

REGISTRO OFICIAL

Órgano del Gobierno del Ecuador

Quark

XPpress

Demo

Quark

XPpress



Demo

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



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

Año III -- Quito, Viernes 6 de Marzo del 2009 -- N° 542

LIC. LUIS FERNANDO BADILLO GUERRERO
DIRECTOR ENCARGADO

Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez
Dirección: Telf. 2901 - 629 -- Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540
Distribución (Almacén): 2430 - 110 -- Mañosca N° 201 y Av. 10 de Agosto
Sucursal Guayaquil: Malecón N° 1606 y Av. 10 de Agosto - Telf. 2527 - 107
Suscripción anual: US\$ 300 -- Impreso en Editora Nacional
1.400 ejemplares -- 48 páginas -- Valor US\$ 1.25

SUPLEMENTO

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
CORTE CONSTITUCIONAL Para el Período de Transición		1244-2008-RA Acéptase parcialmente el amparo solicitado por el abogado Fidel Ramón Chiriboga Mosquera y otro	11
RESOLUCIONES:		1408-2008-RA Confírmase la resolución venida en grado y niégase el amparo solicitado por Julieta Estrella Silva	16
1032-2006-RA Confírmase la resolución del Juez de instancia y niégase la acción de amparo propuesta por Oscar Roberto Pozo Pérez	2	1470-2008-RA Confírmase la resolución venida en grado e inadmítese el amparo solicitado por Víctor Rafael Valencia Peñaloza en representación de la Compañía Faraón Farmas del Ecuador S. A.	18
0237-2008-RA Confírmase la resolución venida en grado y niégase la acción de amparo presentada por el señor Nixon Robin Garrido Cuero	4	SERVICIO DE RENTAS INTERNAS:	
TERCERA SALA:		NAC-DGERCGC09-00131 Apruébase el formulario de Declaración Informativa de Transacciones sujetas al Impuesto a la Salida de Divisas mediante Instituciones Financieras y Couriers	20
0754-2008-RA Confírmase la resolución venida en grado y concédese el amparo constitucional solicitado por el señor Wilson Vicente González Caizer	5	NAC-DGERCGC09-00133 Designanse a los funcionarios como personas autorizadas a utilizar por el SRI las herramientas del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRAS PUBLICAS, www.compraspublicas.gov.ec	22
1003-2008-RA Revócase la resolución venida en grado y niégase el amparo constitucional solicitado por el señor Ismael Chamaidan Bohórquez	8		

Págs.

FUNCION JUDICIAL**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO
CIVIL Y MERCANTIL:****Recursos de casación en los juicios
seguidos por las siguientes personas e
instituciones:**

241-2007 Teresa Pinos Mogrovejo en contra de Ana Lucía Pinos Urgilés y otro	23
242-2007 Compañía Latin America Telecom Inc. en contra de PACIFICTEL S. A.	27
243-2007 Ingeniero Luis Basabe Bustos en con- tra de Víctor Hugo Muñoz Muñoz	46

Nro. 1032-2006-RA

Juez Ponente: Dr. Patricio Herrera Betancourt

**“LA CORTE CONSTITUCIONAL,
para el período de transición**En el caso signado con el **Nro. 1032-2006-RA****ANTECEDENTES:**

Oscar Roberto Pozo Pérez, comparece ante el Juez Vigésimo Segundo de lo Civil del Guayas, con asiento en Salitre, deduce acción de amparo constitucional en contra de los señores Procurador General del Estado y Subsecretario de Recursos Pesqueros. Solicita se deje sin efecto el acto administrativo emitido el 24 de agosto del 2005, mediante el cual resolvió destituirle del puesto de Inspector de Pesca. El accionante en lo principal señala:

Que, el 7 de julio del 2005, se inicio instrucción fiscal contra el accionante, solicitándole al Juez Penal, la prisión preventiva, dictando la medida cautelar de carácter personal, con lo cual le impidió la asistencia normal al lugar de trabajo, desde el 11 de julio hasta el 5 de agosto del 2005, hecho que fue conocido por el empleador.

Indica que una vez levantada la medida cautelar de carácter personal que pesaba en su contra, se reintegra a su lugar de trabajo a laborar normalmente, desde el 8 de agosto al 26 de agosto del 2005.

