

REGISTRO OFICIAL[®]

ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

**FUNCIÓN JUDICIAL Y
JUSTICIA INDÍGENA**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

**SALA ESPECIALIZADA
DE LO LABORAL:**

**SENTENCIAS, RESOLUCIONES,
JUICIOS Y AUTOS**

**17371-2019-04117, 01332-2020-00184, 09113-
2022-00072, 09359-2019-02032, 07309-2019-
00984**



185795020-DFE

Juicio No. 17371-2019-04117

JUEZ PONENTE: TAPIA RIVERA ENMA TERESITA, JUEZA NACIONAL (PONENTE)**AUTOR/A: TAPIA RIVERA ENMA TERESITA****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, viernes 16 de septiembre del 2022, las 15h31.**VISTOS:**

I. Jurisdicción y competencia

Corresponde el conocimiento y resolución de esta causa al Tribunal de casación en mención, de conformidad con las resoluciones N° 01-2018¹ y N° 002-2021,² emitidos por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; y, en este proceso en mérito al sorteo, cuya razón obra del expediente de casación que se lo realiza de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 183 sustituido por el artículo 8 de la Ley Reformativa del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial 38, Suplemento, de 17 de julio de 2013. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184 numeral 1 de la Constitución de la República; 184 y 191 numeral 1 del COFJ; y, 269 del COGEP.

II. Validez procesal

Se observa que en el presente proceso se ha cumplido de forma cabal con las solemnidades sustanciales, legales y constitucionales para que la causa sea declarada como válida.

III. Antecedentes

En el juicio laboral seguido por Luis Aníbal Carrera Amores en contra de la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, en la persona de Lucas Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, en su calidad de Presidente Ejecutivo y Representante legal; el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dictó sentencia el 12 de noviembre de 2020; las 08h47, que confirma la subida en grado, que declaró parcialmente con lugar la demanda.

1 Ecuador, Corte Nacional de Justicia, *Resolución N° 01-2018*, de 26 de enero de 2018, relativa a la integración de las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia.

2 Ecuador, Corte Nacional de Justicia, *Resolución N° 02-2021*, de 05 de febrero de 2021, sobre la nueva integración de las seis salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia.

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por ENMA
TERESITA TAPIA
RIVERA
C=EC
L=QUITO
CI
0301052080
**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE**

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
JULIO ENRIQUE
ARRIETA ESCOBAR
C=EC
L=QUITO
CI
0601611312
**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE**

FUNCIÓN JUDICIAL
Firmado por
MARIA CONSUELO
HEREDIA YEROVI
C=EC
L=QUITO
CI
1705840385
**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE**

II. Actos de sustanciación del recurso de casación

Inconforme con esta decisión, la entidad demandada presentó recurso de casación, siendo admitido a trámite de forma parcial, únicamente respecto al caso tercero del art. 268 del COGEP, mediante auto de fecha 18 de agosto de 2021; las 11h54, emitido por la Dra. Gabriela Mier Ortiz, conjuez nacional (t). Posteriormente, la causa pasó mediante sorteo efectuado el 17 de agosto de 2022; las 08h14, a conocimiento de este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, integrado por las Juezas y Juez Nacionales: Doctora Enma Tapia Rivera, Doctora Consuelo Heredia Yerovi y Doctor Julio Arrieta Escobar.

III. Cargos admitidos en contra de la sentencia de apelación

En relación con el recurso de casación planteado y los cargos admitidos, la entidad demandada a través del *caso tercero del art. 268 del COGEP*, alega el *vicio de extra petita*, es decir, que en el presente caso se resolvió asuntos que no fueron parte del litigio.

En este acápite se recogerán los principales argumentos del recurso de casación fundamentados por la parte recurrente, a saber:

“ [1/4] En la demanda presentada por el ex trabajador, LUIS ANIBAL CARRERA AMORES, dentro de las pretensiones reclama: “ Pago de la diferencia de la comisión por la venta realizada a SETEL S.A. correspondiente al mes de octubre de 2016, que es parte de la remuneración, acorde al Art. 95 del Código de Trabajo. Comisión que asciende a USD 24,967,21, por la venta de 734 servicios a la empresa SETEL S.A. del Grupo Tv Cable. Me adeudan la cantidad de USD 16,358.61, más el triple de recargo que es la cantidad de USD49,075.83; y que suma la cantidad de USD 65.434,44.”

Una de a las pretensiones de la demanda, la diferencia de la décimo tercera remuneración, como consecuencia del reconocimiento de la “supuesta diferencia por comisión que no se había pagado”. Nótese que no consta como pretensión la restitución de chargeback y payback que fueron descontados de la comisión ni el pago de bonos. [1/4]

Como se observa, lo que manda a cancelar la sentencia de primera instancia es por concepto de restitución de payback y chargeback (más el triple de recargo), sin considerar los valores totales en los que se descuenta en su totalidad payback y chargeback, cuestión que no consta como pretensión en la demanda. [1/4]

Por su parte, la sentencia de segunda instancia reconoce expresamente, que no se demanda el pago de bonos, sino únicamente de comisiones. De la restitución del payback y

chargeback, no se establece absolutamente nada sobre si consta en las pretensiones de la demanda o no. Señores Jueces, esta "restitución no consta en las pretensiones de la demanda. Sin embargo, al momento de resolver, ratifica el valor a pagar, es decir manda a restituir los mismos valores, cuestión que como ya se ha dicho, no fue demandada; por lo tanto: 1. No debía probarse la legalidad de los descuentos. 2. Constituye extra petita. [1/4]°³

IV. Audiencia y fundamentos del recurso de casación

Según las disposiciones contenidas en el art. 168.6 de la CRE, la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por lo que este Tribunal según las disposiciones del art. 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas para las audiencias, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto; y, una vez finalizado el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 273 *ibidem*.

V. Problema jurídico para dilucidar

Una vez plasmada la fundamentación del recurso que fue admitido y sustentado en audiencia, este Tribunal deberá resolver las impugnaciones, cuales son:

- i) Comprobar si como acusa la parte recurrente, los juzgadores de primera y segunda instancia en sus sentencias, concedieron asuntos que no fueron solicitados en la demanda presentada por el actor, por cuanto se ha resuelto sobre la restitución de valores de *chargeback* y *payback* en la liquidación, sin que conste dentro de las pretensiones planteadas.

VI. Resolución respecto a las impugnaciones presentadas

PRIMERO. - Para resolver el problema jurídico planteado, es necesario remitirnos previamente a lo expuesto por el Tribunal de apelación en su fallo, transcribiendo a continuación la parte principal:

^a [1/4] **6.3** Sin perjuicio de lo dicho en el apartado precedente, la Jueza A quo, ha ordenado el pago a favor del accionante, la suma de 3.015, 46 dólares, más el triple de recargo, en razón del descuento por concepto de ^a *payback*° y ^a *chargeback*°, que ha sido reconocido expresamente por la parte demandada, que realizó de las comisiones que le correspondía en el mes de octubre del 2016, sin haber justificado su legalidad. Considerando para tal efecto que

³ Ver recurso de casación que obra a fs. 28-30 del expediente de segunda instancia.

la empresa accionada al contestar la demandada reconoció expresamente que las comisiones que correspondieron al accionante era de 11.624,16 dólares. De forma que, al corroborarse que no existe prueba del proceso, que justifique dichos descuentos, el Tribunal confirma lo resuelto al respecto. Siendo entonces que dicho valor debe ser considerado como parte de la remuneración proporcional por los 27 días de octubre del 2016, en aplicación del Art. 95 del Código de Trabajo. [1/4]⁴

SEGUNDO. - En relación al caso tercero del art. 268 del COGEP, alegado por la casacionista como fundamento del recurso interpuesto, es necesario precisar, que esta causal procede por errores *in procedendo*, por falta de asonancia o incongruencia resultante del contraste de la decisión del fallo con las pretensiones y excepciones planteadas por las partes procesales. Los cargos que se contempla en esta causal, son los siguientes: i) *Cuando se otorga más allá de lo pedido (plus o ultra petita) ± planteado en el presente caso-*; ii) *Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita)*; y, **iii)** *Cuando se deja de resolver sobre algo que si fue pedido (citra o infra petita)*.

Todas estas hipótesis constituyen vicios de congruencia o asonancia. Como explica Véscovi, la congruencia ^a se entiende como una emanación del principio dispositivo en el proceso, el que, a la vez, debe dar respuesta estricta a lo pedido por los sujetos procesales, sin exceder los límites que se fijan, ni dejar de resolver los asuntos que se someten a decisión.^{o 5}

TERCERO. - Ahora bien, en orden a justificar el cargo, -como se avizoró- la parte demandada señala que el Tribunal de apelación incurrió en el vicio de *extra petita* al resolver sobre la restitución de valores de payback y chargeback de la liquidación a pesar de que esto no fue parte de las pretensiones planteadas por el actor. Por lo que, para determinar si la sentencia dictada en segunda instancia incide en el vicio de incongruencia positiva, este Tribunal de casación procede a realizar el cotejamiento entre el *petitum* de la demanda, la contradicción planteada en la contestación, y lo resuelto en sentencia impugnada:

Al respecto, se observa que, el actor en su libelo de demanda (fs. 23-27 del expediente de primera instancia) expresó dentro de los argumentos de hecho y de derecho para fundamentar su pretensión: ^a [1/4] *1. Pago de la diferencia de la comisión por la venta realizada a SETEL S.A., correspondiente al mes de octubre de 2016, que es parte de la remuneración, acorde al Art. 95 del Código de Trabajo. Comisión que asciende a USD 24,967.21 por la venta de 734 servicios a la empresa SETEL S.A. del Grupo TvCable. Me cancelaron USD 8.608,60. Me adeudan la cantidad de USD 16,358.61, más el*

⁴ Ver sentencia de apelación que obra a fs. 28-31 del expediente de segunda instancia.

⁵ Enrique Véscovi, *La Casación Civil* (Montevideo: Idea, 1979), 85.

triple de recargo que es la cantidad de USD 49.075,83; y que suma la cantidad de USD 65.434,44. [1/4]°.

En virtud de este antecedente indicado, se comprueba que el actor de forma genérica solicita una diferencia de la comisión por la venta a la empresa SETEL S.A., según como se ha plasmado en este párrafo.

Por otra parte, respecto a la defensa presentada por la parte demandada (fs. 34-41 del expediente de primera instancia), según los argumentos que plantea en su contestación, específicamente sostiene lo siguiente: *“[1/4] Por la activación de las líneas telefónicas realizadas al señor LUIS ANIBAL CARRERA AMORES, le correspondía el monto de US\$ 11.624,16, al que había que restarle descuentos por payback, equivalente a US\$ 2.948,56 y por chargeback correspondiente a US\$ 67.00, lo que da un monto neto de comisión de US \$ 8.608,60 por concepto de comisión [1/4] 1. Estos descuentos por payback y chargeback se encuentran detalladas en el Manual de Políticas y Procedimientos del Subproceso Liquidación de Comisiones vigente al mes de octubre del año 2016 [1/4]°*

Por su parte, este Tribunal de casación examina que dentro de la audiencia única de primera instancia, según la grabación registrada en el cd incorporado a fs. 160 y el acta de resumen fs. 158-159, se ha fijado como puntos del debate por parte de la jueza *a quo*, lo siguiente: *“Pago de: Diferencia de comisión de venta realizada a CETEL S.A. correspondiente a octubre de 2016, con el triple de recargo [1/4]°*

Por ello, en la sentencia que se impugna en esta fase procesal, que corresponde a la que resolvió el recurso de apelación *±*que, además, fue transcrita con antelación-

, se comprueba que se ha resuelto respecto a los puntos en lo que se trabó la litis, que corresponde entre otros, la diferencia de las comisiones de octubre de 2016, más el triple de recargo. Por lo que, a consideración del tribunal de segunda instancia, ha correspondido confirmar y reconocer el derecho a favor del accionante, de la restitución de los valores de payback y chargeback que han sido explícitamente reconocidos por parte de la entidad demandada, como un descuento que ella misma aduce justificar en su manual interno, sin que, haya logrado comprobar legalmente según los juzgadores de instancia.

Observando así, que se ha respetado el principio dispositivo, que contempla que se debe resolver solo sobre los puntos que se traba la *litis*, de conformidad con lo prescrito art. 168.6 de la Constitución de la República, y art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone que, las juezas o jueces en todos los procesos a su cargo, deben resolver siempre las **pretensiones y excepciones** que

deduzcan los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.

En consecuencia, del examen riguroso entre acción, contradicción y defensa con la sentencia de apelación se verifica que efectivamente, se ha resuelto sobre la base de las pretensiones planteadas por el actor, en contraste con las excepciones de la entidad demandada, que inclusive ha reconocido expresamente que ha descontado dichos valores por políticas internas de la institución respecto a la comisión reclamada de octubre de 2016 por el accionante; por lo que, este Tribunal de casación comprueba que no se ha incurrido en el vicio de incongruencia positiva por *extra petita*, esto es, cuando los juzgadores se hayan circunscrito a los términos que no forman parte de la pretensión y contradicción, cuando se haya ordenado algo fuera de lo pedido.

En razón de lo expuesto, este Tribunal no encuentra sustento jurídico válido para considerar que los juzgadores de alzada incurrieron en la infracción de la disposición contenida en el art. 168.6 de la Constitución de la República; y arts. 19 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, tanto más, que su argumento corresponde más bien a su inconformidad en lo resuelto en la sentencia impugnada, lo cual no debía ser planteado bajo el caso tercero del art. 268 del COGEP, que como se advirtió, corresponde a un error de procedimiento o *in procedendo*.

Por todo lo manifestado a lo largo del presente fallo, se rechazan los cargos planteados al amparo del caso tercero del art. 268 del COGEP.

VII. DECISIÓN

Por los argumentos vertidos en la presente sentencia, este tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia resuelve **^aADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA^o**, NO CASA la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 12 de noviembre de 2020; las 08h47. Se ordena entregar el valor de la caución a la parte actora según el art. 275 del COGEP. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. - **Notifíquese.** -

TAPIA RIVERA ENMA TERESITA

JUEZA NACIONAL (PONENTE)

DR. ARRIETA ESCOBAR JULIO ENRIQUE

CONJUEZ NACIONAL (E)

DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI

JUEZA NACIONAL



186572766-DFE

Juicio No. 01332-2020-00184

JUEZ PONENTE: DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA, JUEZA NACIONAL (PONENTE)**AUTOR/A: DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, martes 27 de septiembre del 2022, las 14h26.**VISTOS:**

ANTECEDENTES: a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada: En el juicio de trabajo seguido por Antonio Mesías Alvarez Calle en contra de Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Paute, representado por los señores Raúl Remigio Delgado Orellana y Hernán Lucero, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico, respectivamente. Se contó con la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado; la parte accionante interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, el 08 de junio de 2021, las 15h02 (fs. 9 a 15). Decisión que acepta el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, revoca la sentencia del Juez de primera instancia y declara sin lugar la demanda.

b) Actos de sustanciación del recurso: Mediante auto de 07 de septiembre de 2021, las 08h33, dictado por la Conjueza (E) de la Corte Nacional de Justicia, Liz Barrera Espín, se admitió a trámite el recurso extraordinario de casación.

c) Cargo admitido: El recurso interpuesto fue admitido a trámite por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

PRIMERO: Competencia: El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los Jueces: doctora Katerine Muñoz Subía (ponente); doctora María Consuelo Heredia Yerovi y doctor Alejandro Arteaga García; es competente para conocer y resolver el recurso de casación de conformidad con la Resolución N° 02-2021 de fecha 05 de febrero de 2021 y Resolución N° 04-2021 de 19 de febrero de 2021; artículo 183 sustituido por el artículo 8 de la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial

FUNCIÓN JUDICIALDOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
KATERINE BETTY
MUÑOZ SUBIA
C=EC
L=QUITO
CI
1713023297**FUNCIÓN JUDICIAL**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
ALEJANDRO
MAGNO ARTEAGA
GARCÍA
C=EC
L=QUITO
CI
0910762624**FUNCIÓN JUDICIAL**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTEFirmado por
MARIA CONSUELO
HEREDIA YEROVI
C=EC
L=QUITO
CI
1705840385

Suplemento 38 de 17 de julio de 2013; y, Resolución N° 04-2017 publicada en el Suplemento N° 1 del Registro Oficial N° 962 de 14 de marzo de 2017. Y al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: *“Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.”*, artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: *“Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.”*; artículo 191 numeral 1 ibídem, que establece: *“La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo”*, en concordancia con el artículo 269 del COGEP; y del sorteo de 17 de agosto de 2022, que obra a fs. 07 del expediente de casación.

