia, no puede desatenderse la expresa facultad que la ley concede a los juzgadores de instancia al respecto; y, en lo concerniente a la segunda norma señalada, no se demuestra en el proceso la falta de idoneidad del testigo ni su parcialización, por lo que la tacha que se pretende sea observada, resulta improcedente. c) Finalmente, recalcamos que conforme determina tanto la doctrina como la reiterada jurisprudencia de casación, la valoración de la prueba es facultad privativa de los jueces de instancia; sin embargo, la ley si le permite al Tribunal de Casación entrar a controlar la valoración que se haya efectuado respecto de dichas pruebas; por lo mismo, no se trata de revalorarlas sino de examinar que en su apreciación no se hayan transgredido los principios que las regulan, es decir que no se hayan cometido arbitrariedades, por lo que analizado el proceso y las pruebas en su conjunto, este Tribunal llega a la conclusión de que en la especie no se atentaron las reglas de la sana crítica, ni se vulneraron las normas de procedimiento señaladas por el recurrente. Sin ser necesarias otras consideraciones, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desestima por improcedente el recurso interpuesto. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez, Magistrados.- Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original.- Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 448-2005

ACTORA: Mirna Escobar Casierra.**DEMANDADA:** Municipalidad de Esmeraldas.**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, mayo 10 del 2007; las 15h15.

VISTOS: El presente juicio ha subido a conocimiento y resolución de esta Sala por recurso de casación interpuesto por Eduardo Angulo Caicedo, Alcalde y Tito Angulo Arboleda, Procurador Síndico, de la Municipalidad de Esmeraldas, de la sentencia dictada el 5 de octubre del 2004 por la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio laboral que en contra de su representada sigue Mirna Gissella Escobar Casierra. Habiéndose radicado la competencia en esta Segunda Sala Especializada de lo Laboral y Social, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 200 de la Constitución Política de la República y 1 de la Ley de Casación y, en virtud de la razón del sorteo que obra de fojas 1 de este cuaderno y siendo su estado el de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: Se fundamenta en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación porque dice que la Sala de alzada ha hecho indebida aplicación del Art. 11 del Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el Municipio de Esmeraldas y el Comité Central Unico de sus trabajadores y, seguidamente manifiesta que *"en ningún caso se puede aceptar el pago de los rubros constantes en los considerandos Quinto y Octavo, puesto que de ser así contendría una extra petición, esto es, al mandarse a pagar a la actora valores que no han sido objeto de las normas que se han aplicado indebidamente, ya que se ha demandado todo de acuerdo con el Cuarto Contrato Colectivo, cuando la actora jamás estuvo amparada por esta norma por no haber sido trabajadora de la Ilustre Municipalidad del Cantón de Esmeraldas conforme lo hemos demostrado dentro del término probatorio; y como está demostrado ella laboraba para el señor Justo Alfredo Cabezas Braulio, quien fue la persona que mantenía un contrato civil con los anteriores representantes legales de la Ilustre Municipalidad del Cantón Esmeraldas"*; y, en la parte final del fundamento de apoyo al recurso, luego de transcribir lo pertinente del fallo que cuestiona, insiste en que las disposiciones legales en las que se funda el fallo de instancia, *"no han sido objeto de reclamo por parte de la actora, y al aplicársele consideramos que se lo ha hecho indebidamente al no ser materia de esta controversia, por lo que debió rechazarse la sentencia de primer nivel, en mérito a las razones que dejamos expuestas..."*. SEGUNDO: En base a los términos del recurso, expuestos en el considerando anterior y al fallo recurrido, se hacen las siguientes observaciones: a) Los casacionistas señalan que la Sala de instancia no considero en su fallo la excepción propuesta en la audiencia de conciliación, de incompetencia de la Jueza del Trabajo para conocer de la controversia; si embargo y aunque no lo hacen al amparo de la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, corresponde a esta Sala resolver sobre este hecho, por tratarse de una solemnidad sustancial del proceso. Al efecto, se evidencia que la actividad desempeñada por la actora, Auxiliar de Contabilidad del Mercado Municipal de Esmeraldas, conforme los documentos que obran de fojas 16 y 100,

corresponden a una trabajadora amparada por el Código del Trabajo, por lo que no existe la incompetencia advertida; b) Si a criterio de los recurrentes, el fallo que rechazan, concedió a la actora derechos o indemnizaciones fuera de lo que fue materia de la demanda, debieron fundamentar su recurso en la causal cuarta, que es la que viabiliza la posibilidad de que el Tribunal de Casación corrija, si fuera del caso, este defecto o vicio del fallo, cuestión que no lo ha hecho. Sin perjuicio de aquello, cabe anotarse que la demanda si contiene, en el numeral 1 el reclamo por el pago de la indemnización que consagra el Art. 11 del Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el Municipio de Esmeraldas y el Comité Central Unico de sus trabajadores; c) En cuanto al vicio acusado contenido en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por indebida aplicación del Art. 11 del Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo referido, es necesario, antes de cualquier otro análisis, recordar que esta causal versa sobre errores juris in iudicando, violación directa de la norma sustantiva o de fondo, que consiste en aplicar una ley inaplicable, en aplicar mal la ley aplicable o, en no aplicar la ley aplicable. En la especie, para establecer si existe la indebida aplicación de la norma señalada, es pertinente recurrir en primer lugar, al pronunciamiento, que sobre este punto, hace la Sala de instancia, que textualmente, dice: *"El propio documento de fojas 16 y 16vta., aunque no esta firmado por el Alcalde y en tales circunstancias no puede provocar efectos contra la actora, como se deja dicho, si lo firma el Procurador Síndico, e indemniza Mirna Gissella Escobar Casierra, por despido intempestivo y desahucio, Art. 188 y 185 del Código del Trabajo pero, no lo hace respecto las indemnizaciones que están previstas en el contrato colectivo de trabajo, y el finiquito no puede ser utilizado para hacer renuncia de derechos al trabajador, como ocurre con las indemnizaciones establecidas en el Art. 11 del convenio laboral colectivo, por lo, ante el despido intempestivo, ha lugar al pago de dicho rubro..."*, de lo que se advierte que, para el Tribunal de alzada, tanto la relación laboral como el despido intempestivo están demostrados con el acta de finiquito y por ello, el derecho de la actora a recibir el pago de la indemnización contenida en el Art. 11 del Contrato Colectivo de Trabajo; pues, en este documento la demandada reconoce que la actora ha prestado sus servicios personales en calidad de Auxiliar de Contabilidad del Mercado Municipal, bajo su dependencia desde agosto de 1998 hasta diciembre del 2001, relación que terminó por despido intempestivo. Sin embargo, el texto del Art. 11 del contrato colectivo de trabajo, señala: *"En caso que el Municipio despidiere intempestivamente o desahuciare a un trabajador del Sindicato Unico, éste pagará una indemnización equivalente a sesenta (60) meses de salarios calculados sobre la base del último sueldo mensual imponible."*, de lo anotado se puede establecer que, por el espíritu de la norma contractual, cuyo fin no es el doble pago indemnizatorio por despido intempestivo, porque su texto no expresa esta intención, existe efectivamente una indebida aplicación del Art. 11 del contrato colectivo de trabajo; pues, en virtud de lo expuesto, la Sala de instancia debió, al momento de ordenar el pago de esta indemnización por ser la más favorable al trabajador, disponer que se descunte del valor que resultare de dicho cálculo (\$ 9.201,60), lo recibido por estos conceptos (\$ 606.8) mediante acta de finiquito que obra de fojas 16 y 16vta. Por tanto, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, acepta en parte el recurso; y, casa parcialmente la sentencia dictada por la Corte Superior

de Justicia de Esmeraldas, en los términos del literal c) del considerando segundo de este fallo, debiendo la Municipalidad de Esmeraldas pagar a la señora Mirna Gissella Escobar Casierra USD 8.594.8. Sin costas. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez, Magistrados.- Certifico.- Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Es fiel copia del original.- Quito, mayo 18 de 2007.

No. 462-2005

ACTOR: Jorge Antonio Ferrer Jurado.

DEMANDADO: I. M. Esmeraldas.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, mayo 28 del 2007; las 16h40.

VISTOS: Orlando Maffare Vega y Tito Angulo Arboleda, Alcalde y Procurador Síndico de la I. Municipalidad del Cantón Esmeraldas, respectivamente, inconformes con la sentencia dictada por la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas reformatoria de la pronunciada por el Juez de origen, que declaró parcialmente con lugar la demanda, en el juicio que por reclamos laborales sigue Jorge Antonio Ferrer Jurado, en tiempo oportuno dedujeron recurso de casación, accediendo por tal motivo la causa a análisis y decisión de este Tribunal, que para hacerlo por ser el momento procesal considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales y el sorteo que consta de autos, la Segunda Sala de lo Laboral y Social es la competente para resolver la causa. SEGUNDO: Los recurrentes estiman que en la sentencia que impugnan se ha infringido el Art. 11 del Cuarto Contrato Colectivo de Trabajo. Fundamentan su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: La impugnación motivo de casación radica en sostener la inexistencia de relaciones laborales, y por tanto la improcedencia del pago de la indemnización por despido intempestivo (Art. 11 Cuarto Contrato Colectivo); argumentan que "...en ningún caso se puede aceptar el pago de los rubros constantes en el considerando Cuarto, puesto que de ser así contendría una extra petición, esto es al mandarse a pagar al actor valores que no han sido objeto de las normas que se han aplicado indebidamente..."; y, finalmente señalan que no se han valorado las excepciones planteadas en la audiencia de conciliación, ya que "...la Jueza de primera instancia, no era competente para tramitar el proceso, por cuanto el actor si se creía con derecho, debería presentar su demanda ante el Juez competente, en este caso el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4, esto es en la ciudad de Portoviejo; y no en el Juzgado Primero del Trabajo de Esmeraldas...". CUARTO: Los casacionistas advierten la existencia de incompetencia del Juez del Trabajo para conocer de esta controversia, pero al efecto no denunciaron tal circunstancia al amparo de la causal segunda del Art. 3