Manifiesta que el 21 de julio del 2005, el Subsecretario de Recursos Pesqueros, inicia el trámite administrativo por faltas injustificadas al trabajo, trámite que resulta ilegal e improcedente y en el que se resuelve su destitución; por lo que demanda la suspensión del acto que impugna y su reincorporación al puesto de Inspector de pesca de la Subsecretaría de Recursos Pesqueros.

El 9 de mayo de 2006, se lleva a cabo la **audiencia pública**, a la cual comparece la parte accionante,

presentando sus alegatos verbalmente y por escrito, afirmando y ratificándose en los fundamentos de su demanda. Los demandados señores Procurador General del Estado y Subsecretario de Recursos Pesqueros no se presentan a la Audiencia Pública.

El 22 de mayo de 2006, el Juez Vigésimo Segundo de lo Civil del Guayas, resuelve desestimar la acción de amparo propuesta.

Con estos antecedentes, para resolver se realiza las siguientes,

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición publicado con la Constitución de la República del Ecuador en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 y la Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre de 2008.

SEGUNDA.- La Autoridad demandada alega que existe incompetencia del Juez de lo Civil de Salitre para conocer y resolver la presente acción por cuanto el acto impugnado fue emitido en la ciudad de Guayaquil y surte efectos en la misma ciudad, pues, la Subsecretaría tiene su domicilio en la ciudad de Guayaquil (Fojas 295 del cuaderno de instancia).

Previo a resolver sobre la cuestión de fondo, es menester que esta Magistratura establezca la competencia del Juez constitucional de instancia, pues, para proponer la acción de amparo, conforme el artículo 47 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, de manera ordinaria, son jueces competentes para conocer y resolver la acción de amparo constitucional, los jueces o tribunales de instancia territorial en que se ha emitido el acto o de aquella en la que el mismo surtirá efectos, previsión que concede al accionante la facultad de elegir el lugar en el que presentará su demanda, a efectos de garantizar la inmediata tutela a sus derechos que considera han sido lesionados, objeto éste que se caracteriza la urgencia del amparo. En la especie, el actor manifiesta que tiene su domicilio en el cantón Salitre, provincia del Guayas, si el mencionado actor tiene su domicilio en dicho cantón bien procede la presentación de la acción de amparo en esa jurisdicción. Consecuentemente, se desecha la excepción planteada por el demandado.

TERCERA.- La Norma Suprema del Estado, al regular la institución del amparo constitucional, se aparta de otros ordenamientos constitucionales y lo consagra como un mecanismo fundamental y no residual de defensa de los derechos constitucionales protegidos, que al ser vulnerados por acto u omisión ilegítima de la autoridad pública puede provocar daños graves. El propósito de esta acción constitucional inhiere evitar que los ciudadanos sufran daños que no se encuentren jurídicamente obligados a soportar. Y esto se inscribe perfecta y lógicamente, con el fin de garantizar la vigencia efectiva de los derechos subjetivos constitucionales, por lo cual no es necesario que se agoten las instancias administrativas o judiciales de forma previa a la presentación de una acción de amparo, ni es necesario tampoco que los daños o los efectos de las

acciones ilegítimas puedan ser reparados en estas instancias. La acción de amparo se convierte así en la más importante garantía constitucional para evitar que la presunción de legitimidad de que gozan los actos de las autoridades públicas -cuando estos actos son ilegítimos- vulneren derechos constitucionalmente protegidos, causando daño a los administrados. Su procedencia requiere la presencia simultánea de los siguientes elementos: **a)** acto u omisión ilegítimos de autoridad pública; **b)** viole cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; y, **c)** cause daño grave e inminente. Por tanto, es condición sustancial analizar la conducta impugnada de la autoridad y, como consecuencia, establecer las medidas conducentes a la protección de los derechos constitucionales vulnerados, imponiendo tutela constitucional efectiva que la acción de amparo garantiza, esto es, cesar, evitar la comisión o remediar las consecuencias, del acto u omisión ilegítimos. En este sentido es de valor sustantivo y condición de procedencia del amparo la verificación de la ilegitimidad de la autoridad pública.

CUARTA.- El accionante impugna la Resolución No. 001-SRP-05, de 24 de agosto del 2005, mediante la cual resuelve destituir del puesto de Técnico A de la Unidad de Control Pesquero de la Dirección General de Pesca de la Subsecretaría de Recursos Pesqueros (Fojas 253 y vuelta, del expediente de instancia).