SEGUNDO.- Audiencia.- El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, ha establecido que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por lo que, este Tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, y de conformidad con las reglas generales previstas para las audiencias, consignadas del artículo 79 al 87 ibídem, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el 20 de septiembre de 2022, las 09h00; y, una vez finalizado el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *ut supra*.

TERCERO.- Fundamentos del recurso de casación: El accionante denuncia la infracción de los artículos: *“¼Decreto Ejecutivo No. 225 de 18 de enero de 2010 su disposición 1.1.1.5.; Disposición General Primera numeral 1) inciso segundo de la Ley Orgánica de Servicio Público y artículo 216 del Código del Trabajo”*.

CUARTO.- Del recurso de casación: La casación es un recurso extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, que tiene por objeto impugnar la sentencia o autos recurridos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las Cortes Provinciales o por los Tribunales Distritales, debiendo cumplir con los requisitos determinados en la ley para su calificación, admisión y procedencia. Se encuentra normado desde el artículo 266 al 277 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 506 de 22 de mayo de 2015 y tiene como finalidad el control de legalidad de las sentencias de instancia para la defensa de la normativa jurídica objetiva y por tanto de la seguridad jurídica, la unificación de la jurisprudencia y la reparación de los agravios que pudiere ocasionar a las partes procesales una decisión judicial que infrinja las disposiciones jurídicas aplicables.

El tratadista Santiago Andrade Ubidia, al abordar sobre el recurso de casación, refiere que sus finalidades pueden ser: *“ 1/4 de naturaleza pública, la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia; hay otro interés adicional, de naturaleza privada, el procurar la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido 1/4 °* (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 35).

Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, ha manifestado: *“ 1/4 El recurso de casación constituye un mecanismo extraordinario, que tiene como objetivo principal analizar si en una sentencia existen violaciones a la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma. En tal sentido, el papel que cumple la Corte Nacional de Justicia, al ser el tribunal de casación, es fundamental, ya que realiza el control del producto de la actividad jurisdiccional de los jueces de instancia, es decir, el contenido de sus sentencias °*. (Sentencia de N° 331-15-SEP-CC. Caso N° 2202-13-EP, de 30 de septiembre de 2015, p. 8); también ha referido que *“ 1/4 es imperioso para los jueces de la Corte Nacional de Justicia tener especial atención en aplicar la normativa específica del recurso de casación, así como los principios procesales durante el trámite que se otorgue a cada etapa, pues aquello garantizará la observancia del trámite propio de cada procedimiento judicial que garantizará el pleno cumplimiento de los cauces procesales correspondientes, protegiendo, además, la seguridad jurídica °*. (Sentencia N° 169-15-SEP-CC CASO. Caso N° 0680-10-EP, p. 10).

En este contexto se debe precisar que, el reconocimiento del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, consagró cambios profundos en cuanto a la organización y funcionamiento de las instituciones que lo conforman, así la Función Judicial a través de juezas y jueces tiene la obligación de efectivizar los derechos de los justiciables y dar vida a los principios constitucionales que rigen la actividad judicial y los que informan la sustanciación de los procesos.

QUINTO.- Análisis del recurso interpuesto:

5.1.- Contextualización de los argumentos reproducidos por el accionante con fundamento en el caso cinco del artículo 268 del COGEP.:

Como antecedente, el actor señala que ha laborado en calidad de trabajador del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Paute desde el 01 de marzo de 1984 hasta que mediante Resolución No. 000085 de 10 de julio de 2009 el Consejo Cantonal de Paute aprueba la nueva tabla elaborada por la SENRES, con la cual pasa a ser un servidor público de apoyo 4 grado No. 6, efectuándose la reclasificación de su puesto de trabajo, bajo el régimen de la LOSEP. Calidad que la desempeñó hasta el 05 de febrero de 2018, fecha en la que decidió acogerse a la jubilación del IESS. Con lo que afirma tener derecho a la jubilación patronal, al haber laborado *“ SUJETO AL CÓDIGO DEL TRABAJO 25*

AÑOS y desde esa fecha al 05 DE FEBRERO DE 2018 SUJETO A LA LOSEP°.

Precisa que su situación se ha complicado al ser una persona de más de 65 años de edad y tener una discapacidad, por lo que solicita *“se entregue el monto total de mi jubilación para administrarla como lo determina dicho artículo 216 en su Nral. 3 del Código del Trabajo”*.

Manifiesta que pretende la jubilación patronal del artículo 216 del Código del Trabajo al amparo del Decreto Ejecutivo 225 y el inciso final de la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Servicio Público, toda vez que, si bien a la fecha de vigencia de la Constitución de la República de 2008 no se encontraba bajo el Código del Trabajo, pero tenía 14 años sujeto a dicho Código, cumpliendo con los requisitos para acceder al beneficio de la jubilación patronal debido a que la única condición *±a* decir del accionante- es que a la vigencia de la actual Constitución, tenía más de trece años de servicio en el sector público.

Finalmente, afirma que el tribunal de alzada interpretó erróneamente el inciso final de la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Servicio Público así como el Decreto Ejecutivo 225 en su disposición 1.1.1.5 y no aplicó el artículo 216 del Código del Trabajo, lo que conllevó a que se declare sin lugar la demanda cuando se debía aplicar el principio *pro operario* en caso de duda.

5.2.- Problema jurídico a resolver: En la sentencia impugnada, ¿se configuró la errónea interpretación del inciso final de la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Servicio Público así como el Decreto Ejecutivo 225 en su numeral 1.1.1.5, al no ordenar el pago de la jubilación patronal a favor del accionante a pesar de cumplir con más de 13 años de servicios bajo el Código del Trabajo en el sector público, lo que conllevó a la falta de aplicación del artículo 216 del Código del Trabajo, relativo a la jubilación patronal?

5.3.- Consideraciones sobre el caso cinco del artículo 268 del COGEP.- El recurso de casación por el caso cinco procede: *“Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”*; esto es que este caso está reservado a los errores de juzgamiento conocidos como *“in iudicando”*, cuando se acusa a la sentencia de violación directa de la norma sustantiva o de precedentes jurisprudenciales obligatorios, en donde los reproches probatorios son inadmisibles, pues ocurre cuando no se han subsumido adecuadamente los hechos fácticos probados, admitidos, dentro de la hipótesis normativa pertinente, porque se ha aplicado una norma jurídica improcedente, porque no se ha aplicado

la que corresponde, o porque aplicando la adecuada se ha interpretado de manera errada al momento de emitir el fallo.

5.4.- Examen del cargo:

- a) Para iniciar con el análisis, es importante remitirse a la parte pertinente de la sentencia impugnada, en la que se lee: *"(1/4) El actor en su demanda y en la fundamentación del recurso de apelación invoca su derecho a la jubilación patronal en el DECRETO EJECUTIVO No 225 de 18 enero de 2010. Para su análisis me permito transcribir textualmente : Â1.1.5.- Las personas que en función de la clasificación de servidor y obrero que realice el Ministerio de Relaciones Laborales, con sujeción a este decreto, pasen de ser considerados bajo el régimen del Código del Trabajo a ser servidores bajo el amparo de la LOSCCA y/o las leyes que regulan la Administración Pública, mantendrán los derechos que hubieren adquirido en la contratación colectiva en lo referente a remuneraciones, retiro y jubilación patronal, esta última siempre que hubieren laborado al menos 13 años en la misma institución, los mismos que se contabilizarán para efectos de ésta.Â Al respecto, este Decreto fue dictado el 18 de enero de 2010, y publicado el 4 de febrero del 2010, es decir cuando el actor ya era Funcionario Público (1999-2018). En otras palabras, para el 3 de noviembre de 1999, el Decreto Ejecutivo No. 225 (en el que establece que se debe demostrar haber laborado 13 años), no estaba vigente. Cuando el Decreto se refiere además a una clasificación por parte del Ministerio de Relaciones Laborales, debe entenderse que se trata de un procedimiento administrativo realizado a partir de la fecha en que estuvo vigente el decreto, lo que no ocurre en la presente causa. Con relación a lo anterior, se debe tomar en cuenta además que la disposición constante en este Decreto también se encuentra elevado a rango legal conforme el inciso final de la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Servicio Público en los siguientes términos: ÂLos servidores públicos que, por mandato de lo dispuesto en la Constitución de la República, pasen de estar sujetos al Código del Trabajo a esta Ley, se les reconocerá la jubilación patronal a que tienen derecho conforme establece el régimen patronal privado si, a la vigencia de la actual Constitución,*

tenían más de trece años de servicios en el sector público¼Â El Tribunal considera que a la vigencia de la actual constitución, es decir en el año 2008 cuando se dicta la misma, el actor no estaba sujeto al Código del Trabajo, pues ya era un servidor público de carrera por lo que no se podría invocar un derecho pretendiendo una aplicación retroactiva hasta el 3 de noviembre del año 1999 (fecha en la que pasó de ser trabajador a servidor público), pues en esa época no existía dicha norma como tampoco el decreto ejecutivo en que funda su reclamo, por lo tanto el Decreto Ejecutivo vigente no es aplicable para el caso en estudio.

En síntesis, el demandante no probó los presupuestos necesarios para la pensión jubilar patronal solicitada, pues no acreditó ni una ni otra de las densidades exigidas en el Decreto Ejecutivo 225 de fecha 4 de febrero del 2010, y la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Servicio Público. El artículo 165 del COGEP, dice les corresponde a las partes probar el supuesto fáctico de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, donde el fin último no es otro que el operador judicial se forme un convencimiento sobre los hechos, por lo que la responsabilidad de aportar la evidencia, con observancia del principio de la eventualidad, recae en la parte interesada en obtener una decisión favorable a su interés litigioso.

Por lo tanto, no puede ordenarse al GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO DEL MUNICIPIO DE PAUTE, como lo hizo el juzgador de primera instancia, el reconocimiento de una pensión de jubilación patronal de un servidor público que fue vinculado con anterioridad al Decreto Ejecutivo No 225, de fecha 4 de febrero del 2010, conforme al análisis que venimos sentando en líneas precedentes.º.

- b) Recuérdese que la parte casacionista ha fundamentado su recurso extraordinario de casación en el caso cinco del artículo 268 del COGEP, el que proscribe cuestionar los hechos determinados por el tribunal de instancia, y derivados de su facultad exclusiva para valorar la prueba, pues de haber considerado el accionante aspectos sobre la

valoración de la prueba tales alegaciones debieron fundamentarse bajo el caso cuatro de la norma en referencia.

- c) Ahora bien, la acusación del accionante gira en torno a la negativa del tribunal de alzada de aceptar su pretensión de que se reconozca a su favor el pago de la jubilación patronal al amparo del artículo 216 del Código del Trabajo con base en el Decreto Ejecutivo No. 225 en su numeral 1.1.1.5. y demás rubros constantes en el libelo inicial.
- d) En este sentido, como hechos incontrovertidos en este nivel, tenemos que: Antonio Mesías Álvarez Calle prestó sus servicios para el Gobierno Autónomo Descentralizado del Municipio de Paute, en las siguientes fechas y calidades: i) desde el 1 de marzo de 1984 hasta el 31 de diciembre de 1985, en calidad de servidor público -1 año 10 meses-; ii) desde el 1 de enero de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1999 como trabajador -14 años-; iii) desde el 1 de enero de 2000 hasta el 5 de febrero de 2018, como servidor público, sujeto en un inicio a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa por efecto de la Resolución No. 1814-DGT emitida por la Directora General del Trabajo y luego bajo la regulación de la Ley Orgánica de Servicio Público, fecha última en la que se acogió a los beneficios de jubilación del IESS.

Además, los jueces de alzada determinaron: *“III) La Acción de Personal de fecha 10 de julio de 2009, en el que el Consejo Cantonal, resuelve, aprobar la nueva tabla elaborada por la SENRES para la aplicación en los Gobiernos Seccionales según la resolución 000085. Por lo que se procede a ubicar en el Grupo Ocasional Servidor Público de Apoyo 4, Grado No 6, Remuneraciones Mensuales Unificadas de \$. 667,00, al hoy actor Antonio Mesías Álvarez Calle, con cargo a la partida presupuestaria No 330.51.01.05, desempeñando el cargo de Inspector de Agua Potable. IV) Acción de Personal de fecha 7 de enero de 2010, resuelve, designar al señor Álvarez Calle Antonio Mesías en el*

puesto de Inspector de Agua Potable y Alcantarillado, así: Situación actual, puesto Inspector de Agua Potable, Grupo ocupa, Servidor Público de Apoyo 4 remuneración \$. 667,00 partida presupuestaria 330.71.01.05. Situación propuesta, puesto Inspector de Agua Potable, grupo ocupa, Servidor Público 1, remuneración \$. 741,00, partida presupuestaria 330.71.01.05. Con esta acción de personal se demuestra que en fecha 7 de enero de 2010, fue una reclasificación de puesto, es decir de servidor público de apoyo 4 a servidor público 1, con la misma partida presupuestaria°

- e) En esta línea de ideas, los jueces en la sentencia proferida, para resolver la pretensión del demandante sobre la jubilación patronal se remiten al Decreto Ejecutivo No. 225 en su numeral 1.1.1.5. -disposición en la que el actor funda su reclamación- estableciendo: *“(1/4) Al respecto, este Decreto fue dictado el 18 de enero de 2010, y publicado el 4 de febrero del 2010, es decir cuando el actor ya era Funcionario Público (1999-2018). En otras palabras, para el 3 de noviembre de 1999, el Decreto Ejecutivo No. 225 (en el que establece que se debe demostrar haber laborado 13 años), no estaba vigente. Cuando el Decreto se refiere además a una clasificación por parte del Ministerio de Relaciones Laborales, debe entenderse que se trata de un procedimiento administrativo realizado a partir de la fecha en que estuvo vigente el decreto, lo que no ocurre en la presente causa°*. También determinan que esta disposición ha sido elevada a rango constitucional conforme el inciso final de la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Servicio Público, respecto de la cual examina: *“(1/4) El Tribunal considera que a la vigencia de la actual Constitución, es decir en el año 2008 cuando se dicta la misma, el actor no estaba sujeto al Código del Trabajo, pues ya era un servidor público de carrera por lo que no se podría invocar un derecho pretendiendo una aplicación retroactiva hasta el 3 de noviembre del año 1999 (fecha en la que pasó de ser trabajador a servidor público), pues en esa época no existía dicha norma como tampoco el decreto ejecutivo en que funda su reclamo, por lo tanto el Decreto Ejecutivo vigente no es aplicable para el caso en estudio°*.

- f) Las normas cuya errónea interpretación se acusa son: El Decreto Ejecutivo N° 225 que reforma el Decreto Ejecutivo 1701, en su numeral 1.1.1.5. determina: *“Las personas que en función de la clasificación de servidor y obrero que realice el Ministerio de Relaciones Laborales, con sujeción a este decreto, pasen de ser considerados bajo el régimen del Código del Trabajo a ser servidores bajo el amparo de la LOSCCA y/o las leyes que regulan la Administración Pública, mantendrán los derechos que hubieren adquirido en la contratación colectiva en lo referente a remuneraciones, retiro y jubilación patronal, esta última siempre que hubieren laborado al menos 13 años en la misma institución, los mismos que se contabilizarán para efectos de ésta. Los derechos económicos que se mantendrán serán aquellos que no hayan sido eliminados o excluidos en virtud de este decreto ejecutivo, con los límites establecidos en los mandatos constituyentes. Para el caso de retiro para acogerse a la jubilación se aplicará un solo beneficio, o el establecido en el contrato colectivo o el que se pague en la institución pública, el que sea más favorable a la persona. Para el caso de personas que pasen de ser servidores a obreros, se considerará el tiempo laborado en la misma institución para efectos del cálculo de vacaciones, jubilación, retiro, indemnización por despido, fondo de reserva, liquidaciones, según establece el Código del Trabajo°; y, el inciso final de la Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público que establece: “Los servidores públicos que, por mandato de lo dispuesto en la Constitución de la República, pasen de estar sujetos al Código del Trabajo a esta ley, se les reconocerá la jubilación patronal a que tienen derecho conforme establece el régimen patronal privado si, a la vigencia de la actual Constitución, tenían más de trece años de servicios en el sector público.”*
- g) Se debe precisar que el Decreto Ejecutivo aludido de 04 de febrero de 2010 que reformó el Decreto Ejecutivo 1701 de 30 de abril de 2009, estableció los criterios en los que se sustentará la contratación colectiva de trabajo en todas las Instituciones del sector público; y entidades de derecho privado en las que bajo cualquier denominación, naturaleza, o estructura jurídica, el Estado o sus instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos

públicos, es decir, en el artículo 1, numeral 1.1.1.5. se establece que, en el caso de que una persona este sujeto al Código del Trabajo y que por efecto de la clasificación originada en el presente Decreto pase a ser servidor bajo el amparo de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa LOSCCA y/o las leyes que regulan la Administración Pública, aquellos mantendrán los derechos que hubieren adquirido en la contratación colectiva en lo referente a remuneraciones, retiro y jubilación patronal, siempre y cuando hubiesen laborado al menos 13 años, en la misma institución.