de la Ley de Casación; sin embargo, al ser solemnidad sustancial la competencia del juzgador este Tribunal analiza tal circunstancia, llegando a la convicción de que en la especie el ex trabajador por las actividades desempeñadas como Supervisor en el Mercado Municipal de Esmeraldas, era un trabajador sujeto por tanto al ámbito del Código Laboral, por lo que los juzgadores de instancia eran competentes en el conocimiento y resolución de esta controversia. QUINTO: En relación a la afirmación de que la sentencia incurre en el vicio extra petita, este Tribunal, advierte que no puede entrar a conocer tal circunstancia, pues específicamente los recurrentes determinaron la fundamentación de su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, inhabilitando a este Tribunal para entrar a corregir el error en caso de existir, pues, no es suficiente la sola enunciación de un hecho y una norma de derecho, es la causal debidamente establecida, la que viabiliza el camino que el Juez debe seguir para corregir el error imputado al fallo recurrido, de encontrarlo procedente. SEXTO: Conforme lo señalan los considerandos tercero y cuarto del fallo recurrido, el documento de fojas 35 y 35 vta. es suficiente para demostrar la relación laboral existente entre los litigantes; pues, se trata de una acta de finiquito en la que expresamente y ante autoridad competente, los demandados establecen la calidad de trabajador dependiente de la Municipalidad de Esmeraldas del accionante y le reconocen derechos e indemnizaciones por despido intempestivo. Obra también, a fojas 74 oficio del Tesorero Municipal, mediante el que atendiendo el pedido del juzgado, remite copias (fs. 75 a 76) de los oficios mediante los cuales el Municipio demandado, a través de su Tesorero, deja constancia del rol de pagos de liquidación definitiva de ex trabajadores del Mercado Municipal en el que consta el nombre del actor, a más de otras copias de roles de pagos que aparecen de fojas 38 y 39, pruebas que condujeron a los juzgadores a determinar inequívocamente la existencia de relaciones laborales y despido intempestivo entre la Municipalidad del Cantón Esmeraldas y el accionante. SEPTIMO: De otro lado, debe tenerse presente que por resolución normativa de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 412 de 6 de abril de 1990, el contrato colectivo de trabajo ampara a todos los trabajadores sujetos al régimen del Código del Trabajo aunque no estuvieren afiliados a la asociación de trabajadores que lo suscribe; por tanto, como lo determinó el Tribunal de alzada, el actor tiene derecho a beneficiarse de la indemnización contenida en el Art. 11 del Cuarto Contrato Colectivo del Sindicato Unico de Trabajadores del Municipio de Esmeraldas, que determina: "En caso que el Municipio despidiere intempestivamente o desahuciare a un Trabajador del Sindicato Unico, éste pagará una indemnización equivalente a sesenta (60) meses de salarios calculados sobre la base del último sueldo mensual imponible...", de lo que se colige en términos generales que el contrato colectivo celebrado buscó proteger la estabilidad del trabajador; ahora bien, de la lectura de la norma contractual transcrita se puede establecer que el espíritu de la misma no es el doble pago indemnizatorio por concepto de despido intempestivo, ya que éste procede cuando la ley expresamente permita la acumulación o si el contrato colectivo hubiere estipulado en tal sentido, lo cual no ha ocurrido en la especie, por lo que en el fallo impugnado existe una indebida aplicación del Art. 11 del contrato colectivo y, en consecuencia, el Tribunal de alzada debió disponer que se imputen a la indemnización señalada en el mencionado artículo, los rubros ya recibidos por concepto de despido intempestivo según los Arts. 188 y 185 del

Código del Trabajo, y que constan en el acta de finiquito de fojas 35 y 35 vta., que ascienden a la suma de US \$ 606,80. Por todo lo expuesto, sin que sean necesarias otras consideraciones, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa parcialmente la sentencia dictada por la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas en los términos del considerando séptimo de este fallo. Sin costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez, Magistrados.- Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original.- Certifico.- f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 581-2005

ACTOR: Edgar Ponce Mina.

DEMANDADO: Consejo Provincial de Esmeraldas.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, 23 de julio del 2007; las 11h30.

VISTOS: Lucía Sosa Robinson y Rosalía Valdez Caicedo, en sus calidades de Prefecta y Procuradora Síndica del H. Gobierno Provincial de Esmeraldas respectivamente, inconformes con la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, reformatoria de la de primera instancia, en el juicio que por indemnizaciones laborales planteó contra la citada entidad seccional el señor Edgar Ponce Mina, en tiempo oportuno interponen recurso de casación, accediendo por esta razón la causa a análisis y decisión de este Tribunal, que para hacerlo por ser el momento procesal considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales y las legales vigentes, así como por el sorteo de rigor, esta Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia es la competente para dictar la resolución correspondiente. SEGUNDO: La institución demandada afirma que en la sentencia que ataca, se han infringido los siguientes artículos: 592 (actual 595) del Código del Trabajo y 10 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el H. Consejo Provincial de Esmeraldas y sus trabajadores, el 12 de febrero de 1992, que tiene vigencia desde 1 de enero del mismo año. Fundamenta el recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: Las recurrentes en su escrito de interposición del recurso señalan que en la sentencia existe una aplicación indebida de los artículos 592 (actual 595) del Código del Trabajo y 10 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el Consejo Provincial de Esmeraldas y sus trabajadores, argumentando que en el acta de finiquito se satisfizo oportunamente los haberes a los que tenía derecho el trabajador, por lo que la Sala de alzada está ordenando un doble pago de la indemnización contenida en el Art. 35 de la citada contratación colectiva.

Sobre el tema, cabe el siguiente análisis: a) El recurso de casación es de alta técnica procesal, de carácter extraordinario, formalista y restrictivo que para prosperar requiere del cumplimiento estricto de las disposiciones de la ley de la materia; ataca exclusivamente a la sentencia para invalidarla o anularla debido a los vicios de fondo o de forma que se presenten; por tanto, es obligación del recurrente en casación precisar, en forma clara y concreta, los vicios que considera adolece la sentencia. Es requisito del instrumento impugnativo (recurso de casación) la concordancia entre el motivo de casación y el agravio o lesión que el pronunciamiento ha provocado. b) Las salas de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, reiteradamente se han pronunciado en el sentido que las actas de finiquito celebradas aún con los requisitos formales que prescribe el artículo 595 del Código del Trabajo, son susceptibles de impugnación, cuando de su texto se advierta la existencia de renuncia de derechos, errores de cálculo, omisiones, etc.; por lo mismo corresponde analizar si en el acta de finiquito se ha producido alguna violación en perjuicio del trabajador; c) A fs. 2 a 3 y 84 a 85 del cuaderno de instancia consta el acta de finiquito celebrada entre los personeros de la institución demandada y el trabajador, en donde se señala que las relaciones de trabajo terminaron por renuncia voluntaria el 19 de octubre de 2001, lo que guarda relación tanto con la liquidación laboral que obra a fs. 1 y 83 como con el juramento deferido (fs. 68) y el oficio No. 00001049 de 19 de octubre de 2001 (fs. 62), en el cual se acepta la renuncia del actor al cargo que venía desempeñando para la institución. d) En la citada acta de finiquito se procedió a realizar el cálculo de haberes y, a ello se debió el pago de setenta y cinco (75) meses de remuneraciones conforme el Art. 35 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo, lo cual se ratificó en la liquidación laboral (fs. 1 y 83), especificándose que se ha pagado además los rubros correspondientes a las partes proporcionales de otras prestaciones. Adicionalmente, se deja constancia que la última remuneración mensual percibida ha sido de US \$ 196.41, valor que multiplicado por las setenta y cinco remuneraciones, previstas en el Art. 35 ya referido, totaliza US \$ 14.730,75; sin embargo, el Tribunal ad-quem en el fallo materia de la casación, ordena pagar este beneficio, equivocadamente como si el trabajador hubiese laborado 26 años, cuando en realidad ha laborado 25 años completos, más una fracción que no debe ser considerada para el cálculo de este beneficio, porque la disposición contractual prescribe que el trabajador tendrá derecho al pago de tres remuneraciones por cada año de labores (no fracción), lo que conduce a una equivocada aplicación del Art. 35 antes referido, porque se manda a pagar 78 remuneraciones mensuales, en lugar de las 75, que ya han sido cobradas por el trabajador, conforme consta del acta de finiquito y se rectifica en la liquidación pertinente, error que debe ser corregido. e) El artículo 10 del Sexto Contrato Colectivo, establece que: "Si transcurridos los 90 días de que habla el artículo anterior no se hubiere suscrito el siguiente Contrato Colectivo Unico de Trabajo, el presente Contrato Colectivo quedará renovado en todas sus partes con un incremento de salario y remuneraciones en general, que en ningún momento será inferior al 100% de los beneficios que perciben los trabajadores amparados por este Contrato Colectivo Unico de Trabajo, sin perjuicio de que los sindicatos hagan uso de sus derechos consignados en el Código del Trabajo". En ningún punto de este artículo se menciona la duplicidad o el reconocimiento de un porcentaje del 100% para las indemnizaciones en caso de retiro voluntario, previsto en el artículo 35 del mismo

contrato. Se determina claramente que la falta de suscripción del nuevo contrato hace que éste se renueve y los trabajadores, por tanto, tienen derecho a un incremento de salarios y remuneraciones en general, pero no de la bonificación por renuncia voluntaria. Por todo lo expuesto en el considerando precedente, no hay hesitación alguna que la Sala de alzada, ha aplicado indebidamente el artículo 10 del Sexto Contrato Colectivo Unico de Trabajo, celebrado entre el Consejo Provincial de Esmeraldas y su Sindicato de Trabajadores, duplicando indebidamente la bonificación contemplada en el artículo 35 del referido contrato, por lo que esta Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas y, por lo tanto, rechaza la demanda. Sin costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez.- Certifico.- f.). Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Es fiel copia del original.- Quito, agosto 17 de 2007.- f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 591-2005

ACTOR: Washington Alvarado Delgado.

DEMANDADO: PACIFICTEL.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 27 del 2007; las 16h20.