De los documentos incorporados al proceso y de las exposiciones de las partes procesales se desprende que el antecedente de la adopción de la Resolución que se impugna fue la inasistencia del amparista durante seis días laborables a su lugar de trabajo, esto es, desde 11 de julio de 2005 hasta el 18 de julio del 2005. En efecto dicha Resolución dice: *“SEXTO.- Por lo expuesto, el suscrito Subsecretario de Recursos Pesqueros, Ab. Boris Kusijano Trujillo, considerando que el sumariado Oscar Roberto Pozo Pérez, Técnico A de la Unidad de Control Pesquero de la Dirección General de Pesca de la Subsecretaría de Recursos Pesqueros no ha justificado su inasistencia durante seis días laborables, desde el 11 de julio del 2005 hasta el 18 de julio del 2005, ha adecuado su conducta en la causal de destitución establecida en el Art. 49 literal b) de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera y de Unificación y Homologación de las remuneraciones del sector público, RESUELVE, acoger las recomendaciones elaboradas por la UARHs y dispone: Destituir del puesto de Técnico A de la Unidad de Control Pesquero de la Dirección General de Pesca de la Subsecretaría de Recursos Pesqueros ...”*.

QUINTA.- Si nos remitimos al contenido del artículo 95 de la Ley Suprema de 1998, podemos advertir inmediatamente que uno de los requisitos indispensables para la procedibilidad de la acción de amparo es la concurrencia de un acto administrativo ilegítimo. Por lo precedentemente citado, en primer término conviene precisar para efecto de nuestro juicio de garantías ¿que se entiende por acto administrativo?. Para Royo Villanova el acto administrativo se puede explicar en los siguientes términos: *“Entendemos por acto administrativo un hecho jurídico que por su procedencia emana de un funcionario administrativo; por su naturaleza se concreta en una declaración especial y por su alcance, afecta positiva o negativamente, a los derechos de las personas individuales*

o colectivas que se relacionan con la Administración Pública”. Complementando lo señalado, reconocidos constitucionalistas como Pedro Javier Granja, han expresando que *“si bien es cierto la declaración jurídica de la administración pública puede y debe presumirse legal, esto no implica que sea indefectiblemente legítima. En esencia, se reputa la existencia de un acto administrativo ilegítimo cuando éste ha sido dictado en contradicción con las garantías fundamentales contenidas en la Carta Magna y más concretamente con las normas universalmente aceptadas del debido proceso”*. Añade el citado jurisconsulto, que *“En el Ecuador se ha venido malinterpretando, la esencia conceptual de la ilegitimidad y esto se debe a una errónea interpretación que sustenta que este vicio opera cuando el acto -ha sido dictado por una autoridad que no tenía competencia para hacerlo- lo cual es doctrinariamente equivocado pues se entiende que de darse tal circunstancia el acto deviene en ilegal, por lo que no debería ser objeto de una acción de constitucionalidad sino de legalidad”*.

SEXTA.- En la especie, de las constancias procesales examinadas, no se infiere la existencia de ninguno de los vicios que ilegitiman un acto administrativo. Obra de autos que el objeto específico de la reclamación, es la supuesta inconstitucional e ilegal Resolución de remoción de funciones del recurrente, Resolución que fue debidamente motivada y comunicada al señor Oscar Roberto Pozo Pérez siguiendo todas las solemnidades de carácter formal en la práctica del sumario administrativo que juzgó su deserción absolutamente injustificada de su puesto de trabajo por más de tres días consecutivos, en ningún pasaje del análisis disciplinario de su situación se le conculcó el derecho a la defensa, se motivó correctamente la resolución ahora impugnada y en lo esencial su sanción es el resultado de la aplicación efectiva de la norma contenida en la letra k) del artículo 58 de la LOSSCA, que estatuye: *“Las unidades de administración de recursos humanos ejercerán las siguientes funciones: ... k) Tramitar las sanciones disciplinarias a los servidores de la Institución, de conformidad con el régimen disciplinario vigente”*.

SÉPTIMA.- Por último, el recurrente alega que la Resolución impugnada no fue debidamente motivada. No queda sino concluir de lo expuesto *ut supra* que en el presente se entiende que la Resolución, materia axial de esta acción, es efectiva por ser razonada, extensa y lógica por lo que no cabe que se pretenda acreditar una supuesta ausencia de eficacia jurídica por este tema.