Entonces, se entiende que el inciso final de la Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público, condiciona el reconocimiento de la jubilación patronal a los trabajadores que hayan cumplido 13 años de servicio, siempre y cuando el cambio de régimen del Código de Trabajo a la Ley Orgánica de Servicio Público se hubiere configurado por mandato de la Constitución de la República de 2008.

- h) De lo dicho, se tiene como hechos indiscutidos en este nivel que la parte actora prestó sus servicios desde el 01 de marzo de 1984 hasta el 31 de diciembre de 1985 en calidad de servidor público de carrera, mientras que desde el 01 de enero de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1999 como obrero, siendo que a partir del 01 de enero de 2000 hasta el 05 de febrero de 2018, cambió su régimen del Código del Trabajo a inicialmente la LOSCA y luego la Ley Orgánica de Servicio Público; por lo que, desde 01 de enero de 2000 hasta el 05 de febrero de 2018, fecha última en la que se acogió a la jubilación del IESS, fue servidor público de carrera, sujeto a las leyes de la administración pública, conforme se dejó anotado *ut supra*.

Es decir, el cambio de régimen del actor fue efectuado por la entidad demandada en el año 2000, sin que esta circunstancia se haya derivado por mandato de la Constitución de la República de 2008 ni a causa de la aplicación del Decreto Ejecutivo No. 225 del año 2010 que reforma el Decreto Ejecutivo No. 1701 del año 2009. Esto pues, desde el año

2000 ~~es~~ decir mucho antes de la vigencia de tales normas- Antonio Mecías Álvarez Calle se desempeñó como Inspector de Agua Potable en calidad de servidor público de carrera, no siendo trabajador sujeto al Código del Trabajo.

Nótese que, la clasificación de obrero a servidor público operó con anterioridad a la vigencia de la Constitución y del Decreto Ejecutivo No. 225. Por lo que, el derecho a la jubilación patronal contemplado en los cuerpos normativos referidos no le es aplicable, ya que, es exclusivo de los trabajadores u obreros cuyo régimen se modificó a partir de tales disposiciones. Debiendo señalar que los servidores públicos cuyo estatus jurídico no se alteró, se encuentran regulados por la LOSEP, siendo la aplicable a su caso la jubilación que otorga el IESS, previo a cumplir con los requisitos necesarios para acceder a ella.

- i) En este contexto, se no se verifica la infracción aludida por la parte actora en cuanto, no se ha configurado la errónea interpretación del Decreto Ejecutivo No. 225, numeral 1.1.1.5. e inciso final de la Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público, y tampoco la falta de aplicación del artículo 216 del Código del Trabajo. Por lo que, es improcedente el cargo alegado al amparo del caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

SEXTO.- DECISIÓN:

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, no casa la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, el 08 de junio de 2021, las 15h02. **NOTIFÍQUESE.**

DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA

JUEZA NACIONAL (PONENTE)

DR. ALEJANDRO MAGNO ARTEAGA GARCIA

JUEZ NACIONAL

DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI

JUEZA NACIONAL



186540229-DFE

Juicio No. 09113-2022-00072

JUEZ PONENTE: DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI, JUEZA NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, martes 27 de septiembre del 2022, las 11h14.
VISTOS: En la acción de hábeas corpus propuesta por SANDRA MERCEDES MORÁN BURGOS, WILLIAMS ALBERTO LUCAS DELGADO, MOISÉS GERMÁN LOZANO BARRERA, WILSON PATRICIO VIVERO ÁLVAREZ en contra de la abogada GLENDA ORTEGA MARCIAL, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL MULTICOMPETENTE CON SEDE EN EL CANTÓN SAMBORONDÓN; corresponde conocer el recurso de apelación propuesto por los legitimados activos en contra de la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal de jueces de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 15 de agosto de 2022, las 10h57, que resolvió en su sentencia de mayoría:

^a [¼] Declarar sin lugar la acción de Habeas Corpus en los términos de este Fallo; **ii)** Ejecutoriada la presente sentencia, remítase una copia a la Corte Constitucional del Ecuador en cumplimiento del artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Se deja constancia que no se presentaron recursos en Audiencia contra la sentencia emitida [¼]°.

PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- De conformidad con los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 191.3 del Código Orgánico de la Función Judicial, 89 de la Constitución de la República, 169.1 y 44.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el presente recurso.

En virtud del sorteo de ley realizado le correspondió el conocimiento de esta acción constitucional de hábeas corpus, a este Tribunal de Apelación de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, integrado por: **doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional Ponente;** doctora Enma Tapia Rivera, Jueza Nacional; y, doctora Katherine Muñoz Subía, Jueza Nacional.

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
MARIA CONSUELO
HEREDIA YEROVI
C=EC
L=QUITO
CI
1705840385

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
KATERINE BETTY
MUÑOZ SUBIA
C=EC
L=QUITO
CI
1713023297

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por ENMA
TERESITA TAPIA
RIVERA
C=EC
L=QUITO
CI
0301052080

La suscrita Jueza Ponente, previo a resolver, mediante providencias de fecha 19 de septiembre de 2022, requirió a la Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente, con sede en el Cantón Samborondón, Provincia del Guayas, remita copias y grabaciones magnetofónicas de las diligencias celebradas en el proceso penal No. 09333-2022-00855; así también, solicitó a la secretaría de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, remita de forma inmediata el contenido íntegro de la grabación magnetofónica de la audiencia de hábeas corpus celebrada en primera instancia, en virtud de que la misma no correspondía a la acción constitucional de hábeas corpus signada con el N° 09113-2022-00072, requerimientos que se han dado cumplimiento con fecha 20 y 21 de septiembre del presente año, respectivamente.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- Revisado el trámite del presente recurso de apelación dentro de la acción constitucional de hábeas corpus, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad procesal, en consecuencia este Tribunal declara la validez de todo lo actuado.

TERCERO: FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL PROPUESTA.- Los legitimados activos en la demanda constitucional, manifiestan:

- Que, han sido víctimas de mala praxis judicial, pues del parte policial de detención se desprende que no cumple con lo establecido en el artículo 527 del Código Orgánico Integral Penal, respecto de la flagrancia.
- Señala que, los hechos suscitados configuran un posible cometimiento de delito de robo que tuvo lugar en el cantón Samborondón, no en el cantón de Guayaquil donde fueron aprendidos los ciudadanos Sandra Mercedes Morán Burgos, Williams Alberto Lucas Delgado, Moisés Germán Lozano Barrera, Wilson Patricio Vivero Álvarez, por lo que la persecución ininterrumpida y la aprehensión no encuadra en los artículos 398, 399, 402, 403 y 404 del Código Orgánico Integral Penal, que establecen ^a la Jurisdicción y Competencia de los operadores de justicia en el ámbito penal^o, siendo esto evidente la señora ABG. GLENDA ORTEGA MARCIAL, Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente, con sede en el Cantón Samborondón, Provincia del Guayas, no era competente para tramitar el acto de la audiencia de calificación de flagrancia en el juicio No. 09333-2022-00855.

- Aluden que la Jueza accionada ha vulnerado derechos constitucionales, pese a que la defensa de los accionantes pudo establecer que no existía ningún indicio probatorio que direcciona la legalidad de la aprehensión, basándose en el parte policial No. 2022071805485091609, el cual es meramente referencial, del mismo que no se desprende alguna participación de los ciudadanos en los hechos relatados en el instrumento, así como tampoco encontraron en la humanidad objeto alguno que, hasta la fecha de presentación de la demanda, las presuntas víctimas hayan reconocido y justificado su preexistencia con las facturas comerciales o títulos de propiedad.
- Acusa también, que el agente fiscal de turno abogado José Bravo Salazar, en la audiencia de formulación de cargos, llevó a error a la juzgadora, pues no relata de manera explícita y sucinta lo descrito en el parte de aprehensión, manifestando que los ciudadanos que se encontraban en el procedimiento flagrante vivían en el inmueble detallado por los gendarmes, siendo esto un indicio relevante para solicitar la formulación de cargos, lo que fue contradicho, pues la Sra. María Salusta del Rosario Viveros Álvarez, manifestó ser la propietaria del inmueble.
- Asimismo manifiesta, que se ha vulnerado el derecho al debido proceso establecido en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República del Ecuador, así como en el artículo 5 numeral 21 del Código Orgánico Integral Penal, pues con los indicios probatorios era inaudito formular cargos en contra de los ciudadanos, más bien debía solicitarse que se quede en fase de investigación previa por no contar hasta ese momento con elementos probatorios directos, pertinentes, útiles y conducentes para encuadrarse en lo establecido en el artículo 595 ibídem.
- Precisan, que la juzgadora acoge el pedido de Fiscalía de formulación de cargos por el delito tipificado en el artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal, asociación ilícita, y se dicte prisión preventiva, sin considerar los documentos que se presentaron para solicitar una medida cautelar menos lesiva.
- Peticionada que como medida cautelar, se ordene la inmediata revocatoria de la privación de la libertad, hasta que se resuelva el fondo.

CUARTO.- RECURSO DE APELACIÓN PROPUESTO.- Los legitimados activos a través de su

defensa técnica, inconformes con la sentencia emitida en primera instancia, que negó la acción constitucional de hábeas corpus a fs. 30, formulan recurso de apelación.

QUINTO: CONSIDERACIONES JURÍDICAS DE LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS.

- 5.1.** El artículo 86 de la Constitución de la República, regula las garantías jurisdiccionales, establece, que cualquier persona, grupo de personas, comunidades, pueblo o nacionalidades, podrán proponer las acciones previstas en la Constitución; señalando que serán competentes la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión, o donde se producen sus efectos; debiendo aplicarse normas de procedimientos sencillos, rápidos y eficaces, cuya sustanciación será oral en todas sus fases e instancias y hábiles todos los días y horas; pudiendo ser propuesto oralmente o por escrito, sin formalidades y sin necesidad de citar la norma infringida y no será indispensable el patrocinio de un abogado para proponerla; las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión; no serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho, entre otras.
- 5.2.** Entre las garantías jurisdiccionales, se encuentra la acción constitucional de hábeas corpus la que tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentra privado de ella, de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona así como proteger la vida y la integridad física de la persona privada de libertad, como lo dispone la norma constitucional en el artículo 89, cuyo último inciso señala, que cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia.
- 5.3.** La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 43, refiere que el objeto de la acción constitucional de hábeas corpus es: ^a [¼] proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona [¼], 4. A no ser torturada, tratada en forma cruel, inhumana o degradante^o; así, también en el artículo 44 ibídem, indica el procedimiento a seguirse, para la tramitación de la acción de hábeas corpus, el mismo que se ha dado cumplimiento, con estricto apego a dicha normativa [¼]^o.
- 5.4.** La acción de hábeas corpus prevista en la Constitución es una de las garantías jurisdiccionales que tienen todas las personas en la comprensión de que la libertad, constituye uno de los bienes jurídicos de supremo valor, indispensable para la existencia misma de la sociedad, que cobra mayor significación al momento en que el artículo 1 de la Constitución de la República

del Ecuador lo caracteriza como un Estado Constitucional de derechos y justicia; y que, al tenor de lo contemplado en el artículo 89 de la Carta Fundamental en referencia: ^a[¼] La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad [¼]°. Por tanto, son presupuestos fundamentales para la procedencia de dicha acción que la privación de la libertad se haya producido de forma ilegal, esto es, contraria a ley; arbitraria, o sea, sin ley, sin norma jurídica; e, ilegítima, de tal modo que exista falta de racionalidad jurídica o que esté en riesgo la vida o integridad del accionante.

5.5. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 8 preceptúa: ^a[¼] Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley [¼]°; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 2.3.a) se instituye que: ^a[¼] Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales [¼]°.

5.6. El artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone:

^a[¼] Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En todos los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido, ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona [¼]°.

La Corte Interamericana, ha dicho también sobre los objetivos del hábeas corpus al resolver el caso Castillo Páez Vs. Perú: ^a[¼] el hábeas corpus tiene como finalidad, no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia asegurar el derecho a la vida. [¼]°¹.

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Sentencia de 30 de enero de 1996 (Excepciones Preliminares)", Caso Castillo Páez Vs. Perú", 30 de enero de 1996 https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=310.

5.7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, señaló, que la acción de hábeas corpus: "[1/4] tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad [1/4]°

Lo indicado *ut supra*, da cuenta, que la acción de hábeas corpus es una garantía de las personas que se encuentran privadas de libertad, para que, a través de esta acción, los jueces competentes se pronuncien sobre la situación jurídica en que se hallan dichas personas, para cuyo efecto deberán analizar, si la medida de privación de libertad, fue dictada conforme al ordenamiento jurídico vigente; o, si obedece a una medida arbitraria o ilegal; o, que en dicha privación de libertad haya sido objeto de tortura, trato cruel, inhumano o degradante, en cuyo caso, habrá lugar a la acción constitucional planteada.

SEXTO: ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

6.1. Reparos Previos.

Conforme con la disposición del artículo 24, párrafo segundo, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para el caso de la segunda instancia, es decir, al tratarse de la apelación de la acción constitucional de hábeas corpus, solo de considerarlo necesario, podrá: ^a [1/4] la jueza o juez ordenar la práctica de elementos probatorios y convocar a audiencia [.]; caso contrario, avocará conocimiento y resolverá en mérito del expediente, razón por la que no se convoca a audiencia.

6.2. En el caso *in examine*, este Tribunal deberá pronunciarse respecto a lo que fue materia de la acción constitucional de hábeas corpus.

6.3. La sentencia de mayoría que es objeto de análisis, por parte de este Tribunal de Apelación, es la emitida por el Tribunal de Jueces de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 15 de agosto de 2022, las 10h57, que resolvió en la parte medular:

^a [1/4] La situación descrita y verificada en Audiencia, permite concluir a los jueces que si

bien no existió el cometimiento de un delito en presencia de una o más personas, quedaron registradas la identificación vehicular inmediatamente después de la comisión del hecho reportado, existiendo una persecución ininterrumpida de manera vehicular, así como por la participación de un dispositivo electrónico con GPS hasta al aprehensión de los sospechosos.