VISTOS: Washington Alvarado Delgado, inconforme con la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que declaró sin lugar la demanda, revocando la pronunciada por el Juez de origen, en el juicio de procedimiento oral laboral que sigue contra Pacifictel S.A.; en tiempo oportuno dedujo recurso de casación accediendo por tal motivo la causa a análisis y decisión de este Tribunal, que para hacerlo por ser el momento procesal considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales y el sorteo que consta de autos, la Segunda Sala de lo Laboral y Social es la competente para resolver la causa. SEGUNDO: El casacionista estima que en la sentencia motivo de impugnación, se han infringido los Arts. 23 numeral tercero, 35 numeral 4, 272 de la Constitución Política del Estado; 188, 253 (este último corresponde al actual Art. 247) del Código del Trabajo; cláusula séptima, literales a), b) del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo de Pacifictel S.A. Fundamenta su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: Del análisis del recurso interpuesto se deduce que la pretensión del recurrente radica en sostener la inconstitucionalidad del literal b) de la cláusula séptima del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo, y a base de ello, la procedencia del pago de la indemnización

contractual y legal por despido intempestivo, estipulada en el literal a) de la mencionada cláusula. CUARTO: Al efecto este Tribunal observa: a) Washington Alvarado Delgado, ingresó a Pacifictel S.A. desempeñando las funciones de Gerente de Ventas y Desarrollo del Sector A, desde el 1 de marzo de 2000 (fs. 1 y 2), hasta el 6 de abril de 2004 (fs. 3), en que fue notificado con la terminación unilateral de la relación de trabajo. b) En la audiencia definitiva (fs. 103 a 107), el accionante, rinde confesión judicial y al responder las preguntas 7, 8 y 9 señala: "7. Diga el confesante cómo es verdad que ejerció las funciones de Gerente de Crédito y Cobranza en Pacifictel S.A." Responde: "Una vez que fui cambiado internamente después de haber firmado un contrato como Gerente de ventas y desarrollo del sector A, se me entregó las funciones de Gerente de Créditos y Cobranzas el cual lo hacía sin tener representación legal sino un mandato interno que no comprometía a la empresa a ninguna obligación para con terceros"; "8. Diga el confesante cuáles fueron las funciones desempeñadas cuando ingresó a Pacifictel S.A." Responde: "Las funciones cuando ingresé a Pacifictel, fue la de Gerente de desarrollo y ventas del sector A, me dediqué a la planificación de un proyecto para la venta de líneas telefónicas en los sectores populares"; "9. Diga el confesante cuáles fueron las funciones cuando dejó de prestar servicios para mi representada Pacifictel S.A." Responde: "Cuando dejé de prestar servicios a Pacifictel, me desempeñaba como Gerente de Créditos y cobranzas, encargado de la recuperación de cartera de Pacifictel". d) De estos antecedentes, se colige sin duda que el demandante siempre prestó sus servicios en Pacifictel S.A., en calidad de Gerente; y del texto del contrato de trabajo, se evidencia que sus funciones eran de confianza (cláusula segunda), aunque sus decisiones efectivamente no comprometían el ámbito externo de la mencionada sociedad anónima. QUINTO: El Segundo Contrato Colectivo de Trabajo, respecto del ámbito de amparo en su cláusula cuarta señala: "El presente Contrato Colectivo comprende y ampara a todos los actuales trabajadores estables de Pacifictel S.A. y a todos aquellos que adquieran tal calidad en fecha posterior a la suscripción del presente instrumento, con las particularidades establecidas en el mismo, como es el caso de lo prescrito en los siguientes incisos y en la cláusula séptima de este contrato, en lo relativo al sistema de indemnizaciones diferenciada y al incremento discrecional de remuneraciones aplicable para el personal administrativo que desempeña funciones de confianza y dirección, esto es Vicepresidentes, Contralor, Auditor, Coordinadores, Gerentes, Directores, Subgerentes y Jefes de Unidad. Para ser considerado Trabajador Estable se requiere haber prestado servicios para la Compañía por un tiempo ininterrumpido superior a los 12 meses. Una vez adquirida la calidad de estable, esto es, a partir del primer día del segundo año de servicio, el trabajador tendrá derecho a percibir todos los beneficios contractuales que se encuentren vigentes en su respectivo momento. Por lo antes convenido, queda entendido que el presente contrato colectivo de trabajo no ampara: a los trabajadores con un tiempo inferior a doce (12) meses ininterrumpido de prestación de servicios directo para la empresa, ni a aquellos que mantengan relación de carácter laboral con la Compañía en virtud de contratos cuya naturaleza jurídica sea temporal, eventual, ocasional, precaria, de obra cierta, a los aprendices, así como a los profesionales sin relación de dependencia, ni a quienes realicen prácticas profesionales, a los contratistas ni a las personas que éstos tengan a bien contratar."; de donde se colige que las exclusiones

referentes al ámbito de protección de esta contratación están reguladas en el inciso cuarto de la citada cláusula, dentro de las cuales no se encuentra la desempeñada por el demandante, por lo que la contratación colectiva vigente al momento en que terminaron las relaciones laborales le amparaba; sin embargo, en la norma contractual transcrita se advierte que se regula de modo específico el “sistema de indemnizaciones diferenciada y el “incremento discrecional de remuneraciones aplicables para el personal administrativo que desempeña funciones de confianza y dirección, esto es: Vicepresidentes, Contralor, Auditor, Coordinadores, Gerentes, Directores, Subgerentes y Jefes de Unidad...”; siendo este tipo de convenios contractuales plenamente posibles, pues debe tenerse presente que el contrato colectivo es en doctrina fuente importante de derecho del trabajo, que generalmente incorpora derechos y obligaciones independientes de los preceptos legales en beneficio de los trabajadores, mejorando así las condiciones de las relaciones laborales entre los contratantes; sin establecer estipulaciones que disminuyan o limiten las preceptuadas en la Constitución y en la ley; cuestión que no es la que se encuentra prevista en la cláusula en análisis; por ello, la Constitución Política de la República en su Art. 35 numeral 4 determina: “Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique su renuncia, disminución o alteración...”: es decir como lo señala la doctrina se prohíbe “...que el trabajador pacte en su contrato condiciones contrarias o peores que las establecidas en las normas legales o convencionales. Se pretende, así, asegurar la adquisición por el trabajador de los derechos reconocidos en normas imperativas o de derecho necesario. Se trata, pues, de la inderogabilidad de las normas imperativas” (Jesús García Ortega y otros, *Curso de Derecho del Trabajo*, 13 edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 79). Tampoco estamos frente a una disposición atentatoria al principio de igualdad ante la ley; en este punto vale tener presente que el accionante alega vulneración de este principio constitucional en cuanto al sistema indemnizatorio por violación a la garantía de estabilidad (cláusula séptima literales a) y b)), sin embargo, nada dice respecto del incremento discrecional de remuneraciones, prebendas y otros beneficios económicos que determina la contratación colectiva para ciertos empleados (como es el caso de él), por lo que la alegación e interpretación del recurrente resultaría parcializada; sin embargo debe tenerse presente que tampoco este acuerdo sería inconstitucional ni ilegal, ya que no se está privando a los empleados enunciados en el inciso primero de la Cláusula Cuarta del Segundo Contrato Colectivo, de los beneficios del Código del Trabajo, sino que partiendo de la apreciación de que en unos casos son representantes de la empresa y en otros empleados de elevada jerarquía y además por tener a su cargo actividades de confianza, y/o dirección, se encuentran en ubicación distinta a la de los obreros y empleados en general, y por lo mismo en el plano remunerativo tienen algunas compensaciones compatibles con su jerarquía. Al efecto, recordemos lo que manifiesta el tratadista Manuel Alonso García, en su obra “Curso de Derecho del Trabajo” (Editorial Ariel, Barcelona-España, pág. 355) refiriéndose a las personas que desempeñan ciertas funciones directivas, dice: “Los cargos directivos, en suma son verdaderos trabajadores por cuenta ajena, lo cual no supone ignorar que su relación de trabajo precisa seguramente de un régimen jurídico especial, fundado justamente en las características de su prestación, en las condiciones que determinan y configuran ésta.”. En consecuencia, este Tribunal no estima

procedente en la presente causa la declaratoria de inconstitucionalidad del literal b) de la Cláusula Séptima del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo, según la pretensión del recurrente. SEXTO: En cuanto, a la falta de aplicación del literal a) de la Cláusula Séptima del Segundo Contrato Colectivo, que determina el pago de 36 meses de remuneración, y otras indemnizaciones, cuando se hubiere vulnerado la garantía de estabilidad, para los “...Trabajadores afectados que no estuvieren comprendidos entre aquellos a los que se refiere el literal b)...”; señalando el literal b) a: “Vicepresidentes, Contralor, Auditor, Coordinadores, Gerentes, Directores, Subgerentes y Jefes de Unidad...” ; no existe la aplicación indebida alegada, pues el accionante fue Gerente, y la norma contractual lo sitúa dentro del grupo de trabajadores de nivel jerárquico administrativo, que ejercen funciones de dirección interna en la empresa; los mismos que además perciben remuneraciones discrecionales, prebendas y otros beneficios económicos, según lo que se ha estipulado. De otro lado, se observa que la cláusula contractual no está empeorando la indemnización legal por ruptura unilateral de las relaciones laborales, sino más bien la está mejorando, pero concretándola en dos situaciones: a) la de los trabajadores – obreros y empleados- estables en general; y, b) la de los empleados que ejercen actividades de administración y dirección; y con ello no se está atentando contra una norma de derecho necesario relativa mínima que no admite el que se pacten condiciones inferiores a las determinadas en la ley, ya que entonces si se estaría frente a una renuncia de derechos; pues este es el caso de una norma de derecho dispositivo que admite variación, y que se dio para mejorar las condiciones legales de indemnización por la terminación unilateral de las relaciones laborales; tomando en cuenta los beneficios específicos y especiales ya analizados. SEPTIMO: En la especie, al haberse declarado que es jurídicamente válida la estipulación constante en el literal b) de la Cláusula Séptima del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo celebrado con PACIFICTEL S.A. y tomando en cuenta que el ex trabajador se desempeñó en una de las gerencias al momento de la conclusión de relaciones laborales, para efectos de las indemnizaciones debe estarse a lo dispuesto en la citada cláusula, literal b), y como el documento que se halla a fs. 102 contiene una liquidación de haberes que consta en copia simple, que no tiene firma de responsabilidad alguna ni de beneficiario, consecuentemente no se puede deducir que el accionante cobró la cantidad en ella determinada; no pudiendo considerarse a esa copia como finiquito liberatorio de obligaciones patronales, y al no existir en el proceso justificativo de la satisfacción de la indemnización por despido intempestivo determinada en la cláusula séptima literal b) del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo, la que además incluye la obligación de cubrir las indemnizaciones determinadas en los Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo, se ordena su pago. Sin ser necesarias otras consideraciones, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa parcialmente la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en los términos de esta resolución, debiendo liquidar el Juez de origen. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez. Magistrados, Dr. Jaime Espinoza Ramírez, Conjuez.-Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original.-
Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, julio 18 del 2007; las 16h50.