Así las cosas, siendo legítimo el acto impugnado, no es necesario analizar los otros elementos que requiere la procedencia de la acción de amparo constitucional, tanto más cuando no existe violación alguna a los principios aplicables del debido proceso, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución de la República. Por tanto, habiendo sido dictado por autoridad competente, respetando los principios del debido proceso, y gozando de suficiente fundamento y motivación, el acto administrativo impugnado es legítimo, sin que sea necesario abundar más en el análisis de los requisitos de procedencia del presente amparo;

Por las consideraciones expuestas en uso de sus atribuciones la Corte Constitucional, para el período de transición,

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la Resolución del Juez de instancia, y en consecuencia negar la acción de amparo propuesta por el recurrente.
 - 2.- Devolver el expediente al Juez de origen para los fines de Ley.- NOTIFÍQUESE Y PUBLIQUESE”.
- f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Presidente (E).

Razón: Siento por tal, que la Resolución que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con siete votos a favor (unanimidad), correspondientes a los doctores Roberto Bhrunis Lemarie, Freddy Donoso Páramo, Patricio Herrera Betancourt, Hernando Morales Vinuesa, Miguel Angel Naranjo Iturralde, Ruth Seni Pinoargote y Edgar Zárate Zárate, sin contar con la presencia de los doctores Nina Pacari Vega y Manuel Viteri Olvera, en sesión del día martes tres de febrero de dos mil nueve.- Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por- f.) Ilegible.- Quito, a 2 de marzo del 2009.- f.) El Secretario General.

Nro. 0237-2008-RA

Ponencia: Dr. Freddy A. Donoso P.

**“LA CORTE CONSTITUCIONAL,
para el período de transición**

En el caso signado con el **Nro. 0237-2008-RA**

ANTECEDENTES:

El señor Nixon Robin Garrido Cuero compareció ante el señor Juez Segundo de lo Civil de Sucumbíos y dedujo acción de amparo constitucional en contra del señor doctor Jorge Eduardo Herrera Molina, representante legal de la Jefatura Provincial de Salud No. 2 – Shushufindi, solicitando que se ordene la suspensión de lo dispuesto en el oficio No. 156-JSA2SSFD-GRH-2007 de 14 de diciembre del 2007, mediante el cual se le comunicaba que su relación laboral terminaba el día 31 de diciembre del 2007 y se le agradecía los servicios prestados en el Hospital de Shushufindi. En lo principal manifestó lo siguiente:

Ingresó a laborar como Guardia en el Hospital de Shushufindi, el día 30 de abril del 2006, bajo contrato verbal, hasta el día 30 de abril del 2007, y para hacer efectivo el cobro de sus remuneraciones debía presentar la factura, lo cual es ilegal e improcedente, debido a que dicha remuneración debió hacérsela mediante rol de pagos.

Desde el día 1 de mayo hasta el día 31 de julio del 2007, se le hizo firmar un Contrato de Servicios Ocasionales, para que siga laborando como Auxiliar de Servicios (Guardia),

una vez fenecido dicho contrato, suscribió otro con un plazo comprendido desde el mes de agosto hasta diciembre del 2007, violentando el artículo 20 de la LOSCCA.

Al firmar el último contrato tenía un horario de ocho horas diarias, con turnos rotativos de mañana, tarde y noche, de miércoles a domingo, con descanso los días lunes y martes.

En Oficio No. 156-JSA2SSFD-GRH-2007 de 14 de diciembre del 2007, el señor Jefe de Área No. 2 Shushufindi, le agradeció sus servicios prestados a la entidad, sin tomar en cuenta que ha laborado por 21 meses, lo que le convierte en servidor de carrera, ya que ha cumplido con los requisitos determinados en el artículo 94 de la Codificación de la LOSCCA y por tanto goza de las garantías previstas en el artículo 96 ibídem.

Previo a despedirle de su trabajo se debió haber efectuado una evaluación técnica y objetiva de sus servicios, la que debió ser aprobada por Recursos Humanos.

El acto impugnado viola los artículos 23, numerales 3, 26 y 27; 24, numerales 10 y 13; 35; 124, inciso segundo de la Constitución Política del Estado; 89 y 96 de la LOSCCA; y, se ha inobservado la Resolución No. 0783 del Tribunal Constitucional, publicada en el Registro Oficial No. 274 de 16 de febrero del 2004, que establece que los contratos de servicios personales cuando se firman por varias y repetidas ocasiones otorgan estabilidad al empleado, pronunciándose en igual sentido el señor Procurador General del Estado, al absolver la consulta realizada por la señora Presidenta de la Comisión de Educación, Cultura y Deportes del Congreso Nacional.