9.2) En el lugar de la detención al que se llegar por el dispositivo GPS se encontró productos del ilícito y otros elementos relativos a la infracción cometida. **9.3)** La alegación que nadie ha reconocido como partícipes a los detenidos, se ve superado por el hecho de encontrar objetos relativos a la infracción tanto en el vehículo abandonado, así como en el lugar de la detención. **9.4)** la persecución y aprehensión se ha cumplido dentro de las 24 horas siguientes a la comisión de la infracción. **9.5)** El señalamiento o determinación del delito por el cual se va a investigar a los detenidos no es atribución del Juez que califica la flagrancia, por lo que reuniéndose los requisitos de la flagrancia, expuestos por la Fiscalía, ésta fue calificada en Audiencia oral, teniendo el Acta de Audiencia sólo un resumen de lo ocurrido. No obstante se ha expuesto en audiencia pública lo valorado por la Jueza demandada y que ha resumido en lo expuesto en Audiencia Pública: ^a (¼) iii) *Que adicionalmente le tocó valorar la Flagrancia y para ello pudo ciudadela Bellavista, b) Que en la persecución se valoró la existencia de un dispositivo electrónico con GPS que permitía seguir la persecución, c) Que dicho dispositivo electrónico permitió la ubicación de los actualmente detenidos en una vivienda con garaje en la ciudadela Bellavista, d) Que en el vehículo abandonado por los partícipes y encontrado por la Policía se encontraron pertenencias que fueron identificadas por los perjudicados. Así mismo se encontró en el lugar de la detención una maleta con objetos (entre ellos el que contenía el dispositivo GPS) que fueron identificados como pertenecientes a los perjudicados, por lo que calificada la flagrancia, emitió prisión preventiva; iv) Que con relación al procedimiento se atendió la norma constitucional que ordena los detenidos sean puestos ante Juez competente para resolver respecto de su detención, así como con relación a la flagrancia los detenidos fueron capturados dentro de las 24 horas que señala la Ley.- (¼).* **9.6)** Para este Tribunal se cumplen los requisitos del artículo 527 del COIP. **10)** El Tribunal con relación a haberse dictado Prisión Preventiva contra los actuales accionantes el Tribunal concluye: **10.1)** La jueza demandada ha expuesto que la Fiscalía en Audiencia solicitó dictar la prisión preventiva y para ello argumentó lo señalado ^a (¼)) *Que existían del expediente elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito, b) Que existió de autos elementos claros y justificados que debía investigarse en la etapa de instrucción fiscal el grado de participación, c) Que encontró de las evidencias tanto en el vehículo abandonado como en el lugar en el que se detuvo a las personas de participación en el hecho delictivo, por lo que cabe investigar la de*

responsabilidad de los detenidos que deberán verificarse en la etapa de instrucción fiscal,

d) *Que se acompañó elementos que no eran suficientes para valorar que las medidas cautelares no privativas de libertad eran suficientes para asegurar la comparecencia de la personas investigadas al proceso, (1/4)***10.2)** El Tribunal concluye que en audiencia hubo la fundamentación de la Fiscalía para solicitar la prisión preventiva y que la jueza valoró lo expuesto y se ha remitido a dichos elementos para expedir la prisión preventiva contra los actuales accionantes. **10.3)** Que con relación a la competencia de la Jueza, su competencia no se ve afectado por lo ordenado en el artículo 571 COIP: *^aArtículo 571.- Impugnación de competencia.- Las partes en cualquier momento procesal podrán impugnar la competencia. En caso de incompetencia en razón del fuero personal, territorio o los grados, la o el juzgador remitirá el expediente inmediatamente al organismo judicial correspondiente para sustanciar el proceso.º*. Esto es aún impugnada la competencia lo actuado no se invalida, sino que se remite al que fuere competente. **10.3)** Este Tribunal confirma que la jueza cumplió con la valoración de los elementos previstos en el artículo 534 COIP, así como valoró también la petición de medidas alternativas con relación a los documentos con los que pretendieron obtenerlas y por ello expresamente expone que no eran suficientes. **10.4)** De lo expuesto, se reunieron los requisitos del artículo 534 COIP, siendo ordenada por autoridad competente, dentro del conocimiento del expediente y dentro de las 24 horas que ordena la norma constitucional. **11)** Con relación a la existencia de supuestos vicios de procedimiento, este Tribunal no encuentra fundamentos para su alegación toda vez que para la valoración de la flagrancia como de la prisión preventiva, se han analizados los diversos momentos ocurridos desde la aprehensión hasta la emisión de la prisión preventiva. **12)** Corresponderá a la Fiscalía la especificación del delito, así como en el proceso, en la etapa de instrucción fiscal establecer lo que corresponda de la investigación de las personas aprehendidas, así como su grado de participación. **12)** De todo lo expuesto, no se observa que la detención sea ilegal, arbitraria o ilegítima en los aspectos que se ha solicitado analizar, y por ello la detención es válida, dejando expresa constancia que no se encuentran vicios en el proceso ni fundamento en lo alegado por la parte accionante [1/4]º.

6.4. PROBLEMAS JURÍDICOS.- En el presente caso, los problemas jurídicos a dilucidar consiste en:

- Verificar si era procedente que la Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el Cantón Samborondón conozca la presunta infracción penal, cuando la aprehensión fue en el sector de Bellavista de la ciudad de Guayaquil.
- Dilucidar si la privación de libertad de los accionados fue ilegal, arbitraria e ilegítima, por no haberse reunido los requisitos de rigor para una aprehensión en situación de flagrancia.

6.5. Resolución motivada.

El artículo 45 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina las reglas que deberán observarse en la acción constitucional de hábeas corpus:

^a[1/4] Reglas de aplicación. - Las juezas y jueces observarán las siguientes reglas: 1. En caso de verificarse cualquier forma de tortura se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad. 2. En caso de privación ilegítima o arbitraria, la jueza o juez declarará la violación del derecho, dispondrá la inmediata libertad y la reparación integral. La privación arbitraria o ilegítima se presumirá en los siguientes casos: a) Cuando la persona no fuere presentada a la audiencia. b) Cuando no se exhiba la orden de privación de libertad. c) Cuando la orden de privación de libertad no cumpla los requisitos legales o constitucionales. d) Cuando se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la privación de libertad. e) En los casos en que la privación de la libertad es llevada a cabo por particulares, cuando no se justifique la privación de libertad. 3. La orden judicial que dispone la libertad será obedecida inmediatamente por los encargados del lugar de la privación de libertad, sin que sea admisible ningún tipo de observación o excusa. 4. En cualquier parte del proceso, la jueza o juez puede adoptar todas las medidas que considere necesarias para garantizar la libertad y la integridad de la persona privada de libertad, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional [1/4]°.

6.6. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO.- Para resolver este problema jurídico, que se contrae a la verificación de si era procedente que la Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el Cantón Samborondón conozca la presunta infracción penal, cuando la aprehensión fue en el sector Bellavista de la ciudad de Guayaquil, se observa lo siguiente:

6.6.1.- En el Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano, toda autoridad, judicial o administrativa, tiene como obligación primigenia de garantizar el ejercicio pleno de los derechos, puesto que nuestra Constitución de la República, ^a [¼] sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas. En este sentido y a criterio de la Corte, todas las autoridades administrativas, y en el caso sub judice las autoridades judiciales, de conformidad con lo establecido en la Constitución, deben ser garantes y operadores del cumplimiento de las normas y los derechos de las partes para la conformación de un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia, en el que se respeten los derechos [...]° ²

Por lo expuesto, este Tribunal a afecto de cumplir con su rol de garante de los derechos, analiza si se cumplieron con los mandatos constitucionales y legales en torno al juez competente, para aquello, es necesario dejar anotado que contempla el principio de legalidad recogido en el artículo 76.3³ de la Constitución de la República del Ecuador, entendiéndose por tal el deber de los jueces de ejercer jurisdicción en el respectivo territorio, en la materia que conocen y sobre las personas que determina la ley; y por otro lado, el derecho de las personas a recibir justicia administrada por jueces legalmente adecuados; en consecuencia el juzgamiento a una persona debe realizarse con observancia del procedimiento establecido en la ley, y por una jueza o un juez competente, imparcial e independiente.

El juez competente es aquel que actúa conforme a las reglas jurídicas establecidas para el desempeño de su rol. El Código Orgánico de la Función Judicial establece que la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y de la ley (art. 7)⁴.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 10, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14.1, la Declaración Americana de Derechos Humanos en su artículo XXVI, la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 8.1, reconocen el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, en igual sentido la Constitución de la República,

² Sentencia No. 035-12-SEP-CC del caso No. 0338-10-EP).

³ 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4 Art. 7.- PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, JURISDICCION Y COMPETENCIA.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

recoge como garantía del debido proceso en el artículo 76 numeral 7, letra k) ^a [1/4] *Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto* [1/4]°.

En el presente caso, según consta del parte policial. No. 2022071805485091609, presentado en el proceso penal No. 09333-2022-00855, se encuentra que el cometimiento de la infracción se suscitó en ^aGuayas-Samborondón± Intersección: Urbanización la puntilla satelital°; y, la aprehensión de los ciudadanos Sandra Mercedes Morán Burgos, Williams Alberto Lucas Delgado, Moisés Germán Lozano Barrera, Wilson Patricio Vivero Álvarez fue en el sector Bellavista de la ciudad de Guayaquil.

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 404, señala:

^a [1/4] **Reglas de la competencia.**- Para determinar la competencia de la o el juzgador, se observarán las siguientes reglas:

1. **Hay competencia de la o el juzgador cuando se ha cometido la infracción en la circunscripción territorial en la que este ejerce sus funciones.** Si hay varios juzgadores, la competencia se asignará de conformidad con el procedimiento establecido por la ley.
2. Cuando la infracción se ha preparado e iniciado en un lugar y consumado en otro, el conocimiento de la causa corresponde a la o al juzgador de este último.
3. Cuando no es posible determinar el lugar de la comisión de la infracción o esta se ha cometido en circunscripciones territoriales distintas o inciertas, será competente la o el juzgador:
 - a) Del lugar en que la persona es aprehendida o detenida.
 - b) Del lugar del domicilio de la persona procesada, aunque se encuentre prófuga.
 - c) De la capital de la República, si no es posible determinar domicilio.
4. Si posteriormente, se descubre el lugar de la infracción, todo lo actuado será remitido a la o al juzgador de este último sitio para que continúe el procedimiento o juzgamiento, sin declarar nulo el proceso ni anular lo actuado. Si el proceso se inicia en una circunscripción territorial y la persona procesada ha sido aprehendida o detenida en otra circunscripción, la competencia se radicará a favor de la o el juzgador que inicie el proceso.
5. Cuando la infracción, se comete en el límite de dos circunscripciones territoriales será competente la o el juzgador que previene en el conocimiento del proceso, de acuerdo con la

- ley. 6. Cuando la infracción se comete en territorio extranjero, la persona procesada será juzgada por la o el juzgador de la circunscripción territorial en la que es aprehendida o detenida o por la o el juzgador de la capital de la República del Ecuador.
7. Cuando entre varias personas procesadas de una infracción hay alguna o algunas que gozan de fuero de Corte Provincial de Justicia, esta juzgará a todas las personas procesadas.
8. Cuando entre varias personas procesadas de una infracción hay alguna o algunas que gozan de fuero de Corte Nacional de Justicia, esta juzgará a todas las personas procesadas.
9. Si entre varias personas procesadas por una misma infracción hay alguna o algunas que gozan de fuero de Corte Nacional y otras de Corte Provincial de Justicia, será competente la Corte Nacional de Justicia.
10. Si las personas procesadas están sometidas a distintas cortes provinciales, será competente la que previno en el conocimiento del proceso.
11. En los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar no se reconocerá fuero [¼]º (el resaltado pertenece a este Tribunal de Casación).

Es decir, en el primer presupuesto del artículo 404 del COIP, respecto de las reglas de competencia se establece que hay competencia de él o la jueza cuando se ha cometido la infracción en la circunscripción territorial en la que ejerce sus funciones, en consecuencia de la norma citada claramente se puede observar, que en atención a las circunstancias antes descritas, en el presente caso, no existe incompetencia alguna, toda vez que, los ciudadanos aprehendidos cometieron la infracción en el cantón Samborondón, y por tal situación su accionar fue puesto a conocimiento de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el Cantón Samborondón, en la que la actual legitimada pasiva, es jueza de dicha sede jurisdiccional.

Visto lo anterior, la Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el Cantón Samborondón, era competente para conocer sobre el hecho puesto a su conocimiento conforme mandato del artículo 404 numeral 1 del COIP, en estos términos resulta improcedente su alegación, pues se ha garantizado el debido proceso previsto en el artículo 76 numeral 7, letra k) de la Constitución de la República del Ecuador, así como las reglas procesales previstas en el COIP, para efecto de la competencia, de modo que, se ha respetado el derecho a la seguridad jurídica, contemplado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

6.7. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: Dilucidar si la privación de libertad de los accionados

fue ilegal, arbitraria e ilegítima, por no haberse reunido los requisitos de rigor para una aprehensión en situación de flagrancia.

Para responder las alegaciones del segundo problema jurídico de la acción de hábeas corpus, el suscrito tribunal considera adecuado analizar, las circunstancias de la privación de libertad de las partes recurrentes, las actuaciones jurisdiccionales de la Jueza que conoció el caso penal que guarda relación con la presente acción constitucional, y la legalidad de la medida cautelar de prisión preventiva emitida en contra de los ciudadanos Sandra Mercedes Morán Burgos, Williams Alberto Lucas Delgado, Moisés Germán Lozano Barrera, Wilson Patricio Vivero Álvarez, encontrando lo siguiente:

6.7.1.- En el caso *in examine*, los procesados fueron aprehendidos por agentes de la policía judicial, facultados para el efecto, según lo establecido en las garantías normativas determinadas en los artículos 526 y 528 del Código Orgánico Integral Penal⁵, en razón de que se emprendió una pesquisa policial, por un presunto delito de robo, hecho fáctico suscitado el 17 de julio de 2022, a las 20h30, según consta del parte policial No. 2022071805485091609, siendo que fueron descubiertos inmediatamente después de la comisión de la infracción, por la localización de un dispositivo electrónico GPS (IPAD 7 producto del ilícito), además, luego de una persecución ininterrumpida, fueron aprehendidos el 18 de julio de 2022, a las 04h00 am (por encontrarse elementos relativos a la infracción cometida); es decir, dentro de las veinticuatro horas conforme lo determina el artículo 527 del Código Orgánico Integral Penal⁶.

Este tribunal deja anotado, que el artículo 527 *ibídem*, delimita 3 supuestos para que la comisión de un delito sea considerado flagrante, siendo estos:

5 Art. 526.- Aprehensión.- Cualquier persona podrá aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante de ejercicio público y entregarlo de inmediato a la Policía Nacional. Las y los servidores de la Policía Nacional, del organismo competente en materia de tránsito o miembros de las Fuerzas Armadas, deberán aprehender a quienes sorprendan en delito flagrante e informarles los motivos de su aprehensión. En este último caso deberán entregarlos de inmediato a la Policía Nacional. Las o los servidoras de la Policía Nacional o de la autoridad competente en materia de tránsito, podrán ingresar a un lugar cuando se encuentren en persecución ininterrumpida, para el solo efecto de practicar la respectiva aprehensión de la persona, los bienes u objetos materia del delito flagrante.

Art. 528.- Agentes de aprehensión.- Nadie podrá ser aprehendido sino por los agentes a quienes la ley impone el deber de hacerlo, salvo el caso de flagrancia, de conformidad con las disposiciones de este Código. Sin embargo y además del caso de delito flagrante, cualquier persona podrá aprehender: 1. Al que fugue del establecimiento de rehabilitación social en el que se halle cumpliendo su condena, detenido o con prisión preventiva. 2. A la persona procesada o acusada, en contra de quien se ha dictado orden de prisión preventiva o al condenado que está prófugo. Si el aprehensor es una persona particular, deberá poner inmediatamente al aprehendido a órdenes de un agente policial.

6 Art. 527.- Flagrancia.- Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión.

1. Cuando se comete un delito en presencia de una o más personas.
2. Cuando se descubre inmediatamente después de la supuesta comisión del delito; y,
3. Cuando se encuentra al presunto infractor con armas, instrumentos, el **producto del ilícito**, huellas o documentos relativos a la infracción.

En los supuestos descritos en el numeral 2 y 3, adicionalmente, debe existir una persecución ininterrumpida.

De lo antes señalado, la doctrina jurídica penal describe 3 tipos de flagrancia, esto es, flagrancia propiamente dicha, cuasi flagrancia; y, flagrancia ficta o presunta flagrancia; sobre el alcance de estos supuestos, el tratadista Jorge Clariá Olmedo enseña lo siguiente: ^a [¼] 1) La flagrancia propiamente dicha o en sentido estricto, que no va más allá de la sorpresa en el acto mismo de cometerse el delito o de tentarlo, y lo inmediatamente posterior ligado en forma directa a su ejecución mientras los autores no se hayan apartado del lugar; de aquí que pueda estar captado el arresto policial colectivo; 2) la llamada cuasi flagrancia, o sea cuando los partícipes son sorprendidos enseguida de producirse el hecho mientras aún son perseguidos por la fuerza pública, por el perjudicado o por el clamor público; **3) la llamada ficta o presunta flagrancia, cuando la persona tenga objetos o exhiba rastros capaces de hacer presumir vehementemente que acaba de cometer un delito**; al igual que en el anterior caso, se trata de un lógico ensanche del concepto, limitado por la idea de inmediatividad y por el elemento objetivo que vincula al afectado con el hecho de manera que permita considerarlo como partícipe de éste [¼]^{o 7} (el resaltado nos pertenece).

Efectuada esta precisión, se determina que la legalidad de la detención de los legitimados activos se adecuó a uno de los supuestos descritos en el artículo 527 del Código Orgánico Integral Penal (flagrancia ficta o presunta flagrancia).