VISTOS: Washington Alvarado Delgado, dentro del juicio de procedimiento oral laboral que sigue contra Pacifictel S.A., solicita ampliar la sentencia que dictó este Tribunal el 27 de junio de 2007, las 16h20; en la que aceptó en parte el recurso que él interpuso, casando parcialmente la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil; al efecto, expone: "Tercero: En consecuencia, si ustedes dentro de la sentencia de casación resolvieron que no tiene validez jurídica alguna la liquidación de haberes que obra a fojas 102 del proceso y que en tal virtud jamás pude haber cobrado los valores constantes en aquella liquidación, lo justo y procedente es que no solamente hayan ordenado el pago de las indemnizaciones contractuales y legales sino que también debieron haber ordenado el pago de la decimotercera y decimocuarta remuneraciones, así como las vacaciones, ya que estos valores nunca me fueron cancelados.". Para resolver, este Tribunal observa: a) El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario, donde la materia a analizarse se delimita exclusivamente a las acusaciones que en contra de la sentencia de última instancia formula el casacionista en su escrito de interposición y fundamentación del recurso; por tanto este Tribunal no puede entrar a conocer de oficio otros aspectos, ya que, insistimos, el ámbito de competencia dentro del cual se puede actuar en casación es limitado, y se contrae a los puntos concretos determinados por el propio recurrente. b) La ampliación de conformidad con el Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, procede "...cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas." c) En la especie como se señaló en el considerando tercero de la resolución la impugnación del recurrente radicaba en "...sostener la inconstitucionalidad del literal b) de la Cláusula Séptima del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo, y a base de ello, la procedencia del pago de la indemnización contractual y legal por despido intempestivo, estipulada en el literal a) de la mencionada cláusula", teniendo ésta afirmación relación con las normas que estimó infringidas, por lo que este Tribunal atendió los requerimientos formulados en el recurso de casación, que en ninguna parte se refirió a su actual pretensión, no existiendo nada que ampliar en la resolución dictada por este Tribunal. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez. Magistrados, Dr. Jaime Espinoza Ramírez, Conjuéz.-
Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: En esta fecha se notifica el auto que antecede, al actor Washington Alvarado Delgado, en el casillero No. 1399, del Ab. Julio Días Vélez, al demandado PACIFICTEL, en el casillero No. 288, de la Ab. Gloria Moreira Quiroz y otro.- Quito, julio 19 de 2007.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Es fiel copia del original.- Quito, julio 27 de 2007.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator de la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia.

No. 597-2005

ACTORA: Celinda Peñafiel Pérez.

DEMANDADO: Municipio de Manta.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, mayo 10 del 2007; las 16h20.

VISTOS: El ingeniero Jorge Orley Zambrano Cedeño y el doctor José Gonzalo Molina Menéndez, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico respectivamente del I. Municipio de Manta, y el abogado Angel Intriago Vélez, Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Manabí, inconformes con la sentencia dictada por la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo, revocatoria de la pronunciada por el Juez de origen que declaró parcialmente con lugar la demanda en el juicio oral laboral que sigue la señora Celinda Peñafiel Pérez en su calidad de cónyuge sobreviviente del ex trabajador Jorge Enrich Alarcón Mero; en tiempo oportuno deducen recurso de casación, accediendo por tal motivo la causa a análisis y decisión de este Tribunal, que para hacerlo por ser el momento procesal considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales y el sorteo que consta de autos, la Segunda Sala de lo Laboral y Social es la competente para resolver la causa. SEGUNDO: La **I. Municipalidad de Manta**, así como el Director Regional de la **Procuraduría General del Estado en Manabí**, estiman que en la sentencia motivo de impugnación, se han infringido las siguientes normas: Arts. 52 de la Ley de Modernización del Estado; 25 del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado; 228 de la Constitución Política; 25 del contrato colectivo suscrito entre el Municipio de Manta y sus trabajadores; 219 (actual 216) del Código del Trabajo; 119 (actual 115) del Código de Procedimiento Civil; 1045 y 1588 (actuales 1023 y 1561) del Código Civil. Fundamentan su recurso en las causales primera y segunda del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: Las impugnaciones motivo de casación son: 1) Improcedencia del pago de renuncia voluntaria establecido en la Ley de Modernización del Estado y su reglamento. 2) Improcedencia del pago de jubilación patronal, puesto que el ex trabajador a la fecha en que formuló la acción había fallecido. 3) Nulidad por cuanto no se ha observado el orden de sucesión establecido en el Código Civil respecto de los herederos. CUARTO: Al haberse acusado la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, este cargo debe analizarse en primer lugar; puesto que si éste procede, al juzgador de casación no le estaría permitido continuar con el análisis del fondo de la controversia, debiendo declarar la nulidad procesal desde el instante en que el vicio se

produjo, para que de ser pertinente se reenvíe el proceso de conformidad con lo dispuesto en el Art. 16 inciso segundo de la Ley de Casación. Al efecto, los recurrentes en sus escritos de interposición y fundamentación del recurso de casación manifiestan: “Sobre la causal 2da. del Art. 3 de la Ley de Casación, en cuanto existe una aplicación indebida del Art. 119 del Código de Procedimiento Civil en relación al Art. 1588 del Código Civil y el Art. 25 del Contrato Colectivo”; y la explicación sobre el contenido de las citadas normas; así como respecto del Art. 1045 del Código Civil, cabe advertir que los recurrentes no toman en cuenta que la causal segunda se refiere a la violación de normas procesales cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente, aspectos fundamentales que los recurrentes no han tomado en cuenta en la fundamentación de su recurso, tanto más que no se refieren a las normas procesales que claramente determinan los motivos de nulidad, no siendo procedente que se analice tales denuncias. QUINTO: En relación a la improcedencia del pago por renuncia voluntaria determinado en la Ley de Modernización del Estado, este Tribunal, observa la existencia de la infracción denunciada, pues de fs. 126 a 128 consta copia certificada del acta de finiquito; y de fs. 89 la liquidación efectuada al ex trabajador Jorge Enrich Alarcón Mero, de este último documento, aparece que se le pagó por “Bonificación por Plan de Renuncia Voluntaria, de conformidad a ordenanza municipal aprobado en sesión ordinaria de septiembre 13 de 2002 (2da.) 9,060.00”; y, otro rubro que dice “Bono por renuncia voluntaria de conformidad al Art. 25 de la 4ta. contratación colectiva vigente a la fecha de renuncia voluntaria 1,149.60”, esos datos, coinciden con las cantidades y conceptos establecidos también en el acta de finiquito, de donde se colige con absoluta claridad que a consecuencia de la renuncia voluntaria del ex trabajador indicado, se le cancelaron los valores antes determinados; y que la conclusión de las relaciones laborales se produjo por ese motivo y no por los determinados en el Art. 52 de la Ley de Modernización del Estado, que sin fundamentación la Sala de instancia dispone su pago, reformando sin sustento jurídico válido la sentencia de la Jueza de primer nivel, por tanto es procedente en este punto el recurso de casación interpuesto por la I. Municipalidad de Manta. SEXTO: Con relación al pago de jubilación patronal regulado en el Art. 216 (anterior 219) del Código del Trabajo, este Tribunal no puede dejar de anotar que la Jueza del Trabajo en el considerando sexto de su fallo, en correcta aplicación de las normas legales concernientes a la jubilación patronal, negó a la peticionaria tal derecho, por considerar en forma correcta que al no haber estado el ex trabajador en goce de la pensión jubilar patronal no le corresponde a la accionante por su calidad de viuda del causante pensión jubilar alguna; y mucho menos como en la especie se ha reconocido por la Sala de alzada un fondo global, puesto que para establecer este tipo de transacción, el Art. 216 regla 3 del Código del Trabajo, determina: “El trabajador jubilado podrá pedir que el empleador le garantice eficazmente el pago de la pensión o, en su defecto deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el capital necesario para que éste le jubile por su cuenta con igual pensión que la que le corresponda pagar al empleador, o podrá pedir que el empleador le entregue un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinadas en la ley, a fin de que

el mismo trabajador administre este capital por su cuenta...”(el subrayado es nuestro); de la norma transcrita se deduce que quien podía pedir el pago de este fondo global era el propio trabajador, cuestión que no se ha evidenciado en la especie. Sin ser necesarias otras consideraciones, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa parcialmente la sentencia dictada por la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo, en los términos de los considerandos quinto y sexto de esta resolución. Este Tribunal llama la atención a la Jueza del Trabajo y a la Secretaria que han intervenido en la causa, por la falta del suficiente cuidado en la observación de las disposiciones contenidas en los Arts. 576, 581 y 582 del Código del Trabajo, puesto que esta causa se tramitó en el procedimiento oral laboral. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez, Magistrados.- Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo. Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original.- Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 607-2005

ACTOR: Miguel Angel Salazar Espín.

DEMANDADA: PETROINDUSTRIAL.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, 17 de mayo del 2007; las 11h05.