Fundamentado en los artículos 95 de la Constitución Política del Estado, 46 y 47 de la Ley de Control Constitucional, interpuso acción de amparo constitucional y solicitó se ordene la suspensión de lo dispuesto en Oficio No. 156-JSA2SSFD-GRH-2007 de 14 de diciembre del 2007 y se le restituya a su lugar de trabajo.

En la audiencia pública el actor se ratificó en los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. El señor Jefe del Área No. 2 de Salud de Shushufindi señaló que el recurrente en el numeral quinto de su demanda, dice presentar el recurso de amparo constitucional en contra del Municipio de Lago Agrio, es decir en contra de una institución que no representa. Al no tener partidas presupuestarias, se contrató al recurrente como Guardián, lo que está considerado dentro de los ingresos de autogestión que la institución asigna cada año fiscal. No existe acto ilegítimo ni violación constitucional, en razón a que el acto impugnado ha sido emitido por autoridad competente, por lo que pidió que se rechace dicho amparo constitucional.

El señor Juez dio por acusada la rebeldía en que habían incurrido los señores Director Provincial de Salud de Sucumbíos, Ministra de Salud y Procurador General del Estado, por no haber acudido a la audiencia de amparo constitucional.

El señor Juez Segundo de lo Civil de Sucumbíos resolvió negar el amparo constitucional; y, posteriormente concedió el recurso de apelación interpuesto por el actor.

Encontrándose el presente caso en estado de resolver, para hacerlo se realizan las siguientes,

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición publicado con la Constitución de la República del Ecuador en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 y la Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre de 2008. Por otra parte, no se advierte violación del trámite ni omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución de la causa, por lo que se declara su validez.

SEGUNDA.- La acción de amparo constitucional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución de 1998 y en el artículo 46 de la Ley del Control Constitucional, tiene un propósito tutelar traducido en objetivos de protección destinados a cesar, evitar la comisión o remediar las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos que viole derechos constitucionales protegidos, por lo que es condición sustancial de esta acción analizar la conducta impugnada de la autoridad y, por consiguiente, establecer las medidas conducentes a la protección de los derechos constitucionales vulnerados, cuyo daño grave o inminencia de daño, imponga la tutela constitucional efectiva que la acción de amparo garantiza. En este sentido es de valor sustantivo y condición de procedencia del amparo la verificación de la ilegitimidad en la que haya incurrido la autoridad pública y la posibilidad efectiva de la tutela que la acción promueve para garantía de los derechos constitucionales violentados.

TERCERA.- Del análisis del expediente se desprende que la pretensión del accionante, mediante la presente acción de amparo es que se ordene la suspensión de lo dispuesto en el Oficio No. 156-JSA2SSFD-GRH-2007, de 14 de diciembre del 2007, mediante el cual se le comunicó que su relación laboral terminaba el día 31 de diciembre del 2007 y se le agradecía los servicios prestados al Hospital de Shushufindi. Obra de autos que el recurrente ha ingresado a laborar como Guardia en el Hospital de Shushufindi, en el periodo comprendido del 30 de abril del 2006, hasta el día 30 de abril del 2007, tiempo durante el cual ha cobrado la mensualidad previa a la presentación de las facturas correspondientes, conforme consta a fojas 38 a la 50 del proceso. Posteriormente ha firmado dos contratos de servicios ocasionales, el primero desde el día 1 de mayo hasta el día 31 de julio del 2007, (tres meses), y el segundo desde el mes de agosto hasta diciembre del 2007, (cinco meses), periodos, durante los cuales ha laborado como Auxiliar de Servicios (Guardia).