6.7.2 De las constancias procesales se determina, que una vez aprehendidos los ciudadanos Sandra Mercedes Morán Burgos, Williams Alberto Lucas Delgado, Moisés Germán Lozano Barrera y Wilson Patricio Vivero Álvarez, se cumplieron los principios constitucionales, las normas que integran el bloque de constitucionalidad y las garantías normativas señaladas *ut supra*, atinentes al derecho que les asistía a ser puestos a órdenes de la autoridad competente (Jueza de la Unidad Judicial

7 Derecho Procesal Penal, Tomo II, Buenos Aires-Argentina, Rubinzal Culzoni, 1998.

Multicompetente con sede en el Cantón Samborombón) de forma inmediata para determinar la legalidad o ilegalidad de la aprehensión, esto es, dentro de las veinticuatro horas; tanto es así, que, la audiencia de calificación de flagrancia de dichos ciudadanos, se instaló el 18 de julio de 2022, a las 23h15, es decir dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión conforme los principios de la Constitución de la República (artículo 77 numeral 1⁸) y las garantías normativas determinadas en el Código Orgánico Integral Penal (artículos 6 y 529); ergo, no hay vicios de ilegalidad, arbitrariedad o ilegitimidad en la privación de libertad de los procesados actuales legitimados activos.

Procesalmente consta que los accionantes de la presente garantía jurisdiccional, en base a los indicios y elementos de convicción, fueron sometidos al poder punitivo del Estado, por una presunta infracción de ejercicio público de la acción, en la que se han asegurado las garantías del debido proceso, siendo sometidos a un procedimiento reglado por el Código Orgánico Integral Penal, en el cual, el fiscal formuló cargos por el supuesto delito tipificado en el artículo 289 inciso 2,⁹ en concordancia con el artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal - ^a asociación ilícita^{10o}; y, por el cual solicitó como medida para asegurar la presencia de las personas procesadas, la establecida en el artículo 522 numeral 6 ibídem, ^a prisión preventiva^o, por cumplir los requisitos del artículo 534¹¹ ibídem; en virtud de lo cual, se dictó prisión preventiva en contra de Sandra Mercedes Morán Burgos, Williams Alberto Lucas Delgado, Moisés Germán Lozano Barrera, Wilson Patricio Vivero Álvarez.

Por lo que, la privación de la libertad, dispuesta por la Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente

8 Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

9 Cuando los bienes, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores o efectos que lo representen provengan de la producción, oferta, tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, trata de personas, diversas formas de explotación, delincuencia organizada, estafa o que atenten contra los derechos humanos, será sancionada con la misma pena del delito que se encubre.

10 Artículo 370.- Asociación Ilícita.- Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

11 Artículo 534.- Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. 2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena. 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad.

con sede en el Cantón Samborondón, se halla fundada en el procedimiento realizado dentro del expediente N°. 09333-2022-00855; ergo, la privación nació de un órgano jurisdiccional con competencia para el efecto, en función de los principios de independencia e imparcialidad, no solo en base a los indicios y elementos de convicción que le fueron presentados al momento de conocer el caso, sino de la verificación que efectuaron en dicha audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos en cuanto a los requisitos determinados en el artículo 534 del COIP, por lo que, no se verifica ilegalidad, arbitrariedad o ilegitimidad en la privación de libertad, que se les ha impuesto a los procesados.

Aunado al hecho, de que durante la sustanciación de la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, en la que el fiscal de la causa formuló cargos en contra de los accionados, por el delito de asociación ilícita y en la que solicitó se le imponga la medida cautelar personal de prisión preventiva, la defensa técnica de los procesados no especificaron qué requisito o elemento del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal no se cumplió, por lo que su alegación no se encuentra lo suficientemente justificada para que el presente Tribunal de Apelación, considere por medio de esta garantía jurisdiccional, que la decisión emitida dentro de la causa penal respecto a la medida cautelar de prisión preventiva dictada en contra de los actuales legitimados activos no fue lo suficientemente motivada.

Con el análisis efectuado, al no encontrarse los legitimados activos en ninguno de los supuestos normativos que viabilice la acción de hábeas corpus ^a[1/4] *si la medida de privación de libertad, no fue dictada conforme al ordenamiento jurídico vigente; o, si obedece a una medida arbitraria o ilegal; o, que en dicha privación de libertad haya sido objeto de tortura, trato cruel, inhumano o degradante [1/4]*^o, pues sus argumentos motivo de la apelación se centran en asuntos de mera legalidad atinentes al proceso penal; alegaciones que se encuentran fuera de la esfera de la potestad del tribunal constitucional de apelación, en tanto su conocimiento es exclusivo de la jurisdicción ordinaria penal, atender dichas acusaciones implicaría una afectación al principio de independencia judicial, más aun que la misma norma procesal penal prevé los mecanismos para recurrir respectos de los asuntos con los cuales se encuentren inconformes.

De lo indicado *ut supra*, se concluye que en la actuación jurisdiccional de la jueza que conoció en flagrancia el caso, no se avizora vicios de ilegalidad, arbitrariedad o ilegitimidad en la privación de libertad.

En virtud de todo lo expuesto, el recurso de apelación deviene en improcedente.

En mérito de los considerandos formulados y en aplicación a las disposiciones constitucionales y legales citadas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, con decisión unánime, **RESUELVE:**

- 1) Desechar el recurso de apelación propuesto por los legitimados activos **SANDRA MERCEDES MORAN BURGOS, WILLIAMS ALBERTO LUCAS DELGADO, MOISÉS GERMAN LOZANO BARRERA, WILSON PATRICIO VIVERO ÁLVAREZ**, por las razones que se dejan expuestas en la parte motiva del fallo, y confirmar lo resuelto por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en sentencia de mayoría de 15 de agosto de 2022, a las 10h57.
- 2) Por mandato de lo dispuesto en los artículos 86.5 de la Constitución de la República y 25.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, una vez ejecutoriada esta resolución, envíese copia certificada de la misma a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia. **Notifíquese:-**

DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI
JUEZA NACIONAL (PONENTE)

DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA

JUEZA NACIONAL

TAPIA RIVERA ENMA TERESITA

JUEZA NACIONAL



186805904-DFE

Juicio No. 09359-2019-02032

JUEZ PONENTE: DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA, JUEZA NACIONAL (PONENTE)**AUTOR/A: DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, jueves 29 de septiembre del 2022, las 14h58.

VISTOS: En lo principal, agréguese al expediente y tómese en cuenta la escritura de procuración judicial conferida por la parte accionada a la abogada Norka Paola Ramírez Vásquez ante la abogada Nidia Medranda Cevallos, Notaria Trigésima Segunda del cantón Guayaquil, que fue presentada en audiencia de fundamentación del recurso de casación efectuada el lunes, 26 de septiembre de 2022, las 15h00.

ANTECEDENTES:

a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada: María Isabel Rodríguez Salazar inició juicio de trabajo en contra de la Avícola Fernández S.A., representada legalmente por el señor Eugenio de Jesús Fernández Zambrano; la accionante, presentó recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 12 de noviembre de 2020, a las 16h32, que rechaza el recurso de apelación presentado por la accionante y confirma la sentencia subida en grado, que declaró sin lugar la demanda.

b) Actos de sustanciación del recurso: Previo a pronunciarse sobre la admisión, la doctora María Gabriela Mier Ortiz, Conjueza (E) de la Corte Nacional de Justicia, mediante providencia de 12 de julio de 2021, las 11h16, ordenó que la recurrente debe completar/aclarar en puntos específicos el recurso presentado. Una vez cumplido tal requerimiento, la conjueza referida, a través de auto de 23 de agosto de 2021, las 11h08, lo admitió parcialmente a trámite el recurso interpuesto.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

PRIMERO.- COMPETENCIA: Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por las Juezas, doctoras: Katherine Muñoz Subía (ponente), Enma Tapia Rivera y María Consuelo Heredia Yerovi, es competente para conocer y resolver el recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: *"Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley."*, artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: *"Las diferentes salas*

FUNCIÓN JUDICIAL Firmado por
KATERINE BETTY
MUÑOZ SUBIA
C=EC
L=QUITO
CI=1713023297
**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE**

FUNCIÓN JUDICIAL Firmado por
MARIA CONSUELO
HEREDIA YEROVI
C=EC
L=QUITO
CI=1705840385
**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE**

FUNCIÓN JUDICIAL Firmado por ENMA
TERESITA TAPIA
RIVERA
C=EC
L=QUITO
CI=0301052080
**DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE**

especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.°; artículo 191 numeral 1 *ibídem*, que prevé: *“La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo;”*° en concordancia con el artículo 269 del COGEP; y del sorteo de fecha 17 de agosto de 2022 que obra a fs. 31 del expediente de casación.

SEGUNDO.- FUNDAMENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN: El recurso de casación formulado por la accionante ha sido admitido exclusivamente por los tres, cuatro y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

Las normas cuya infracción se acusa son:

Por el caso tres: artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

Por el caso cuatro: *“errónea interpretación del Arts. 164 COGEP, lo que condujo a la falta de aplicación de los Arts. 5 y 7 del Código del Trabajo y Arts. 3.4, 4.2, 45 y 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades”*.

Por el caso cinco: artículos 48 y 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

TERCERO.- DEL RECURSO DE CASACIÓN: El recurso extraordinario de casación es un mecanismo de impugnación que mira fundamentalmente al interés público, dado que sus dos propósitos fundamentales son: **i)** precautelar el cumplimiento del derecho objetivo, y **ii)** la unificación de la jurisprudencia. Lo dicho sin descartar el indudable interés privado que se exterioriza cuando una de las partes involucradas recurre para ser beneficiada por el resultado del fallo en casación.

El primer propósito de este recurso extraordinario se torna fundamental, pues se traduce en la defensa de la legalidad, constituyendo en esencia una demanda en contra de la sentencia cuestionada, siendo que el examen o verificación de la corte de casación se dirige al cumplimiento de los postulados legales y constitucionales del ordenamiento jurídico.

Mientras que el segundo propósito procura dotar de coherencia al ordenamiento jurídico, valiéndose

incluso de la creación judicial del derecho, si aceptamos que aquel debe dinamizarse frente a las necesidades cambiantes de la sociedad.¹ De ahí es que, dentro de nuestro marco constitucional la jurisprudencia constituye ±también- una innovadora fuente de derecho, como lo podemos entender si miramos al contenido de los artículos 11 numeral 8 y 185 de la Constitución de la República.

Se trata de un medio de impugnación extraordinario, al no caber contra toda clase de sentencia o auto ±conforme el artículo 266 del COGEP-, y procede por lo general una vez agotados los recursos ordinarios.² Es limitado, dado que el análisis del tribunal de casación se remite exclusivamente a los argumentos denunciados por los recurrentes, en cumplimiento del principio dispositivo previsto en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución. Es taxativo y técnico, considerando que su procedencia se condiciona exclusivamente a los casos determinados en la ley ± artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)- y a la técnica casacional ahí regulada que se torna en una obligación indispensable para quien recurre.

Finalmente, no se debe obviar que la casación tiene un indudable fundamento constitucional ±artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador-, si afirmamos que la aplicación del derecho en todas sus manifestaciones parte del efecto de irradiación de la Norma Primera, dotando de coherencia y unidad al ordenamiento jurídico a partir de sus postulados. De ahí que, este recurso extraordinario, al considerar tanto el interés público como el privado, tiene ±más allá de la defensa de la legalidad- indudables connotaciones políticas en procura de un ejercicio jurisdiccional que se exprese en la realización de justicia, que es el propósito final de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República.³

CUARTO.- AUDIENCIA: El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, ha

1 El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado constitucional [¼] en consecuencia, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. Pamela Juliana Aguirre Castro, ^a El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico°, CEP- UASB, Quito, 2019. Pág. 132.

2 Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá ± Colombia 2008. Pág. 114.

3 Por la importancia del recurso frente al cumplimiento del derecho objetivo, a la unificación y desarrollo jurisprudencial, así como por la reparación del agravio sufrido por las partes, tiene claros efectos políticos, razón por la cual ha sido consagrado expresamente en ordenamientos constitucionales [¼] basta con que haya infracción de un precepto, garantía o derecho constitucional para que pueda formularse un cargo en Casación en forma autónoma por el recurrente [¼] Ibídem. Pág. 112.

establecido que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. Por lo que, este Tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas para las audiencias, consignadas en los artículos 79 al 87 *ibídem*, convocó a la audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el 26 de septiembre de 2022, a las 15h00.

Finalmente, una vez concluido el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *Ut Supra*.

QUINTO.- CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS ARGUMENTOS REPRODUCIDOS POR EL RECURRENTE EN SU LIBELO DE CASACIÓN.

5.1 Por el caso tres.

La accionante al amparo del caso tres señala que la sentencia de apelación ha omitido resolver el objeto de la controversia que fue fijado en audiencia, esto es: *“la procedencia o no de la impugnación del acta de finiquito, por no haberse considerado en el mismo la indemnización del art. 51 de la Ley de Discapacidades, como persona que tiene a su cargo una persona con discapacidad, así también la procedencia del pago de honorarios y costas procesales”*, pues se ha agregado las palabras *“trabajadora sustituta”* cuando la traba de la *litis* se dio en torno a que la accionante alegaba ser una *“persona que tiene a cargo una persona con discapacidad”* y no sustituta laboral. Lo que precisa puede ser verificado al revisarse el audio de la diligencia.

Manifiesta que el tribunal no resuelve el punto central del pleito toda vez que se limita a rechazar el recurso de apelación y confirmar el fallo de primera instancia que declara sin lugar la demanda, indicando únicamente que la actora no cumple con los requisitos de trabajador sustituto y *“que no se puede sacar de contexto al artículo 51 de la norma ibídem”*, sin resolver de forma clara el objeto de controversia, que conforme la demanda, es que la accionante es quien se encuentra a cargo de la manutención de una persona con discapacidad..

Asegura que, la decisión del tribunal de alzada violenta su derecho contemplado en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, infringiéndose el principio de congruencia que debe tener toda decisión.

5.2 Por el caso cuatro:

La demandante precisa que el tribunal de alzada en la sentencia proferida debió aplicar el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos efectuando una valoración en conjunto, es decir, con toda la prueba practicada en audiencia, como: el carnet de discapacidad de su hijo Diego Eduardo Lamadrid Rodríguez, copia certificada del reporte de cargas familiares emitido por la compañía Avícola Fernández S.A. de fecha 16 de marzo de 2017, en el cual ~~±~~afirma- aparece su hijo Diego Fernando como carga familiar con discapacidad, copia certificada de la fe de presentación suscrita por el coordinador de desarrollo humano Jean Carlos Gallegos en el cual hace conocer a la compañía la discapacidad de su hijo, copia certificada del comunicado de despido intempestivo y el testimonio de la señora Nancy Jenny Sarango Ríos, que versó sobre la manutención, responsabilidad y cuidados que proporciona a su hijo, entre otros.

Alega que en lugar de valorar en conjunto la prueba aludida, el juez plural se remite únicamente a la declaración de parte de la accionante, precisando que en esta se ha mencionado que no es trabajadora sustituta, lo que aduce *“ni siquiera estaba en controversia”*, además, indica que los juzgadores de alzada mencionan que en la cédula de Diego Eduardo Lamadrid Rodríguez no consta ninguna discapacidad, cuando de las pruebas obrantes del proceso se advierte su condición.

En razón de lo dicho, concluye manifestando *“la suscrita considera que ha existido una errónea interpretación del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, en virtud de que sí ha existido una valoración de la prueba, pero se la ha realizado sin interpretar todos los elementos necesarios para cumplir a cabalidad tal precepto, transgrediendo la norma en mención. Como producto de la errónea interpretación del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, se ha procedido a no aplicar lo que corresponde en el presente caso, de forma concreta lo contenido en los artículos 5 y 7 del Código del Trabajo o los artículos 3.4, 4.2, 45 y 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades”*.

5.3. Por el caso cinco:

Al amparo del caso cinco del artículo 268 del COGEP, la casacionista afirma que el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades es claro, ya que, contempla un beneficio de estabilidad laboral consiste en una indemnización de 18 meses de remuneración para la persona con discapacidad o a su vez a la persona que tiene a su cargo una persona con discapacidad, sin embargo, el juez plural en el fallo recurrido interpreta erradamente dicha disposición, al determinar que para tener derecho a tal indemnización y estabilidad laboral la persona que no padezca de discapacidad debe constituirse en un sustituto laboral debidamente acreditado. Lo que afirma es errado, toda vez que, la garantía de estabilidad laboral y en consecuencia la indemnización a recibir no se encuentra condicionada a la calidad de sustituto, ya que éste último se encuentra previsto en otro articulado, esto es, el 48 *ibídem*.