VISTOS: En este juicio laboral de procedimiento oral propuesto por Miguel Angel Salazar Espín, en contra de la Empresa Estatal de Industrialización de Petróleos del Ecuador PETROINDUSTRIAL, y del Estado Ecuatoriano, representados en su orden por el Ing. Carlos Luzuriaga Chávez y el Dr. José María Borja Gallegos, Procurador General del Estado, tanto la Ab. Margarita Zambrano Figueroa, delegada del Procurador General del Estado, como el actor Miguel Angel Salazar, inconformes con la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Quito reformativa de la de primer nivel que declaró parcialmente con lugar la demanda, interponen sendos recursos de casación, por los cuales la causa accede a conocimiento de este Tribunal de Casación, que para resolver, por ser el momento procesal oportuno, considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales vigentes y el sorteo de rigor, la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, es la competente para dictar la resolución correspondiente. SEGUNDO: La **delegada del Procurador General del Estado**, en su escrito de casación, señala que en la sentencia que ataca, se han infringido los siguientes artículos: 35

numeral 9 inciso cuarto, 143 y 272 de la Constitución Política del Estado; Disposición General Segunda de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. Fundamenta su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. Por su parte, el **accionante, Miguel Angel Salazar Espín**, señala como normas infringidas, las siguientes: 18, 24 primer inciso, 35 numerales 3, 4, 6, 12 y 14, 163, 272 y 273 de la Constitución Política del Estado; 4 del Convenio 98 de la OIT; 4, 5, 6, 7, 95, 592 (actual 595) del Código de Trabajo; 169 inciso primero, 170 inciso tercero y 180 (actuales 165, 166 y 176) del Código de Procedimiento Civil; 1588 y 1589 (actuales 1561 y 1562) del Código Civil; Cláusulas 6 incisos segundo y tercero, 14 incisos primero y cuarto, 20, 25, 26 literal b) incisos primero y segundo del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo, celebrado entre PETROINDUSTRIAL y el Comité de Empresa de sus trabajadores, suscrito el 28 de noviembre de 2000 y, en vigencia desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2003. Fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. TERCERO: Confrontando los recursos con la sentencia recurrida y las piezas procesales pertinentes, podemos advertir: 1. El recurso proveniente de la **Procuraduría General del Estado**, se concreta a dos puntos: a) Inexistencia de la relación contractual de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el inciso cuarto del numeral 9 del Art. 35 de la Constitución Política del Estado; y b) Falta de aplicación de la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que determina que ningún funcionario público u obrero de las entidades públicas, sujetas al derecho administrativo o al Código del Trabajo, tienen derecho a percibir más de un mil dólares por cada año de servicio y hasta un máximo de treinta mil dólares de los Estados Unidos de América, en total; y, 2. El recurso propuesto por el **accionante, Miguel Angel Salazar Espín**, se concreta también a dos puntos: a) Al valor de la última remuneración, que debió ser considerada para el cálculo de la indemnización por separación voluntaria, prevista en la cláusula 14 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo; y, b) El pago de intereses que contempla la misma cláusula 14 del contrato colectivo de trabajo, vigente a la terminación de la relación laboral. CUARTO: Sobre el primer punto del recurso deducido por la **Procuraduría General del Estado**, es preciso determinar la función o cargo que prestaba el accionante en la empresa demandada, al momento de la terminación de la relación laboral para a base de ello, dilucidar si la prestación de servicios, estaba o no regulada por el Sexto Contrato Colectivo de Trabajo y el Código Laboral. En la especie, no es materia de controversia la función o cargo desempeñado, puesto que las partes procesales reconocen que al momento que concluyó la relación, tenía el cargo de Técnico Industrial IIB en el Complejo Zhuzhufindi, con el nivel salarial 18, sin haberse demostrado que el desempeño de dicha función implique haber ejercido funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o algo equivalente; y, menos que así haya determinado el Consejo de Administración de PETROECUADOR mediante Resolución No. 215-CAD-96 del 11 de julio de 1996, con lo cual estaría excluido del Sexto Contrato Colectivo, de acuerdo al contenido de la cláusula 7 del contrato colectivo, que en la parte pertinente dice: “Los funcionarios que por disposición del Art. 35, numeral 9, inciso 4 de la Constitución Política de la República ejerzan funciones de Dirección, Gerencia,

Representación, Asesoría y Jefaturas Departamentales o equivalentes, cuyos cargos se encuentran determinados por el Consejo de Administración de PETROECUADOR mediante la Resolución 215-CAD-96 del 11 de julio de 1996, que se adjunta a este contrato conforme lo establece el Art. 9 de la Ley Especial de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales”. En el anexo No. 1 (fs. 67), consta la nómina de los puestos excluidos del régimen del contrato colectivo, en el que no aparece el cargo de Técnico Industrial IIB, por lo que se rechaza este primer cargo formulado. b) En cuanto al segundo punto planteado por la Procuraduría General del Estado, relacionado con la falta de aplicación de la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que determina que ningún funcionario público u obrero de las entidades públicas, sujetas al derecho administrativo o al Código del Trabajo, tienen derecho a percibir más de un mil dólares por cada año de servicio y hasta un máximo de treinta mil dólares de los Estados Unidos de América, en total, no es pertinente, en razón que el ámbito de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, no alcanza a los trabajadores sujetos al Código del Trabajo, sino a los funcionarios y empleados de las entidades señaladas en los artículos 3 y 102 de la misma ley, lo que queda aclarado con el contenido del literal g) del Art. 5, así como en la norma de la Disposición General Segunda, ibídem. Incluir a los trabajadores que, por su naturaleza, están sujetos al Código del Trabajo, al régimen de Servicio Civil y Carrera Administrativa, contradice lo dispuesto en el numeral 12 del Art. 35 de la Constitución Política del Estado, que garantiza la contratación colectiva. Por lo expuesto, igualmente se rechaza el cargo formulado. QUINTO: a) En cuanto al primer punto del recurso planteado por el **actor**, que tiene relación al valor de su última remuneración para efectos del cálculo de la indemnización por separación voluntaria prevista en la cláusula 14 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre PETROINDUSTRIAL y su comité de empresa – CETRAPIN, es preciso remitirnos al contenido de la cláusula 25 de la contratación colectiva, que detalla los componentes que forman parte de la remuneración mensual y que, en su parte pertinente, prescribe: “Para los efectos legales, los componentes de la remuneración del trabajador son los siguientes: a) Sueldo básico mensual; b) Horas Suplementarias y Extraordinarias; c) Pago por Turno Rotativo; d) Compensación Social; e) Pago por circunstancias geográficas; f) Subsidio de antigüedad; g) Pago por desempeño individual; h) La doceava parte del pago por vacaciones. Para efectos del pago de las indemnizaciones, y contribuciones a la jubilación, a más de los rubros señalados anteriormente, se incorporarán los determinados en el Art. 95 del Código del Trabajo...”. De la lectura de la citada cláusula podemos percatarnos que entre los componentes que forman parte de la remuneración del trabajador, se incluyen, entre otros rubros, los llamados: “pago por desempeño individual” y “doceava parte del pago por vacaciones”, que si bien no han sido cuantificados, es evidente que en el rol correspondiente al mes de septiembre de 2003, que obra a fs. 154 de los autos, no se incluye dichos valores, lo cual implica que el valor de la remuneración de un mil quinientos cuarenta y cinco dólares, con noventa y cuatro centavos, es menor a la que en realidad le corresponde, aunque dicho valor también aparezca en el juramento deferido (fs. 226 y 226 vta); sin embargo, éste únicamente debe ser valorado en caso de no existir otras pruebas al respecto, capaces y suficientes para comprobar tales particulares; mas, en el presente caso, sí

podemos establecer con precisión el valor de la última remuneración, del acta de liquidación y finiquito, suscrita de común acuerdo por las partes, ante el Inspector del Trabajo de Pichincha (fs. 108 a 110), pues para el efecto debemos desglosar el rubro correspondiente a bonificación por desahucio, que se establece en la suma de \$ 5.833,96, que dividiendo para el número de años laborados 5.833,96: 11 = 530,36, con lo cual se obtiene el valor del 25% de la última remuneración, el que multiplicada por 4, nos da la suma de 2.121,44, que es el valor de la última remuneración mensual. Así mismo, si desglosamos el rubro correspondiente a la indemnización por separación voluntaria, que se establece en \$ 44.550,24, tenemos: 44.550,24, divididos para 12 porque la fracción que supera los once años, debe tenerse como año completo, se obtiene el valor de 3.712,52, el mismo que al dividirse para el factor correspondiente que es 1,75, nos da la suma de 2.121,44, que coincide con el valor de la última remuneración mensual señalada anteriormente y que sirvió de pase para su cálculo. La remuneración obtenida del acta de finiquito que constituye instrumento público es prueba fehaciente, porque además no ha sido impugnada ni redargüido de falsa y, adicionalmente, coincide con la certificación que obra a fs. 286 de los autos, lo cual demuestra que el análisis de esta Sala es el correcto, por lo que resulta procedente el planteamiento del actor, razón por la cual la empresa debe cancelar por concepto de la cláusula 14 del Sexto Contrato Colectivo, la suma de \$ 44.550,24 y no únicamente \$ 29.822,94, como determina el fallo recurrido. b) Finalmente en lo concerniente al segundo punto planteado por el actor, referente al pago de intereses, también resulta procedente, al tenor de lo previsto en el inciso de la cláusula 14, que se transcribe: "La Empresa cancelará los valores correspondientes en un término máximo de diez (10) días a partir de la fecha de presentación del documento que acredite que el trabajador no tenga obligación pendiente con la empresa y las organizaciones del sistema PETROECUADOR. Esta indemnización será cancelada en dinero en curso legal en al Ecuador. *En caso de no cancelarse en el tiempo previsto la Empresa deberá reconocer a la fecha de pago, un interés calculado en base de la tasa activa vigente del Banco Central del Ecuador*" (Las cursivas son nuestras). Por todo lo expuesto, esta Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima por improcedente el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado y admitiendo el recurso planteado por el actor, casa parcialmente la sentencia, dictada por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Quito en los términos contenidos en el considerando quinto de esta resolución. Corresponde al Juez de origen calcular los intereses que corresponden. Sin costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez.

Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Es fiel copia del original.

Quito, mayo 24 de 2007.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 36-2006

ACTOR: José Luis Ogonaga García.

DEMANDADO: Ricardo Suárez Galarza.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 13 del 2007; las 16h10.