En este contexto menciona que los jueces de alzada han efectuado una interpretación que mezcla conceptos y definiciones lo que es evidente a la luz del Acuerdo Ministerial MDT-2017-0108 que detalla el Instructivo para la Calificación y Certificación de Sustituto de Persona con Discapacidad y Sustituto por Solidaridad Humana y fija el procedimiento que debe seguir los trabajadores que tengan a su cargo una persona con discapacidad para su calificación y registro es decir que si existe un reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país.

Adicionalmente, menciona que el tribunal de alzada realiza una aplicación indebida del artículo 48 de la Ley Orgánica de Discapacidades puesto que la calidad de sustituto jamás fue demandada ni establecida como punto de debate, llegando incluso a resultar absurdo. Lo que dice, denota el yerro en la aplicación del artículo en referencia, cuando no se alegó la calidad de sustituto ya que no cumplía con los requisitos para serlo al momento del despido intempestivo.

SEXTO.- ASPECTOS PRELIMINARES.

Atendiendo al orden lógico previsto en el artículo 268 del COGEP, en primer término se resolverán las cuestiones traídas a conocimiento de este Tribunal por el caso tres; seguidamente el caso cuatro; y luego el caso cinco, de así proceder.

Adicionalmente, es necesario precisar que los argumentos expuestos por la recurrente en el recurso de casación a través de los diferentes casos admitidos se centran en un mismo asunto, esto es, que el tribunal de alzada ha extralimitado su examen tomando como base la calidad o no de sustituta laboral de la actora, cuando en realidad la demanda versa en torno a que la misma se encuentra a cargo de una persona con discapacidad y en razón de aquello reclama la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

SÉPTIMO.- PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:

7.1 Por el caso tres: La sentencia cuestionada, ¿es incongruente al resolver el tribunal de alzada una cuestión que no era parte de la *litis*, esto es, que la actora no acreditó su calidad de sustituta laboral, omitiendo pronunciarse sobre el objeto del litigio, que por el contrario fue, si se encuentra a cargo la manutención de una persona con discapacidad, y por ende tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades?

De proceder el vicio denunciado, este tribunal de casación procederá a resolver, conforme corresponde, el punto afectado por incongruencia. En este supuesto, se resolverá por el mérito de los autos, lo que involucra valorar la prueba practicada en la causa; por ende, no será necesario analizar

los problemas jurídicos que siguen.

Sin embargo, de no prosperar la denuncia por el caso tres, se continuará con los demás problemas jurídicos que a continuación se plantean:

7.2. Por el caso cuatro: Corresponde determinar si, **¿el juez plural infringió el artículo 164 del COGEP al no valorar en su conjunto las pruebas aportadas por las partes procesales, que dan cuenta de que la accionante es quien se encuentra a cargo de la manutención de su hijo quien es una persona en situación de discapacidad, infringiendo de este modo el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades?**

7.3. Por el caso cinco: Esclarecer si, **¿se configuró la infracción de los artículos 48 y 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades lo que derivó en el desconocimiento de la garantía de estabilidad prevista a favor de la persona trabajadora que se encuentre a cargo de la manutención de una persona en condición de discapacidad ±que fuere despedida intempestivamente-?**

OCTAVO.- RESOLUCIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN:

8.1 Primer problema jurídico ±caso tres.- La sentencia cuestionada, **¿es incongruente al resolver el tribunal de alzada una cuestión que no era parte de la *litis*, esto es, que la actora no acreditó su calidad de sustituta laboral, omitiendo pronunciarse sobre el objeto del litigio, que por el contrario fue, si se encuentra a cargo la manutención de una persona con discapacidad, y por ende tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades?**

8.1.1 Este caso contempla vicios de naturaleza procedimental por incongruencia en la sentencia impugnada, identificados por faltar la debida correspondencia exigida entre lo decidido en el fallo frente a las pretensiones (demanda) y excepciones (contestación a la demanda).

Podemos reconocer tres clases de transgresiones que pueden afectar la congruencia de lo decidido. Así tenemos: *ultra petita* cuando el fallo resuelve más allá de pretendido en la demanda; *extra petita*, se configura al resolver cuestiones o puntos que no fueron materia del litigio⁴; y *citra petita*, ocurre al no resolverse sobre una de las pretensiones constantes en el libelo de demanda.

⁴Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá – Colombia 2008, Pág. 422.

Al configurarse entonces uno de los tres motivos antes señalados, se entiende que la sentencia debe ser objeto de control de legalidad por parte de la Corte de Casación, dado que se encontraría afectada por vicios que atentan contra su congruencia o consonancia.

8.1.2. La accionante en su libelo de casación denuncia, que en la decisión cuestionada se configuró el vicio de *extra petita*, pues según dice- los jueces de apelación se pronunciaron sobre un asunto que no fue materia de la Litis, esto es, la calidad de sustituta laboral de la actora, confundiendo esta condición con la de la persona que se encuentra a cargo de la manutención de una persona con discapacidad, contraviniendo el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, al desestimar el pago de la indemnización adicional ahí prevista.

8.1.3. Para resolver esta acusación, corresponde remitirse al contenido de los actos de proposición y lo resuelto en sentencia, pues para detectar el vicio acusado es necesario efectuar un ejercicio de comparabilidad entre estas actuaciones procesales; así tenemos:

- a) En su demanda (fs. 31-36) la actora manifestó: *“Mi hijo DIEGO LAMADRID RODRÍGUEZ ha estado toda su vida bajo mi cuidado y protección; siendo yo la única persona encargada de mantenerlo económicamente y que ha costado todos los gastos de mi hijo para darle una buena calidad de vida (1/4) Debo mencionar que hasta la actualidad no percibo pensión de alimentos a favor de mi hijo ni cualquier tipo de ayuda gubernamental o institucional de terceras personas (1/4) El día lunes 27 de marzo de 2017, se presentaron en mi oficina el (1/4) dueño de la compañía Avícola Fernández S.A. (1/4) Me entregaron la Carta de Despido Intempestivo indicándome que en ese mismo momento entregue mi puesto de trabajo y que me pagarían la Indemnización por Discapacidad de mi hijo equivalente a las 18 remuneraciones más todo los beneficios que me correspondían (1/4) Posteriormente insistí para que se me pague mi liquidación (1/4) Así estuve hasta que después de un mes me citaron y me pagaron con un cheque certificado (1/4) sin que en el Acta de Finiquito (1/4) se considere la Indemnización por la Discapacidad de mi hijo. (1/4) He requerido (1/4) que se me pague los valores que en derecho me corresponden por la discapacidad de mi hijo (1/4) Por los antecedentes expuestos su Autoridad podrá darse cuenta, que la suscrita es una mujer independiente, quien tiene a su cargo a un joven con*

Discapacidad Intelectual (1/4) Acudo a su Autoridad a demandar a la compañía Avícola Fernández S.A., impugnando el acta de finiquito No. 6138749ACF, para que se condene a la misma al pago de los siguientes rubros: 1. Art. 51 Ley Orgánica de Discapacidades (1/4) 2. Honorarios Profesionales (1/4) 3. Costas procesales°.

- b) En su contestación a la demanda (fs. 123 a 132) la accionada alegó: *“ (1/4) En lo principal, niego, pura y simple, y rechazo categóricamente los fundamentos de hecho y derecho de la demanda presentada por la parte actora, que en su libelo contiene una serie de afirmaciones sin sustento y fuera de todo contexto legal; pues, la ex trabajadora MARIA ISABEL RODRIGUEZ SALAZAR aduce que existe un rubro correspondiente a INDEMNIZACION POR DESPIDO DE TRABAJADOR DISCAPACITADO, toda vez que entre sus dichos menciona falsamente tener derecho a una indemnización por DISCAPACIDAD COMO TRABAJADOR SUSTITUTO al haber reportado la discapacidad de su hijo y alegar tener derecho a una indemnización especial por ser ella quien dice ser la responsable del menor (1/4) de la revisión de la página del Consejo de la Judicatura consta el proceso por divorcio por mutuo consentimiento, signado con el número 0920820148915, seguido en la UNIDAD JUDICIAL SUR DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, entre la y el señor LAMADRID LAMILLA EDWAR ROBERT, donde consta que mediante sentencia de fecha 1 de diciembre del 2014, se declara disuelto el vínculo matrimonial por mutuo consentimiento y respecto del adolescente DIEGO EDUARDO LAMADRID RODRIGUEZ, se fija una pensión alimenticia de \$400,00 (CUATROCIENTOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) que debían ser depositados en la cuenta de ahorros # 1339588 del Banco de Guayaquil perteneciente a la señora María Isabel Rodríguez Salazar; además, en la sentencia se indica que el señor LAMADRID LAMILLA EDWAR ROBERT cede sus derechos, es decir su 50% a favor de la madre del menor María Isabel Rodríguez Salazar a fin de que los administre y conserve con la condición de que oportunamente sean transferidos a nombre del hijo en común, el adolescente*

Diego Eduardo Lamadrid Rodríguez. (1/4) Recordemos señor Juez que la protección a un trabajador discapacitado, o sustituto por discapacidad (previo al cumplimiento de los deberes formales establecidos por el estado) buscan protegerlos de actos de discriminación; más en el presente caso no se alega ni demuestra tal hecho, únicamente se reclamar indebidamente una indemnización especial por el supuesto hecho de tener un hijo con discapacidad.º.

Así, la demandada se excepcionó con: *º 3.1.- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.-(1/4) Siendo que la trabajadora está alegando la impugnación del Acá (sic) de finiquito argumentando la discriminación señalada en el Art. 153.3 sobre esta figura aplica el plazo de 30 días conforme se señala en el Art. 153.2 del Código de Trabajo.º.*

- c) En el fallo de primer nivel dictado el 12 de febrero de 2020, a las 12h00, se resolvió (fs. 162 a 168): *º **OBJETO DE CONTROVERSIA:** Correspondía determinar si la accionante, tiene derecho a que se le reconozca la impugnación del acta de finiquito, por falta de la indemnización del Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidad. Honorarios profesionales y Costas, opuesto por la accionante a través de su defensor técnico. (1/4) Es decir el artículo establece dos condiciones de personas para que tenga lugar la indemnización esto es la discapacidad propia y la de a quien tuviere a su cargo. Para los casos de personas con discapacidad propia, resulta evidente desde el momento mismo del inicio de la relación laboral, el empleador conoce de antemano de dicha situación, pero para el caso de personas que contribuyen con la manutención o se encuentran a su cargo, la ley dispone que sea informado tanto el empleador como el estado mismo a través de las autoridades competentes, a fin de que tengan el beneficio que la ley otorga a estas personas. En la especie consta que la certificación acompañada del carnet de persona con discapacidad a fojas 14 del proceso, tenía fecha de vigencia hasta el 25 de septiembre de 2.018, por lo que se encuentra caducadaº.*

- d) Mientras que, en la parte resolutive de la sentencia cuestionada y dictada por el tribunal de apelación (fs. 33 a 46), se lee: *“13.3) En el presente caso se estableció como objeto de controversia **¿determinar, si es procedente o no la impugnación del acta de finiquito, por no haberse considerado en el mismo la indemnización del art. 51 de la Ley de Discapacidades, como trabajadora sustituta, así también la procedencia del pago de honorarios y costas procesales?***

Seguidamente, al resolverse tal cuestión los juzgadores de alzada se remiten a los artículos 48 *±sustitutos-* y 51 *±estabilidad laboral-* de la Ley Orgánica de Discapacidades, manifestando: *“¼ambas normas dicen que se validará al sustituto, de conformidad al reglamento y exige que la presentación de un certificado emitido por la autoridad sanitaria nacional. La accionante, tanto en su demanda, en su declaración de parte, al fundamentar el recursos de apelación indicó que no era trabajadora sustituta, que no realizó el trámite respectivo, incluso al rendir declaración de parte según se escucha los audios a las repreguntas realizadas por la defensa del accionado a partir del minuto 59 a la pregunta ¿Usted presentó el trámite de trabajadora sustituta por su hijo Diego Lamadrid?. Responde: ¿Yo presenté por mi padre. ¿mas por su padre, y por su hijo, también?. R. Yo presenté dos, por mi hijo y por mi padre eran dos. ¿Entonces consta que su hijo Diego Lamadrid estaba dentro del trámite para calificarse como trabajador sustituto, entonces porque no lo hizo?. R. En el caso de Diego, me explicaron porque no tenía claro, y me fui a la ley, y la ley dice lo mismo que no accedía porque Diego tienen discapacidad moderada de 40% de discapacidad, y para acceder debía tener una discapacidad severa por encima del 65%. ¿Recibió por escrito lo que dice? R. NO entonces yo me fui a la ley, y esta dice que requiere una discapacidad severa y mi hijo no tiene discapacidad severa. ¿Ud. notificó a Agrícola Fernandez, con algún certificado que usted era trabajadora sustituta? (2H 05 audio) R. No soy trabajadora sustituta de mi hijo, nunca fui trabajadora sustituta mi hijo era menor de edad, no trabaja, no soy trabajadora sustituta de mi hijo. ¿Si usted sabía que solo podía calificarse usted*

*por su padre como trabajadora sustituta porque en su declaración juramentada consta su hijo?. R. Cuando yo fui hacer el trámite, uno lo hace con los abogados y ellos me dijeron que lo haga por los dos, porque eso me iba a dar algunos beneficios, y allí comenzó el trámite, pero cuando comenzó el trámite, mi padre murió?. En consecuencia no existe duda alguna que no era trabajadora sustituta, como sostienen las partes, quedando en consecuencia entrar analizar la normativa existente, puesto que la actora señala que a la fecha del despido no existía un trámite, y que el artículo 51 de la Ley de Discapacidades solo exige demostrar que tenga a su cargo una persona con discapacidad, pero el art. 48 es claro al señalar en su parte pertinente que **se validará al sustituto, de conformidad al reglamento** y a su vez el art. 51 tantas veces citado exige que la presentación de un certificado emitido por la Autoridad Sanitaria Nacional (1/4) Es decir existe que (sic) la normativa señalada claramente hace una diferencia entre las personas con discapacidad, y las y los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad, (sustituto) y cada una cumple con requisitos diferentes, pues mientras la primera la persona que posee discapacidad, y por ese solo hecho la ley le otorga beneficios, la otra, quien tiene a su cargo a una persona con discapacidad (sustituto) exige requisitos entre ellos que solo puede ser sustituto de una persona con discapacidad, cumplir un porcentaje de discapacidad, declaración juramentada, etc., y como sostuvo la misma actora no reclama la indemnización de sustituta, sino por tener a su cargo una persona con discapacidad, olvidándose que existe una clara diferencia, y que el art. 51 refiere a las dos, y no puede ser dividido sacándolo de contexto. Por las razones expuestas y debidamente motivadas **éste Tribunal no encuentra mérito para impugnar el acta de finiquito y conceder la indemnización exigida. Como consecuencia tampoco prospera el pago de honorarios y costas procesales como pretensión de la actora** (Énfasis fuera del texto original).*

Como se ve, no fue objeto de controversia tan siquiera en primer nivel, la falta de acreditación de la accionante como sustituta laboral, pues la misma afirmó que presentó un trámite, no que fue calificada como tal, mientras que la demandada negó su acreditación, siendo el objeto de controversia conforme a lo alegado en la demanda y las afirmaciones explícitas efectuadas por la demandada en la contestación a la demanda -referente a que la ex trabajadora percibe una pensión alimenticia a favor de su hijo a causa de una decisión judicial dentro de un juicio de divorcio-, la condición o no de la accionante como persona que se encuentra a cargo de la manutención de una persona con discapacidad, lo que sí fue un asunto materia de la *litis* en primer nivel y por tanto fue parte del pronunciamiento del Juez *a quo*, en cuya decisión desestimó la procedencia de la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades por no haberse informado tanto a la empresa como al Estado, así como por encontrarse caducado el carnet de discapacidad.

Ahora bien, del audio de la audiencia de segunda instancia se obtiene que la cuestión a dilucidar fue determinar *“la procedencia o no la impugnación del acta de finiquito, por no haberse considerado en el mismo la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, así también la procedencia del pago de honorarios y costas procesales”*, no obstante, de lo transcrito de la sentencia de apelación se observa que expresamente el Juez Plural en la decisión escrita agrega a dicho objeto de debate las palabras *“como trabajadora sustituta”*, efectuando un examen ajeno al objeto de la controversia, pues basa su razonamiento en presupuestos normativos de orden legal y reglamentario que han sido creados por el legislador para el caso específico de los sustitutos, que no se ajustan a la materia en litigio, pues en la causa *in examine* quien pretende la indemnización contenida en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades es la trabajadora que se encuentra a cargo de la manutención de una persona en situación de discapacidad (hijo adolescente).