VISTOS: Ricardo Diego Suárez Galarza, inconforme con la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de Quito, parcialmente reformatoria de la pronunciada por la Jueza de origen, que aceptó en parte la demanda; en el juicio de procedimiento oral laboral que sigue en su contra José Luis Ogonaga García; en tiempo oportuno dedujo recurso de casación accediendo por tal motivo la causa a análisis y decisión de este Tribunal, que para hacerlo por ser el momento procesal considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales y el sorteo que consta de autos, la Segunda Sala de lo Laboral y Social es la competente para resolver la causa. SEGUNDO: El recurrente estima que en la sentencia motivo de impugnación, se han infringido las siguientes normas: Arts. 113, 115 y 207 del Código de Procedimiento Civil; 1561 y 1586 del Código Civil; 6, 18 y 20 del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: Los asuntos fundamentales a resolverse son: a) El concerniente al tiempo de prestación de servicios del actor; pues asegura que existieron dos períodos de trabajo, conforme lo determinan las pruebas aportadas. b) Señala que la demostración de los últimos pagos efectuados, conlleva a la presunción de que se realizaron los pagos periódicos anteriores, ello de conformidad con lo dispuesto en el Art. 1586 del Código Civil, asunto que no se ha valorado. c) Que no se ha tomado en cuenta el monto real de la consignación de valores efectuada en la audiencia preliminar. CUARTO: En el considerando séptimo del fallo impugnado, se determina como tiempo de servicios del 15 de noviembre de 1994 hasta el 10 de abril de 2001 y del 3 de abril de 2002 al 22 de octubre de 2004; al respecto, el casacionista impugna tal resolución, indicando que la Sala se basó en lo afirmado por un solo testigo, el mismo que con precisión de fechas ha explicado estos tiempos de trabajo, lo que implica que los juzgadores de segunda instancia no aplicaron adecuadamente la norma contenida en el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil que dispone 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. Al respecto, este

Tribunal, sin desconocer que constituye facultad de los juzgadores de instancia la valoración de la prueba, y que en casación se puede realizar una nueva, únicamente cuando de la confrontación de las constancias procesales se refleje que hubo una valoración arbitraria o que se apartó de la realidad; pasa a observar que la Sala de alzada, en el considerando quinto de su sentencia, analiza la prueba presentada en relación al tiempo de servicios, anotando que el contrato de trabajo que obra de fs. 43, no fue debidamente registrado ante la autoridad competente conforme dispone la ley, pues, debe tenerse presente que según lo dispuesto en el Art. 15 del Código del Trabajo, el contrato con cláusula probatoria tiene que ser celebrado por una sola vez entre los contratantes, para la misma actividad, y para dar inicio a la prestación de servicios; y no como ha ocurrido en la especie, luego de que ya hubo con anterioridad relaciones laborales de la misma naturaleza entre los litigantes. Además, este contrato debió cumplir con el mandato contenido en los Arts. 18 y 20 del Código de la materia, esto es, celebrarse por escrito, registrarse en la inspección del trabajo, asunto que no se ha cumplido y ha sido correctamente analizado en la sentencia atacada. Se ha considerado también que el demandado fue declarado confeso, consecuentemente de conformidad con lo dispuesto en el Art. 581 último inciso del Código del Trabajo, la declaratoria de confeso deberá entenderse en el sentido de que las respuestas al interrogatorio formulado fueron afirmativas en cuanto a las preguntas que no contravengan a la ley a criterio del Juez; y precisamente, esto es lo que ha hecho el Tribunal de alzada, sin infringir ni la indicada norma legal ni la del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, y tampoco las de los Arts. 18 y 20 del Código del Trabajo. En cuanto, al señalamiento referente a la prueba testimonial, que según su afirmación demostró indebidamente el tiempo de servicios, no se encuentra que en la sentencia atacada, se haya hecho mención a tal prueba para demostrarlo, pues aparece que se analizó la instrumental y la confesión ficta del demandado; por lo que en relación a la valoración de la prueba en cuanto al tiempo de servicios no existe infracción de norma legal alguna. QUINTO: La inconformidad del recurrente en cuanto al tiempo de servicios del actor, a su vez tiene que analizarse según su fundamentación frente a dos consecuencias, siendo estas: a) La concerniente a la indemnización por despido intempestivo; y, b) La correspondiente a los derechos adquiridos y no satisfechos y que sin embargo dice que se mandó a pagar. **Respecto del punto a)**, debe tenerse presente que el accionante en su demanda, reconoce como antes se dijo que desempeñó sus funciones en dos períodos de labores, estando el primero comprendido entre el 15 de noviembre de 1994 y el 10 de abril de 2001; y el otro del 3 de abril del 2002 hasta el 22 de octubre del 2004. En el considerando sexto de la sentencia impugnada se reconoce el despido ilegal; en el séptimo, el tiempo de trabajo que concuerda con los datos anotados, y por ello en el considerando noveno se dispone el pago de la indemnización por terminación unilateral de trabajo, por nueve años; siendo de advertir al respecto, que se ha incurrido en un error, pues, para el cálculo de las indemnizaciones, no debieron sumarse los dos períodos, sino, debió entenderse que luego del primer período de trabajo concluyeron las relaciones laborales y con el segundo período se inició otra prestación de servicios, dentro de la que ocurrió el despido intempestivo, por lo que por éste último período comprendido entre el 3 de abril de 2002 y el 22 de octubre de 2004, proceden las indemnizaciones por tal hecho, debiendo aplicarse lo

dispuesto en los Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo, siendo procedente la corrección del error en que incurrió el Tribunal de alzada. **Sobre el punto b)**, en la especie, no es válido el argumento del casacionista que fundamentándose en el Art. 1586 del Código Civil que dispone: "En los pagos periódicos la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos, hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor"; puesto que, constituye obligación del empleador, el justificar que cumplió con el pago de los beneficios que las leyes laborales determinan a favor de los trabajadores, y como en la presente litis se ha admitido la prestación de servicios por el tiempo antes especificado, el Tribunal de alzada actuó con sujeción a la ley al disponer los pagos de derechos adquiridos que se hallan determinados en el considerando noveno numerales del 3 al 8, por no existir en el proceso prueba de su satisfacción. SEXTO: En cuanto a la imputación que debió disponerse en la sentencia de alzada, se encuentra que efectivamente en el acta resumen de la audiencia preliminar que obra de fs. 6, consta que la parte demandada consignó \$240.00, hecho que se corrobora con el certificado de depósito judicial constante a fs. 52; por lo que la imputación de \$180.94 dispuesta por el Tribunal de alzada, no es adecuada, procediendo el recurso en este aspecto. Sin ser necesarias otras consideraciones, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa parcialmente la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Quito, de conformidad con lo dispuesto en los considerandos quinto y sexto de esta resolución. La liquidación la practicará la Jueza de origen. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez, Magistrados.

Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original.

Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 107-2006

ACTOR: Fausto Araujo.

DEMANDADO: Consejo Provincial de Esmeraldas.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, 23 de julio del 2007; las 10h50.

VISTOS: Lucía Sosa Robinson y Rosalía Valdez Caicedo, en sus calidades de Prefecta y Procuradora Síndica del H. Gobierno Provincial de Esmeraldas respectivamente, inconformes con la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, confirmatoria de la de primera instancia, en el juicio que por indemnizaciones laborales planteó contra la citada entidad seccional el señor Fausto Araujo, en tiempo oportuno

interponen recurso de casación, accediendo por esta razón la causa a análisis y decisión de este Tribunal, que para hacerlo por ser el momento procesal considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales y las legales vigentes, así como por el sorteo de rigor, esta Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia es la competente para dictar la resolución correspondiente. SEGUNDO: La institución demandada afirma que en la sentencia que ataca, se han infringido los siguientes artículos: 9, 10 y 35 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el H. Consejo Provincial de Esmeraldas y sus trabajadores, el 12 de febrero de 1992, que tiene vigencia desde 1 de enero del mismo año. Fundamenta el recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: Las recurrentes en su escrito de interposición del recurso señalan que en la sentencia existe una aplicación indebida de los artículos 9, 10 y 35 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre el Consejo Provincial de Esmeraldas y sus trabajadores, argumentando que la Sala de alzada está ordenando un doble pago de la indemnización contenida en el Art. 35 de la citada contratación colectiva. Sobre el tema, cabe el siguiente análisis: a) El recurso de casación es de alta técnica procesal, de carácter extraordinario, formalista y restrictivo que para prosperar requiere del cumplimiento estricto de las disposiciones de la ley de la materia; ataca exclusivamente a la sentencia para invalidarla o anularla debido a los vicios de fondo o de forma que se presenten; por tanto, es obligación del recurrente en casación precisar, en forma clara y concreta, los vicios que considera adolece la sentencia. Es requisito del instrumento impugnativo (recurso de casación) la concordancia entre el motivo de casación y el agravio o lesión que el pronunciamiento ha provocado. b) A fs. 2, 2 vta. y 118, 118 vta. del cuaderno de instancia consta el acta de finiquito celebrada entre los personeros de la institución demandada y el mencionado trabajador; y, de las constancias procesales se desprende que la relación concluyó el 13 de agosto de 2001. c) En la citada acta de finiquito se procedió a realizar el cálculo de haberes y, a ello se debió el pago de cuarenta y ocho (48) meses de remuneraciones conforme el Art. 35 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo, lo cual se ratificó en la liquidación laboral que consta de fojas 1 y 117, especificándose que se ha pagado además los rubros correspondientes a las partes proporcionales de otras prestaciones. Adicionalmente, se deja constancia que la última remuneración mensual percibida ha sido de US \$ 178,08, valor que multiplicado por las 48 remuneraciones, previstas en el Art. 35 ya referido, totaliza US \$ 8.547,84. d) El artículo 10 del Sexto Contrato Colectivo (fs. 22 a 41 y 74 a 93), establece que: "Si transcurridos los 90 días de que habla el artículo anterior no se hubiere suscrito el siguiente Contrato Colectivo Unico de Trabajo, el presente Contrato Colectivo quedará renovado en todas sus partes con un incremento de salario y remuneraciones en general, que en ningún momento será inferior al 100% de los beneficios que perciben los trabajadores amparados por este Contrato Colectivo Unico de Trabajo, sin perjuicio de que los sindicatos hagan uso de sus derechos consignados en el Código del Trabajo". En esta disposición se basaron los jueces de instancia para ordenar se incremente la bonificación por separación voluntaria en el 100%; mas, en ningún punto de la disposición contractual transcrita se menciona la duplicidad o el reconocimiento de un porcentaje del 100% para las indemnizaciones en caso de retiro voluntario, previsto en el artículo 35 del mismo contrato, pues únicamente determina claramente que la falta

de suscripción del nuevo contrato hace que éste se renueve y los trabajadores, tengan derecho a un incremento de salarios y remuneraciones en general, pero no de la bonificación por renuncia voluntaria. Por todo lo expuesto en el considerando precedente, no hay hesitación alguna que la Sala de alzada, ha aplicado indebidamente el artículo 10 del Sexto Contrato Colectivo Unico de Trabajo, celebrado entre el Consejo Provincial de Esmeraldas y su Sindicato de Trabajadores, duplicando indebidamente la bonificación contemplada en el artículo 35 de la referida contratación colectiva, por lo que esta Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas y, por lo tanto, rechaza la demanda. Sin costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez.- Certifico. f). Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Es fiel copia del original.- Quito, agosto 17 de 2007.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 132-2006

ACTOR: Liborio Ubaldo Saldivia Cedeño.