Entonces, se constata el vicio de incongruencia, concretamente por *extra petita* al haberse pronunciado los juzgadores de alzada sobre un asunto *±sustituto laboral-* que no era materia del litigio, cuando correspondía examinar el caso precisamente con respecto a la procedencia o no de la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades a favor de la accionante como persona a cargo de la manutención de una persona con discapacidad. En consecuencia, se advierte que el juez plural ha efectuado un pronunciamiento que es ajeno a la pretensión.

En atención a lo dicho, se acepta la configuración del vicio de incongruencia traído a conocimiento de este Tribunal mediante el caso tres del artículo 268 del COGEP, correspondiendo de conformidad con el artículo 273 numeral 3 del COGEP casar la sentencia en mérito de los autos, expidiendo la resolución que en su lugar corresponda y reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los correctos. Tanto más si, el vicio de *extra petita* que se ha configurado, compromete la integralidad del resultado del fallo.

Por lo expuesto, es inoficioso efectuar pronunciamiento alguno sobre los problemas jurídicos planteados bajo el caso cuatro y cinco del artículo 268 del COGEP.

NOVENO.- SOBRE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 51 DE LA LEY ORGÁNICA DE DISCAPACIDADES:

9.1 La ocurrencia del despido intempestivo al 27 de marzo de 2017 es un hecho incontrovertido entre las partes.

La cuestión a dilucidar es si a la ex trabajadora le corresponde la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, dado que tiene a su cargo una persona en situación de discapacidad (hijo). En este sentido, en su demanda (fs. 31 a 36) afirma que su empleadora conocía que su hijo menor de edad, Diego Eduardo Lamadrid Rodríguez, es una persona en situación de discapacidad, además de haberlo informado el 30 de enero de 2017; quien en el mes de enero de 2017 fue calificado con el 40 % de condición de discapacidad intelectual.

Por su parte, en su contestación a la demanda (fs. 123 a 132) la empresa demandada manifestó su negativa *“pura y simple”*, rechazando los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, afirmando que la accionante *“¼menciona falsamente tener derecho a una indemnización por DISCAPACIDAD COMO TRABAJADOR SUSTITUTO al haber reportado la discapacidad de su hijo y alegar tener derecho a una indemnización especial por ser ella quien dice ser la responsable del menor”*. Menciona que, ha efectuado la revisión en la página del Consejo de la Judicatura encontrando un proceso de divorcio por mutuo consentimiento entre la accionante y Edwar Robert Lamadrid Lamilla,

en el que se declaró disuelto el vínculo matrimonial por mutuo consentimiento y respecto del adolescente DIEGO EDUARDO LAMADRID RODRÍGUEZ, se fija una pensión alimenticia de USD \$ 400,00 que debían ser cancelados en la cuenta de la madre. Añade también que la accionante jamás tuvo la calidad de trabajadora sustituta, porque no cumplió con el trámite respectivo ante la autoridad competente.

9.2 Como prueba admitida y practicada relacionada con la calificación de la situación de discapacidad del hijo de la accionante y la calidad de la accionante de encontrarse a cargo de la manutención de una persona con discapacidad, se tiene:

- a) Copia certificada del carné de discapacidad emitido el 27 de enero de 2017 (fs. 13) correspondiente a Diego Eduardo Lamadrid Rodríguez (hijo de la ex trabajadora). Este último documento además da cuenta de un porcentaje de 40%, con un grado de discapacidad intelectual calificado como *"moderado"*, así también consta el sello de recibido por parte de Giancarlo Gallegos, Coordinador de Desarrollo Humano de la empresa demandada, de dicho documento el 30 de enero de 2017.
- b) Copia certificada del reporte de cargas familiares para el pago de utilidades de la compañía Avícola Fernandez S.A. de 16 de marzo de 2017 (fs. 16) del que se desprende: *"Nombres Empleados RODRIGUEZ SALAZAR MARIA ISABEL; Área GENERAL; Fec. Ingreso 01/02/2014; Nombres carga LAMADRID RODRIGUEZ DIEGO EDUARDO; Fec. Nacmto 14/06/1999; Relación HIJO; Sexo M; Edad 17; Discapaci S; Utilidad S°*.
- c) Testimonio rendido por Nancy Jenny Sarango Ríos (Cd a fs. 153), de donde se tiene que: conoce a la actora por más de 25 años por ser amiga y a su hijo, quien vive con ella y cuenta con una discapacidad desde su nacimiento; le consta que la accionante es quien le ha brindado cuidados y atención a su hijo; y que además aquel no recibe pensión alguna.

- d) Testimonio rendido por Washington Ricardo Rodríguez Salazar (Cd a fs. 153), de donde se tiene que: conoce a la actora por ser su hermano y también personalmente a su hijo (sobrino), quien tiene una condición desde su nacimiento, teniendo problemas en el colegio y cuenta con una discapacidad; le consta que la accionante se casó por lo civil, luego de lo cual el esposo se fue cuando el hijo tenía 8 años de edad, sin pasar en ningún momento pensión a favor del menor, siendo la demandante la única que ha aportado para el sustento y cuidado de su hijo.
- e) Declaración de parte de la accionante, en la que manifestó: su hijo cuenta con una discapacidad que le ha impedido su desarrollo intelectual, condición que la tiene desde su nacimiento, educándose en centros especializados; que mantiene a su hijo desde que nació hasta la actualidad, más aún cuando a los 8 años el padre del menor los dejó; en la empresa empleadora, su jefe Eugenio de Jesús Fernández Zambrano conocía sobre el estado de salud de su hijo, mucho antes de obtener el carné de discapacidad y más aún cuando inició con el trámite, es así que, una vez obtenida la acreditación se efectuó su entrega oficial al departamento de recursos humanos de la accionanda; que nunca se acreditó como trabajadora sustituta, siendo que siempre estuvo a cargo de la manutención de su hijo.

De la prueba documental practicada en la causa (carné de discapacidad), se tiene que la calificación de condición de discapacidad de Diego Eduardo Lamadrid Rodríguez (hijo de la ex trabajadora) fue emitida el 27 de enero de 2017, es así que la accionante presenta el carné de discapacidad del menor ante su empleadora el 30 de los mismos mes y año, es decir que desde esa fecha oficialmente la empleadora conocía sobre la discapacidad del hijo de la accionante, lo que concuerda con el reporte de cargas familiares de la compañía demandada de 16 de marzo de 2017 en el que se considera que Diego Eduardo Lamadrid Rodríguez sí cuenta con una condición de discapacidad. Es decir, estas circunstancias fueron anteriores a la fecha de configuración del despido intempestivo que ocurrió el 27 de marzo del mismo año.

Se debe observar que ambos testigos son coincidentes en contestar que conocían sobre la discapacidad del hijo de la actora, Diego Eduardo Lamadrid Rodríguez, y que la trabajadora se encontraba a cargo de la manutención de su hijo; afirmaron además que la condición del menor se origina desde su nacimiento.

De los documentos antes señalados se tiene que la compañía Avícola Fernández S.A. conocía sobre la calificación como persona en condición de discapacidad del hijo de la accionante, mientras que de los testimonios rendidos en audiencia única se tiene que la ex trabajadora es quien se encuentra a cargo de la manutención de la persona con discapacidad, lo que además no ha sido desvirtuado por la demanda.

Entonces, este Tribunal considera que el resultado de la prueba documental, los testimonios, la declaración de parte de la actora, tienen la suficiente credibilidad para justificar que la empresa empleadora conocía sobre la condición de discapacidad del hijo de la actora.

9.3 Ahora bien, el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades como una de las disposiciones que promueven garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los trabajadores que presenten esta condición, prevé: *“Art. 51.- Estabilidad laboral.- Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo. En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley. Además, para la supresión de puestos no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional.”*

En general, la norma transcrita ha previsto una estabilidad laboral especial y reforzada en favor de las

personas trabajadoras en situación de discapacidad. Pues, de ocurrir el despido injustificado por parte del empleador en contra de una persona en situación de discapacidad **o de quien tuviere a su cargo su manutención**, se ha ordenado el pago de 18 meses de la mejor remuneración, adicional a la indemnización legal correspondiente. Es decir, esta consecuencia constituye principalmente, una retribución al trabajador en situación de discapacidad **o de quien tenga a su cargo una persona en esta situación**, derivada del rompimiento de su estabilidad laboral. Siendo también una sanción al empleador por el incumplimiento de una garantía en favor de personas que pertenecen a un grupo de atención prioritaria.

Entonces, la estabilidad reforzada y protección especial no se limita a las personas en situación de discapacidad, sino que se extiende a quien tiene a su cargo una persona en tal condición (no necesariamente sustituto laboral).

En el caso, como antes se dijo, la empresa empleadora conocía sobre la condición de discapacidad de Diego Eduardo Lamadrid Rodríguez, hijo de la ex trabajadora (fs. 13 y 16), quien se encuentra a cargo de su manutención. Por tanto, la actora tiene derecho a que Avícola Fernández S.A., le pague la indemnización correspondiente a 18 meses de la mejor remuneración conforme al artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

Cabe enfatizar, la Corte Constitucional ha determinado como precedente que: *“la persona con discapacidad y la persona que tiene a su cargo a una, tiene derecho a la garantía de estabilidad reforzada en el ámbito laboral”*⁵. Por lo que, negar la indemnización establecida en el artículo 51 *ibidem* implicaría desconocer el precedente referido.

9.4.- LIQUIDACIÓN:

Debe advertirse que el artículo 51 *ibidem*, para efectos de la indemnización ahí regulada, considera como parámetro *“un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración”*.

5 Sentencia No. 367-19-EP/20 dictada el 07 de octubre de 2020 dentro del Caso No. 367-19-EP, Párrafo 23.

Así, se toma como la mejor remuneración percibida por la accionante durante la relación laboral, el valor constante en el acta de finiquito, esto es, USD \$ 4.595,48, al no contar con otra prueba que permita establecer un rubro superior. Por lo que, considerando tal cantidad se realiza el cálculo pertinente:

USD \$ 4.595,48 x 18= USD \$ 82.718,64

En consecuencia, corresponde que la empresa demandada, en la forma en que ha sido requerida, pague a la accionante por concepto de indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, la cantidad de USD \$ 82.718,64. Además, honorarios y costas procesales.

DÉCIMO.- DECISIÓN:

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta el recurso extraordinario de casación de la parte actora; y, en consecuencia, casa la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 12 de noviembre de 2020, las 16h32. En este orden de ideas, se declara con lugar la demanda y se ordena que la parte demandada, tal como ha sido requerida, pague a la accionante por concepto de indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, la cantidad de **OCHENTA Y DOS MIL SETECIENTOS DIECIOCHO CON 64/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD \$ 82.718,64)**. De conformidad con lo previsto en el artículo 588 segundo inciso del Código de Trabajo, se condena en costas a la parte demandada y se fija en el 5% de lo ordenado a pagar los honorarios del abogado defensor de la actora. **NOTIFÍQUESE.-**

DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA

JUEZA NACIONAL (PONENTE)

DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI

JUEZA NACIONAL

TAPIA RIVERA ENMA TERESITA

JUEZA NACIONAL



186924379-DFE

Juicio No. 07309-2019-00984

JUEZ PONENTE: DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI, JUEZA NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, viernes 30 de septiembre del 2022, las 15h34.
VISTOS: ANTECEDENTES.-

En el juicio laboral seguido por José Vicente Zhingre Armijos en contra de la Exportadora de Productos de Océano Cía. Ltda. OCEANPRODUCT, en las interpuestas personas de Luis Gerardo Segarra y Giovanni Patricio Rodríguez Aguirre, en sus calidades de Presidente y Gerente General respectivamente; el Tribunal de la Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, dictó sentencia el 21 de julio de 2020, las 14h00 y resolvió:

^a (¼) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, Resuelve: NEGAR el RECURSO DE APELACION propuesto por el actor JOSE VICENTE ZHINGRE ARMIJOS. RATIFICAR DECISION adoptada por juez de primera instancia. Ejecutoriada esta resolución, remítase el proceso al juez de instancia, para los fines de ley; el expediente de segunda instancia se enviará al ARCHIVO respectivo. NOTIFIQUESE.º

Inconforme con esta decisión, la parte actora interpone recurso de casación al amparo de los casos uno y tres del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

- a) **ACTOS DE SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO:** La Conjueza Nacional encargada, doctora Liz Mirella Barrera Espín, en auto de fecha 2 de febrero del 2021, las 11h47, acepta el recurso de casación deducido por José Vicente Zhingre Armijos.

PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer, sustanciar y resolver los recursos de casación en los procesos laborales según lo dispuesto en el numeral primero del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador; y, artículos 184 y 191 numeral primero del Código Orgánico de la Función Judicial.

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
MARIA CONSUELO
HEREDIA YEROVI
C=EC
L=QUITO
CI
1705840385

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
ALEJANDRO
MAGNO ARTEAGA
GARCIA
C=EC
L=QUITO
CI
0910762624

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO
ELECTRÓNICAMENTE

Firmado por
KATERINE BETTY
MUNOZ SUBIA
C=EC
L=QUITO
CI
1713023297

Según obra del acta de sorteo, la competencia para conocer este proceso correspondió al tribunal conformado por: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional (Ponente); Dra. Katherine Muñoz Subía, Jueza Nacional y, Dr. Alejandro Arteaga García, Juez Nacional.

Todo ello de conformidad con la resolución No. 02-2021 de 05 de febrero de 2021 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que refiere a la integración de sus Salas; y la resolución No.04-2021 de 19 de febrero de 2021 que trata sobre la distribución de las causas.

SEGUNDO.- ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PÚBLICA CORRESPONDIENTE.

Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, la audiencia para conocer y resolver el recurso de casación se llevó a cabo el día martes 27 de septiembre de 2022 a las 11h00; en la que, la parte recurrente solicitó se case la sentencia sujetando su argumentación a los fundamentos del escrito contentivo del recurso de casación; **frente a lo cual, el demandado a través de su defensa técnica manifestó que no existe la trasgresión alegada por el casacionista en la sentencia** recurrida, por lo que solicita no casar, todo ello conforme se desprende del registro electrónico (CD) agregado al proceso.

Una vez escuchadas las partes, el Tribunal se pronunció en forma oral al tenor de lo dispuesto en los artículos 93 y 272 del Código Orgánico General de Procesos; y, en base a las disposiciones legales pertinentes, se procede a emitir la resolución escrita en los términos siguientes.

TERCERO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA ±

3.1.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.

La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho; ^a (1/4) según señala DE LA PLAZA, el objeto de la casación, en palabras de CARAVANTES, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales; idea que, en épocas más próximas a nosotros, reitera Manresa, cuando atribuye al recurso la misión de (1/4) enmendar el abuso, exceso o agravio inferido por las sentencias firmes de los Tribunales de apelación cuando han sido dictadas contra ley

o doctrina legal, o con infracción de las formas más esenciales y trámites más esenciales del juicio (1/4)° (Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 221).

A través de este recurso, se cumple, en los casos que la ley específicamente lo determina, con un fin público, al vigilar que las sentencias emitidas en niveles de instancia se ajusten a la normativa existente, al derecho vigente; permitiendo de esta manera, una verdadera seguridad jurídica al unificar la interpretación de las leyes; y, un fin privado, buscado por la parte que lo interpuso para alcanzar la defensa del derecho que considera vulnerado. El cumplimiento del primer fin, no acarrea implícitamente el segundo, sin embargo, el fin privado, de haber lugar, permite consecuentemente, el cumplimiento del fin público.

3.2.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE LA MOTIVACIÓN

Al tenor de lo dispuesto en el literal I) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas; no habrá motivación, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda, o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. La inobservancia de esta norma constitucional ocasiona la nulidad de la resolución.

La motivación se constituye en un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento y observancia en todas las resoluciones administrativas o judiciales, convirtiéndose en el eje diferenciador entre la racionalidad y la arbitrariedad.

^a (1/4) El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática (1/4)° (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, 2007).

La motivación será considerada entonces como uno de los derechos de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, en este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que: *^a (1/4) Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión*

comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto (1/4)° (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 075-15-SEP-CC, 2015, pág. 8).