DEMANDADO: IESS.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, junio 13 de 2007; las 15h30.

VISTOS: El señor Liborio Ubaldo Saldivia Cedeño, accionante, y el abogado Gregory Alejandro Gines Vincés, en su calidad de Director Provincial del Guayas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, accionado, inconformes con la sentencia de mayoría dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo, parcialmente confirmatoria de la pronunciada por el Juez de origen; interponen en tiempo oportuno recursos de casación, en el juicio laboral que mantienen. Siendo su estado el de resolver, para ello se considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales y el sorteo que consta de autos, la Segunda Sala de lo Laboral y Social es la competente para resolver la causa. SEGUNDO: El señor Liborio Ubaldo Saldivia Cedeño, señala que en la sentencia que ataca se han infringido los artículos: 18, 35 numerales 3, 4, 6, 12, 14 y 272 de la Constitución Política de la República; 4, 5, 7, 42 numeral 1, 250, 256, 257 y 267 del Código del Trabajo; 113 inciso tercero, 115 y 165 del Código de Procedimiento Civil; 1561 y 1562 del Código Civil; 71 y 75 del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo, suscrito el 25 de agosto de 1994; 64,

69 y numeral 2 de la Declaración de Principios del Primer Contrato Colectivo de Trabajo Unico a nivel nacional suscrito el 15 de octubre de 1997; 26, 58, 63 y numeral 2 de la Declaración de Principios del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo Unico a nivel nacional, suscrito el 2 de febrero de 1999. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Por su parte, el abogado Gregory Alejandro Gines Vences, en su calidad de **Director Provincial del Guayas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social**, afirma que en la resolución que impugna se han infringido las siguientes normas: Arts. 185 y 188 del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: Los asuntos esenciales materia de la casación radican en determinar si proceden las impugnaciones planteadas, así: 1) El actor reclama: a) El pago de 5 años de indemnización por haberse violado la estabilidad prevista en el Art. 6 del Contrato Colectivo. b) Los incrementos a los sueldos desde enero de 1996 a marzo de 2002 en base del índice inflacionario establecido en la contratación colectiva; situación que genera diferencias en el subsidio de antigüedad, bono de rendimiento individual, diferencias de gratificaciones de los meses de marzo, abril y junio de cada año. c) Que no se ha reconocido la jubilación patronal proporcional a pesar de haber laborado por más de veinte años. 2) El **demandado (IESS)**, sostiene que en la sentencia que impugna hay indebida aplicación de los Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo, puesto que la terminación de la relación laboral se dio en aplicación de la Resolución 123 del Comisión Interventora en la que se disponía la supresión del puesto. CUARTO: **Analizado el recurso de casación formulado por el actor**, se encuentra: 1) En cuanto a la pretensión de pago de indemnización de 5 años garantizada en el Art. 6 de la contratación colectiva, se declara improcedente, pues la citada norma contractual señala: "El IESS garantiza la estabilidad de todos los trabajadores amparados por este Contrato por cinco (5) años consecutivos e ininterrumpidos, contados desde el 1 de enero de 1999, sin que se los pueda despedir ni desahuciar, sin perjuicio de la aplicación del Art. 172 del Código del Trabajo siguiéndose el procedimiento previsto en el Art. 8 y más disposiciones del presente instrumento. Si el IESS, diere por terminadas las relaciones laborales con los trabajadores amparados por este Contrato Colectivo, al margen de la estabilidad estipulada en el inciso anterior, pagará las siguientes indemnizaciones, calculadas en base al sueldo imponible que reciba el trabajador al momento del despido o desahucio... Sesenta meses de indemnización para quienes tuvieren de doce años un día en adelante. Además de las indemnizaciones que anteceden, se pagarán las bonificaciones e indemnizaciones que corresponden al trabajador según los Arts. 185 y 188 del Código del Trabajo y más normas vigentes sobre la materia.". De donde se colige que se bien se ha determinado una garantía de estabilidad de cinco años, sin embargo, en caso de vulneración la norma contractual penalizó tal hecho con el pago de una indemnización acorde con los años de servicios, más las determinadas en los Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo, pero no con otra indemnización adicional como pretende el actor. 2) En cuanto a la pretensión de incrementos remunerativos relacionados con el índice inflacionario que ha afectado al país, cabe tener presente que: a) De fs. 75 a 110 consta copia del Segundo Contrato Colectivo de Trabajo Unico a nivel nacional, celebrado el 25 de agosto de 1994, en el que se ha establecido una duración de dos años, contados desde el 1 de enero de 1994, y cuyo Art. 75 determina: "Razones

Sociales: Si cambiare el nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del Comité Central o de las Organizaciones Laborales integrantes del mismo o si cambiare el Régimen Jurídico que igualmente norma las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, se mantendrá la vigencia de los derechos consignados en el presente Contrato Colectivo y para los años subsiguientes los derechos adquiridos en materia económica serán incrementados en un porcentaje equivalente al índice inflacionario". b) De fs. 152 a 198 aparece copia del Primer Contrato Colectivo de Trabajo Unico a nivel nacional, celebrado el 15 de octubre de 1997, habiéndose determinado una vigencia de dos años contados desde el 1 de enero de 1996, en cuyo Art. 69 se señala: "Razones Sociales: Si cambiare el nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del Sindicato Nacional Unico de Obreros del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o si cambiare el régimen jurídico que actualmente norma las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, se mantendrá la vigencia de los derechos consignados en el presente Contrato Colectivo y para los años subsiguientes los beneficios económicos estipulados en este Contrato que recibe directamente el trabajador serán incrementados en un porcentaje aproximado al índice inflacionario, salvo el subsidio de antigüedad, el que se mantendrá en el porcentaje convenido...". (el subrayado es nuestro) c) De fs. 111 a 151 se encuentra copia del Contrato Colectivo Unico de Trabajo a nivel nacional, celebrado el 2 de febrero de 1999, en el que se ha estipulado que entrará a regir desde el 1 de enero de 1999; y su Art. 63 dice: "Si cambiare el nombre y/o constitución jurídica del IESS y/o del Sindicato Nacional Unico de Obreros del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o si cambiare el régimen jurídico que actualmente norma las relaciones laborales entre el IESS y sus trabajadores, se mantendrá la vigencia de los derechos consignados en el presente Contrato Colectivo". d) De lo transcrito se desprende que las estipulaciones contractuales se están refiriendo al posible cambio de nombre o constitución jurídica del IESS o de la organización clasista contratante, y en cuyos casos, se ha pactado que se respetarán los beneficios económicos y, solo en el referido en el literal a), de darse esa situación, se ha determinado que se establecerá un porcentaje de incrementos en relación con el proceso inflacionario; mientras en la contratación mencionada en el literal b), se ha determinado que en tales circunstancias se aplicará un porcentaje aproximado al índice inflacionario, lo que refleja que hubo una imprecisión de porcentaje además de las circunstancias del cambio de razón social; y, en la contratación colectiva que regía a la fecha en que concluyeron las relaciones laborales (referida en el literal c), no se hace mención a tema alguno relacionado al proceso inflacionario, de donde se colige con claridad que las pretensiones de la reclamante, carecen de sustento jurídico, puesto que no se encuentra probado el cumplimiento de las condiciones relacionadas con el cambio de razón social o constitución jurídica del IESS. 3) Sobre la jubilación patronal proporcional que fue desconocida por el Tribunal de alzada, ya que afirma que el ex trabajador laboró por 19 años 5 meses, en tanto que el accionante señala que prestó sus servicios por 21 años, se observa: a) El accionante afirma haber laborado desde el 1 de octubre de 1981 hasta el 28 de agosto de 2002. b) De fs. 60 y 61 constan el informe de tiempo de servicios mecanizado del IESS, en el que se señala que el ex trabajador tiene 234 imposiciones mensuales, sin embargo debe notarse que el último mes de aportes que consta en dicho sistema integrado es el de octubre de 2001. c) A fs. 28

consta la notificación de terminación unilateral de las relaciones laborales, mediante oficio de fecha 28 de agosto de 2002. d) De estos antecedentes, se colige que efectivamente el Tribunal de alzada no valoró adecuadamente la prueba aportada, por lo que el ex trabajador, tiene derecho a la jubilación patronal proporcional por haber laborado desde el 1 de octubre de 1981 hasta el 28 de agosto de 2002; de conformidad con lo dispuesto en el Art. 188 inciso séptimo del Código del Trabajo, más el 15% determinado en el Art. 26 del contrato colectivo que se hallaba vigente a la conclusión del contrato (fs. 125). QUINTO: **Respecto del recurso de casación interpuesto por el demandado**, se observa que la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución Política señala: "El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de manera inmediata y urgente, iniciará un profundo proceso de transformación para racionalizar su estructura, modernizar su gestión, aplicar la descentralización y desconcentración, recuperar su equilibrio financiero, optimizar la recaudación y el cobro de la cartera vencida; complementar la capacidad instalada en salud para la cobertura universal, superar los problemas de organización, de gestión, de financiamiento y de cobertura, para que cumpla con los principios de la seguridad social y entregue prestaciones y servicios de calidad, en forma oportuna y eficiente"; Disposición Transitoria Quinta, determina: "El personal que, a consecuencia de la transformación y racionalización del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social quede cesante, tendrá derecho a las indemnizaciones que, por la terminación de la relación estén vigentes en la ley y contratos, a la fecha en que dejen de prestar sus servicios". Sobre la base de tales disposiciones constitucionales el IESS, por intermedio de su Director General (E.), mediante oficio No. 2000121-6853 de 28 de agosto de 2002 (fs. 28) señala que una vez conocidos los informes de la Gerencia Técnica de Modernización, respecto del personal sujeto al Código del Trabajo no requerido por las direcciones regionales 1 y 2, la Dirección Médico Social y las Unidades Médicas del IESS, notifica al actor la terminación de su relación laboral. El Contrato Colectivo Unico de Trabajo a nivel nacional, en cuyo Art. 6 se estableció una garantía de estabilidad de cinco años contados desde el 1 de enero de 1999; y, en aplicación de los incisos segundo y tercero de esta norma, se le pagaron las indemnizaciones tanto contractuales como las determinadas en los Art. 185 y 188 del Código del Trabajo, por lo que, si bien la terminación de la relación de trabajo mantenida entre las partes, se produjo por aplicación de la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución Política de la República, ésta, de manera expresa ordena que, el trabajador que quedare cesante, a consecuencia de la transformación y racionalización del Instituto Ecuatoriano de Seguridad, tendrá derecho a las indemnizaciones legales y contractuales vigentes a la fecha en que dejen de prestar sus servicios; es decir produciendo los mismos efectos indemnizatorios que por despido, razón por la que el accionante en este caso fue indemnizado de conformidad con lo previsto en el Art. 6 del contrato colectivo, lo cual es corroborado con la afirmación constante en la demanda que dice: "Que encontrándome sujeto al Régimen Legal del Código del Trabajo mi ex empleador el IESS, me hizo la entrega de 16.652.94 dólares los que por encontrarme sin recursos económicos y sin trabajo para mi subsistencia y el de mi familia, producto del despido del que fui objeto."; sin embargo, esta liquidación fue incompleta; por lo que, en consecuencia, en el fallo de mayoría impugnado los juzgadores actuaron de conformidad con tal disposición