Por otra parte, el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, hace referencia a que una sentencia motivada es aquella que enuncia las normas o principios jurídicos en que se funda y explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, explicando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho.

La motivación es el requisito principal, básico y fundamental que debe contener toda resolución, se compone del conjunto de razonamientos expuestos por el juzgador sobre el asunto a resolver, que enlazados de tal manera, guardan sindéresis y coherencia entre sí, permitiendo arribar a una decisión, en apego a la Constitución, tratados internacionales y leyes existentes, que genere seguridad y certeza a las partes.

Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este tribunal fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

CUARTO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: La parte recurrente alega:

- **Por el caso 1:** errónea interpretación del artículo 222 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos.
- **Por el caso 3:** Transgresión del artículo 92 del Código Orgánico General de Procesos, que se refiere al principio de incongruencia, lo que ha conllevado a la vulneración de los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República del Ecuador; y, 23 del Código Orgánico de la Función Judicial.

A fin de dilucidar si los cargos formulados tienen sustento jurídico, y tomando en cuenta que el recurso de casación es *“ (1/4) un ataque a la sentencia; una imputación de que ha infringido la ley o quebrantado las formas esenciales del juicio, o de ambas cosas a la vez (1/4)°* (Martínez Escobar, La Casación en lo Civil, 1936, pág. 1), corresponde a este tribunal de casación efectuar la contraposición de las acusaciones formuladas por la parte recurrente en el escrito contentivo de su recurso de casación y la sentencia censurada.

4.1.- ALEGACIONES DEL RECURSO DE CASACIÓN POR EL CASO UNO:

El casacionista al amparo del caso uno realiza las siguientes acusaciones:

- Que el Tribunal de segunda instancia ha interpretado erróneamente el artículo 222 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos, al no haber declarado la nulidad de la audiencia de primera instancia, ya que el juzgador no permitió la producción de la prueba pericial, misma que fue admitida con antelación, todo esto sustentándose en que la perito no acudió a la audiencia habiendo sido notificada; pese a informar al Juez que su inasistencia fue: *ª por caso fortuito o de fuerza mayor siendo comunicado al juez a quo vulnera el derecho a la defensa más aun tratándose del derecho de una persona con discapacidadº (sic).*
- Añade, los jueces provinciales no discutieron sobre si la prueba pericial fue admitida y si es que hubo caso fortuito o fuerza mayor, por lo cual no pudo acudir la perito para sustentar su informe, inobservando la advertencia de la razón de ausencia, de todas maneras no suspendieron la audiencia, respaldándose en el artículo 222 segundo inciso del Código Procesal, vulnerando así el derecho a la defensa así como su condición de discapacidad y de analfabeto.
- Que la norma es clara (artículo 222 del COGEP) y por ende el tribunal debió acogerse a su pedido, ya que la falta de comparecencia del perito por caso fortuito, debía hacer que se suspendiera la audiencia y se señalara nueva fecha para producir dicha prueba, como lo determina el artículo 333 numeral 4 del mismo cuerpo legal.
- Sostiene también, que la perito entregó el justificativo de su falta de comparecencia de caso fortuito por enfermedad, conforme consta en el proceso.
- Precisa que el informe pericial fue presentado de forma completa al entregar la demanda y este no ha sido observado, teniéndose que subsanar este defecto.
- Manifiesta asimismo, que en la sentencia de alzada, existe un ejercicio mínimo de argumentación, puesto que, el tribunal provincial menciona que no se justificó a

tiempo la no comparecencia de la perito, sin embargo, dice que el caso fortuito de fuerza mayor por enfermedad reúne los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad.

- Finalmente señala, que juzgadores de apelación, no han observado el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, pues no se ha interpretado adecuadamente el artículo 222 del Código Orgánico General de Procesos, en conjunto con los derechos laborales de una persona con discapacidad y que además no sabe leer ni escribir, es decir, de una persona de atención prioritaria.

4.1.1.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo con los argumentos expuestos, el problema jurídico se contrae a:

- Dilucidar si el tribunal *ad quem*, ha interpretado erróneamente el artículo 222 inciso segundo del COGEP, al confirmar que la audiencia única no debía ser suspendida por la falta de comparecencia de la perito para sustentar su informe, pese a que se demostró la fuerza mayor o caso fortuito, lo que ha ocasionado indefensión a la parte actora, cuando este medio de prueba ha sido trascendental para demostrar su teoría del caso.

4.1.2.- CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO UNO:

El caso invocado por el recurrente determinado en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, se produce: *“ (1/4) Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal. (1/4) ”.*

Este vicio doctrinariamente se conoce como *in procedendo*, llamado a producir la nulidad del proceso; radica en la vulneración del procedimiento *“ por violación indirecta (la violación directa es en el proceso pero no en el fallo) ”* (Andrade Ubidia, *“ La Casación Civil en el Ecuador ”*, 2005, pág. 114); en la nulidad existen dos principios el de especificidad y el de trascendencia, esto es que no solo basta su determinación sino que su transgresión debe causar un perjuicio real y efectivo a las partes; al

respecto Enrique Vécovi sustenta que *“la nulidad tiene por fin no el solo interés legal en el cumplimiento de las normas y ritualidades que la ley fija para los juicios, sino la salvaguardia de los derechos de las partes (1/4) la violación formal debe trascender a la violación de los derechos de las partes (o de una parte)”*. (Enrique Vécovi, *La Casación Civil*, Montevideo, Ediciones Idea, 1ra. Edición, 1979, págs. 264,265), lo que quiere decir, que no bastará que el recurrente impute al fallo de haber incurrido en causal de nulidad, sino, que esta sea insanable, o haya provocado indefensión, adicionalmente, que hubiere influido en la decisión de la causa y que ella no haya sido convalidada dentro del proceso.

Humberto Murcia Ballén, al respecto manifiesta: *“La desviación de las formas legalmente establecidas para regular la constitución y el debido desenvolvimiento de la relación procesal, constituyen verdaderas anormalidades que impiden en el proceso el recto cumplimiento de la función jurisdiccional (1/4) es la necesidad de que el proceso nazca y se desarrolle en condiciones viables; es obvio que carece de esta virtud cuando en su iniciación o en su trámite se omiten o se desvían los principios legales que garantizan la idoneidad de los actos que lo integran y el derecho de defensa de las partes. Si, pues, la sentencia se dicta con transgresión de los citados principios, tal decisión resulta afectada por un vicio que, si no se subsana oportunamente, justifica la casación o quiebra del fallo de instancia”*. (Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, Santa Fé de Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C .Ltda., 1996, p. 527).

4.1.3.- EXAMEN DEL CARGO ALEGADO: Para dilucidar sobre la acusación formulada, es necesario remitirnos a la sentencia recurrida, en cuya parte pertinente señala:

“ (1/4) que en efecto el señor juez si consideró el argumento expuesto por el actor con relación a la importancia de evacuar la prueba admitida, que era el INFORME PSICOLOGICO que consta de fs. 32 a 36, pues si había admitido dicha prueba; entendemos entonces y tal como lo expone en su sentencia, que debió discurrir que correspondía escuchar a la perito y su argumentación en torno al documento para así tener otro elemento de convicción que podría o no considerar para dictar su sentencia, por eso admitió la prueba, más ocurre que la perito habiendo sido notificada con la práctica de la diligencia de Audiencia, no concurrió hasta la Sala de Audiencia de la Unidad, es decir no estuvo presente, y no se presentó excusa por su inasistencia o al menos envió justificativo alguna de su ausencia, lo que hizo que el señor juez prescindiera de la práctica de dicha prueba, ello en apego a lo dispuesto en el Art. 222 del COGEP, norma clara y diáfana que en forma expresa dispone como se debe actuar en estos casos, pues conforme consta de autos, la perito Psicóloga JACQUELINE SACAQUIRIN

CALLE, presenta un CERTIFICADO el 18 de Diciembre del 2019, 9h08, certificado médico otorgado por la Dra. Tanya Muñoz Hurtado donde justifica haber acudido a consulta médica, pero el mismo ha sido a las 08h00, cuando la Audiencia fue a las 10h00, y dicho certificado no le da reposo alguno°.

Respecto a esta interpretación, la parte casacionista al amparo del caso uno del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, manifiesta que en la sentencia recurrida, los jueces de instancia interpretaron erróneamente el artículo 222 inciso segundo ibídem, al no haber declarado la nulidad para subsanar el grave error que comete el juez de instancia, al no suspender la audiencia única, para que se pueda practicar la prueba pericial admitida a la parte actora, frente a la imposibilidad de la perito de comparecer por caso fortuito o fuerza mayor, justificado en días posteriores con el certificado médico correspondiente.

A fin de poder examinar lo alegado por la parte recurrente, se observa que el artículo 222 del Código Orgánico General de Procesos, dispone:

^a Art. 222.- La o el perito será notificado en su dirección electrónica con el señalamiento de día y hora para la audiencia de juicio o única, dentro de la cual sustentará su informe. Su comparecencia es obligatoria.

En caso de no comparecer por caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobado y por una sola vez, se suspenderá la audiencia, después de haber practicado las demás pruebas y se determinará el término para su reanudación.. [¼]°.

La norma citada regula el modo en el que rendirá la declaración el/la perito y en este sentido señala, que una vez notificado, su comparecencia es obligatoria a la audiencia para sustentar su informe, en el caso de no comparecer deberá justificar el caso fortuito y fuerza mayor, las demás pruebas se practicarán y se suspenderá la audiencia para la práctica de esta en una determinada fecha.

Revisada la norma, resulta ilógico entender como lo hacen los jueces de instancia, que el caso fortuito o fuerza mayor, deba comprobarse en ese momento, para con base en aquello suspender la audiencia única; dado que, al ser un evento imprevisto al que no es posible resistir, conforme lo define el artículo 30 del Código Civil y, que de acuerdo a la doctrina, es un hecho extraño que supera la voluntad de la persona, colocándola en la imposibilidad absoluta, permanente o transitoria de cumplir una obligación, debiendo reunir las características de ser imprevisible e irresistible. (Guillermo Ospina Fernández, en su obra ^a Régimen General de las Obligaciones°), por lo que su demostración, por sentido común, debe ser exigida que sea presentada con posterioridad al evento.

Ahora bien, en este caso, para verificar la indefensión acusada, es necesario remitirnos a las constancias procesales, encontrando que, de la grabación magnetofónica que la defensa técnica (defensor público) de la parte actora, advirtió al juez de primera instancia, sobre la imposibilidad de comparecencia de la perito, quien se habría comunicado con él vía telefónica manifestándole que se ha presentado un inconveniente y no le será posible asistir para sustentar su informe psicológico, en estos términos, solicitó se suspenda la audiencia, para que esta prueba que es medular para su defensa y para contradecir la prueba documental de la contraparte, dadas las conclusiones establecidas en el informe que acreditaban su deficiencia cognitiva, pueda actuarse.

Situación que no fue aceptada por el juez, bajo el argumento de que correspondía a la parte actora, presentar en ese instante la justificación sobre la ausencia de la perito, sin tomar en cuenta, que la norma prevé que se continúe con la práctica de las otras pruebas y se suspenda la audiencia para la práctica del informe del perito en una fecha posterior, ante su no comparecencia por caso fortuito o fuerza mayor, aquello precisamente, porque al ser un evento que sucede de improviso y de manera no programada, su justificación en ese momento sería poco probable.

Sin embargo el juez no toma en consideración, que al actor no le correspondía justificar la ausencia de la perito y menos aún verse afectado en su derecho a la defensa, por el imprevisto ocurrido a un tercero (perito).

Más todavía, cuando la perito psicóloga doctora Jacqueline Elizabeth Sacaquirin Valles, demostró que en el día señalado para comparecer a sustentar su informe psicológico, esto es 11 de diciembre de 2019, fue atendida en la **Unidad Operativa del Centro de Salud Pasaje** del Ministerio de Salud Pública (fojas 80), conforme se desprende del certificado médico, que en lo principal refiere, que llegó con un cuadro clínico físico ^a dolor lumbar bilateral^o, al que luego de la atención médica le signaron el código de patología N029, advirtiéndose que a partir de las 08h00 am, empezó a ser atendida en el Centro de Salud de Pasaje, cuando la audiencia era en la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Arenillas, a las 10h15, lo que permite colegir, que tanto por la atención que estaba recibiendo como por la distancia entre el lugar en que se encontraba Pasaje y el lugar de la audiencia Arenillas, resultaba imposible que acudiera a la diligencia, en este sentido, la perito ha demostrado la fuerza mayor o caso fortuito en el que se encontró el día y hora fijados para su comparecencia a través de un documento público, emitido por un facultativo médico del Ministerio de Salud Pública, que da fe en cuanto a su otorgamiento, fecha y declaraciones, por lo que cumple con los presupuestos determinados en el artículo 208 del COGEP, para su validez.

En esta línea análisis, es importante dejar anotado, que uno de los derechos fundamentales de las

partes, dentro de un proceso, es el de defensa, mismo que en palabras de Bernal Pulido, tratadista Colombiano ^a se erige como uno de los principios integradores más importantes del debido proceso^o (BERNAL PULIDO CARLOS; ^aEl Derecho de los Derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales^o; Universidad Externado de Colombia; Bogotá enero 2005; pág. 368), que abarca desde la posibilidad de concurrir al proceso, alegar en su defensa y presentar los recursos que franquea la ley.

En el marco de un estado constitucional de derechos y justicia, que proclama el artículo 1 de la Constitución de la República, los jueces no somos únicamente la boca de ley, sino garantes de los derechos de las partes, estando obligados a velar por su tutela y cumplimiento conforme lo determinan los artículos 75 y 76 ibídem. Más todavía, cuando se encuentran involucrados derechos de una persona vulnerable por su condición de discapacidad, y que a más de eso refiere es analfabeta.

En este sentido, los jueces de instancia, al no haber corregido el error cometido por el *juez a quo* en la aplicación de la ley, transgredieron lo dispuesto en el artículo 222 numeral 2 del COGEP, causando indefensión a la parte actora, por lo que se acepta el cargo alegado al amparo del caso uno del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, lo que vuelve en innecesario el análisis de lo invocado bajo el caso tres.

En este sentido, este tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta el recurso de casación planteado por la parte actora, al amparo del caso uno del artículo 268 del COGEP, por la indefensión causada y **DECLARA LA NULIDAD DESDE LA AUDIENCIA ÚNICA**, quedando el estado del proceso, para que sorteando esta causa a un nuevo juzgador, señale nuevo día y hora, para la celebración de la audiencia única.

Emitida la decisión oral, la defensa técnica de la actora, solicitó se amplíe la misma, bajo el argumento de que ante el fallecimiento del actor, la declaración de parte por él rendida en la audiencia única se la tenga por válida, frente a lo peticionado y una vez escuchada la contraparte, este tribunal de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos, que en su parte respectiva dispone: ^a ¼ La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.^o, señala que se ha pronunciado sobre lo que fue materia del recurso de casación interpuesto por la parte recurrente por escrito y fundamentado oralmente en esta audiencia, en torno al caso uno del artículo 268 ibídem, cuyo efecto es generar la declaratoria de nulidad desde el acto procesal en el que se produjo la

indefensión; como en efecto se lo hizo, por lo que no procede el recurso de ampliación solicitado.

Notifíquese y cúmplase.-

DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI
JUEZA NACIONAL (PONENTE)

DR. ALEJANDRO MAGNO ARTEAGA GARCIA
JUEZ NACIONAL

DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA
JUEZA NACIONAL



Abg. Jaqueline Vargas Camacho
DIRECTORA (E)

Quito:
Calle Mañosca 201 y Av. 10 de Agosto
Atención ciudadana
Telf.: 3941-800
Exts.: 3133 - 3134

www.registroficial.gob.ec

JV/AM

El Pleno de la Corte Constitucional mediante Resolución Administrativa No. 010-AD-CC-2019, resolvió la gratuidad de la publicación virtual del Registro Oficial y sus productos, así como la eliminación de su publicación en sustrato papel, como un derecho de acceso gratuito de la información a la ciudadanía ecuatoriana.

"Al servicio del país desde el 1º de julio de 1895"

El Registro Oficial no se responsabiliza por los errores ortográficos, gramaticales, de fondo y/o de forma que contengan los documentos publicados, dichos documentos remitidos por las diferentes instituciones para su publicación, son transcritos fielmente a sus originales, los mismos que se encuentran archivados y son nuestro respaldo.