contractual al disponer la reliquidación de las indemnizaciones; habiendo cometido error en el cálculo de los valores correspondientes a los Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo, debiendo el Juez del Trabajo practicar la liquidación correspondiente en base de la remuneración aceptada por el Tribunal de alzada, y al tiempo de servicios determinado en el considerando cuarto numeral 3 literal d) de esta resolución; a la liquidación final se deberá imputar lo ya percibido por el trabajador según afirmación contenida en su demanda (\$16,652.94). Sin ser necesarias otras consideraciones, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa parcialmente la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo, de conformidad con lo dispuesto en los considerandos cuarto numeral 3 y quinto de esta resolución. La liquidación la practicará el Juez de origen. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Gastón Alarcón Elizalde, Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez. Magistrados.- Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original. Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

No. 161-2006

ACTOR: Roberto Morán Maulme.

DEMANDADO: Municipio de Guayaquil.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, junio 27 del 2007; las 15h50.

VISTOS: El abogado Jaime Nebot Saadi y el doctor Miguel Hernández Terán, Alcalde y Procurador Síndico de la I. Municipalidad de Guayaquil, respectivamente, inconformes con la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil confirmatoria de la pronunciada por el Juez de origen, que declaró con lugar la demanda, en el juicio verbal sumario de trabajo que sigue Roberto Benito Morán Maulme, en tiempo oportuno dedujeron recurso de casación, accediendo por tal motivo la causa a análisis y decisión de este Tribunal, que para hacerlo por ser el momento procesal considera: PRIMERO: Por las disposiciones constitucionales, las legales y el sorteo que consta de autos, la Segunda Sala de lo Laboral y Social es la competente para resolver la causa. SEGUNDO: Los recurrentes estiman que en la sentencia que impugnan se han infringido los siguientes artículos: regla segunda del 219 (actual 216) del Código del Trabajo, la misma que ha tenido varias modificaciones legales, señalando expresamente el Art. 221 regla segunda vigente hasta el 20

de noviembre de 1991; Art. 38 de la Ley No. 133 Reformatoria al Código del Trabajo, publicada en el RO. S. No. 817 de 21 de noviembre de 1991, Art. 289 del Decreto Ley 2000-1 Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, publicada en el RO. S. No. 144 de 18 de agosto de 2000, Art. 1 de la Ley No. 2001-42, publicada en el Suplemento del RO. No. 359 de 2 de julio de 2001; Ordenanza que determina el pago voluntario de la pensión mensual de jubilación patronal a favor de quienes prestaron sus servicios para la M. I. Municipalidad de Guayaquil, y tienen derecho para percibir ese beneficio. Fundamentan su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: La impugnación del recurso se centra en determinar que el Tribunal de alzada no consideró en la determinación del derecho del actor a la jubilación patronal, la normativa referente a la doble jubilación, por cuanto el ex trabajador ya era jubilado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. CUARTO: En la especie se observa que el actor cuando rindió confesión judicial, reconoció expresamente ser beneficiario de la jubilación del IESS, así al contestar a la pregunta número 9 (fs. 33), que dice: "Diga el confesante si usted es jubilado por el IESS", responde (fs. 34) "Si", motivo por el cual los juzgadores debieron observar tal circunstancia y disponer el pago mínimo legal por ser beneficiario de doble jubilación, conforme lo dispuesto en el Art. 216 (anterior 219) del Código del Trabajo y las correspondientes reformas legales aplicables al caso. Sin ser necesarias otras consideraciones, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, con las precisiones que anteceden, debiendo el Juez de origen liquidar la pensión jubilar patronal y sus adicionales, teniendo en cuenta las reformas legales que se han dictado respecto del actual Art. 216 regla segunda del Código del Trabajo. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Hernán Peña Toral, Teodoro Coello Vázquez. Magistrados, Dr. Jaime Espinoza Ramírez, Conjuez.

Certifico. Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

Razón: La copia que antecede es igual a su original.

Certifico.

f.) Dr. Oswaldo Almeida Bermeo, Secretario Relator.

EL I. MUNICIPIO DE GIRÓN

Considerando:

Que, es necesario mejorar la imagen de los funcionarios públicos de la Municipalidad de Girón, dotándoles de uniformes;

Que, es necesario normar el uso de uniformes de los funcionarios públicos; y,

En uso de las atribuciones que le confiere la Ley Orgánica de Régimen Municipal,

Expende:

El siguiente REGLAMENTO PARA LA CONCESION, USO Y CONTROL DE UNIFORMES PARA LOS EMPLEADOS PUBLICOS DE LA I. MUNICIPALIDAD DE GIRÓN.

Art. 1.- La Municipalidad proporcionará anualmente a sus funcionarios públicos que cumplan actividades administrativas y operativas dos uniformes completos, se entenderá por uniforme completo, las siguientes prendas: blusa, pantalón o falda, saco y chaleco; y tres blusas o camisas para el desempeño de sus funciones, así como un carnet de identificación.

La comisión para la selección de los uniformes estará integrado por la máxima autoridad o su delegado, por el Director/a Administrativo/a Financiero/a, por un representante del género masculino y por un representante del género femenino, en ambos casos electos de entre los funcionarios de la Municipalidad de Girón.

Art. 2.- Es obligación de los funcionarios públicos de la I. Municipalidad de Girón, durante los días y horas laborables, el uso del uniforme y del carnet entregados por la institución, de acuerdo a las disposiciones impartidas por la Dirección Administrativa Financiera.

Art. 3.- El uso de uniformes es exclusivamente para actividades laborables, quedando terminantemente prohibido hacer uso del mismo en compromisos sociales y demás actividades extrañas a sus funciones.

Art. 4.- Se prohíbe alterar el modelo original de los uniformes, por lo que se deberá utilizar únicamente las prendas que lo conforman sin ningún aditamento que lo altere.

Art. 5.- En caso de pérdida o destrucción del uniforme y del carnet, será de exclusiva responsabilidad de cada uno de los funcionarios públicos la reposición del mismo.

Art. 6.- El incumplimiento o reincidencia de las obligaciones determinadas en el presente reglamento dará lugar a la imposición de las sanciones disciplinarias contenidas en la Ordenanza que reglamenta la administración de personal, sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.

Art. 7.- Es obligación de los jefes inmediatos reportar a la Jefatura de Recursos Humanos, el incumplimiento por parte de los funcionarios públicos a lo dispuesto en el presente reglamento.

Art. 8.- Se encargará a la Jefatura de Recursos Humanos Municipal, vigilar y controlar la utilización de los uniformes por parte de los funcionarios públicos de la Municipalidad.

Art. 9.- Deróguese todas las demás disposiciones legales que se opongan al presente reglamento.

DISPOSICION FINAL

Primera.- El presente reglamento, entrará en vigencia a partir de su aprobación por parte del I. Concejo Cantonal de Girón y deroga todas las disposiciones y resoluciones que se le opongan.

Dada, en la sala de sesiones del Concejo Municipal de Girón, a los 24 días del mes de enero del 2008.

f.) Sr. Wilson Mogrovejo M., Vicepresidente del Concejo.

f.) Lic. Mariana Piña Rivera, Secretaria del Concejo.

Certifico.- Que el presente Reglamento para la concesión, uso y control de uniformes para los empleados públicos de la I. Municipalidad de Girón, fue aprobada por el I. Concejo Cantonal de Girón en dos debates en sesión extraordinaria del 16 de enero y ordinaria del 24 de enero del 2008.

Girón, a enero 24 del 2008.

f.) Lcda. Mariana Piña Rivera, Secretaria del Concejo.

VICEPRESIDENCIA DEL I. CONCEJO MUNICIPAL DE GIRON: Girón, a 25 de enero del 2008, las 11h45, de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en su Art. 125, remítase el presente Reglamento para la concesión, uso y control de uniformes para los empleados públicos de la I. Municipalidad de Girón a la señora Alcaldesa del I. Concejo Cantonal de Girón para su respectiva sanción.

f.) Sr. Wilson Mogrovejo M., Vicepresidente del Concejo.

ALCALDIA DE GIRON: Recibo el reglamento que antecede, en tres ejemplares, en Girón, a enero 25 del 2008 a las 12h00.

f.) Sra. Martha Jiménez Marcatoma, Alcaldesa del cantón Girón.

ALCALDIA DE GIRON: Girón, a enero 25 del 2008, a las 13h00. **VISTOS:** De conformidad con el Art. 69 numeral 30 y 129 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, habiéndose observado el trámite legal pertinente, sanciono el reglamento que antecede y ordeno su publicación en el Registro Oficial.

f.) Sra. Martha Jiménez Marcatoma, Alcaldesa del cantón Girón.

RAZON: Sancionó y firmó la presente ordenanza, conforme el decreto que antecede la señora Alcaldesa de Girón, Sra. Martha Jiménez Marcatoma, el 25 de enero del 2008, a las 15h00. Girón, a 25 de enero del 2008.

f.) Lcda. Mariana Piña Rivera, Secretaria del Concejo.



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