CUARTA.- En la especie no se ha demostrado, que el accionante ha trabajado el primer año bajo contrato de servicios ocasionales, esto es desde el 30 de abril del 2006 hasta el 30 de abril del 2007, al contrario consta de autos las facturas que ha debido entregar para hacer efectivo el cobro de sus mensualidades, por los servicios prestados como Guardia en el Hospital de Shushufindi. El haber firmado dos contratos de tres y cinco meses consecutivos de ninguna manera le da derecho a estabilidad y ha considerarse como un servidor público de carrera, cuando en los referidos contratos en la Cláusula Quinta: establece el Plazo del Contrato y manifiesta que la relación laboral termina el 31 de julio y el 31 de diciembre del 2007 respectivamente, y en la Cláusula Sexta se contempla la

Terminación del Contrato, donde se cita el artículo 22 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa que dice: *“Los contratos de servicios ocasionales terminarán por las siguientes causales: a) Cumplimiento del plazo; ...”*.

QUINTA.- El accionante en el libelo, manifiesta que se ha violentado el contenido de la reforma efectuada en el Decreto Ejecutivo emitido por el señor Presidente de la República con relación a lo señalado en el inciso segundo del artículo 20 del Reglamento de la LOSCCA, que dice: *“...El Plazo máximo de duración del contrato de servicios ocasionales será el correspondiente al del tiempo restante del ejercicio fiscal en curso, podrá ser renovado durante el siguiente ejercicio fiscal, y no se sujetará al concurso de merecimientos y oposición ...”*, reforma efectuada el 21 de diciembre del 2007, mediante la cual se eliminó la palabra **“no”** después de la palabra **“curso”** del citado artículo, sin embargo es importante señalar que la disposición transcrita no es obligatoria al momento de disponer que **“podrá ser renovado”** sino más bien es discrecional supeditada a la disponibilidad o no, de fondos para cumplir con este fin y que conste en el nuevo presupuesto fiscal correspondiente. Consecuentemente el acto administrativo impugnado es legítimo por cuanto se encuentra dentro de las competencias de la Administración Pública.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Constitucional, para el período de transición, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE:

1.- Confirmar la Resolución venida en grado; y, en consecuencia, negar la acción de amparo presentada por el señor Nixon Robín Garrido Cuero; y,

2.- Notifíquese y publíquese”.-

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Presidente (E).

Razón: Siento por tal, que la resolución que antecede fue aprobada por la Corte Constitucional, para el período de transición, con siete votos a favor (unanimidad), correspondientes a los doctores Roberto Bhrunis Lemarie, Freddy Donoso Páramo, Patricio Herrera Betancourt, Hernando Morales Vinuesa, Miguel Angel Naranjo Iturralde, Ruth Seni Pinoargote y Edgar Zárate Zárate, sin contar con la presencia de los doctores Nina Pacari Vega y Manuel Viteri Olvera, en sesión del día martes tres de febrero de dos mil nueve.- Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por- f.) Ilegible.- Quito, a 2 de marzo del 2009.- f.) El Secretario General.

Caso N. 0754-2008-RA

Juzgado origen: 6to. de lo civil de Morona Santiago.
Nº Juicio: 0107-08

“TERCERA SALA

Quito D. M., 12 de febrero de 2009

Juez ponente: señor Dr. Patricio Herrera Betancourt

No. 0754-2008-RA

En el caso signado con el No. 0754-2008-RA

ANTECEDENTES:

Profesor Wilson Vicente González Caizer, amparado en el Art. 95 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 y Art. 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, comparece ante la señora Jueza Sexto de lo Civil de Morona Santiago, deduce acción de amparo constitucional en contra del señor Director Provincial de Educación Hispana de Morona Santiago. En lo principal manifiesta:

Que impugna la Acción de Personal No. 0000747 de 25 de mayo del 2008, mediante la cual, el señor Director Provincial de Educación Hispana de Morona Santiago, procede a reubicarla de la Unidad Educativa Fiscomisional DON BOSCO al Colegio Nacional Técnico MACAS, para el cargo de Profesor de Economía y Sociología, dejando sin efecto la Acción de Personal No. 0000735 de fecha 25 de abril del 2008.

Dice que desde el mes de diciembre del año 2000 viene prestando sus servicios como Docente en la Unidad Educativa Fiscomisional DON BOSCO de la ciudad de Macas. Que el Rector del nombrado Colegio y el Presidente de la FEDEC y el Presidente del CONESA, mediante oficio No. 026-UEDB-08, del 1 de febrero de 2008, dirigido al señor Lcdo. Fabricio Roldan Paredes, Director Provincial de Educación Hispana de Morona Santiago, pusieron a órdenes de la Dirección Provincial de Educación Hispana de Morona Santiago, sus partidas presupuestarias y sus funciones de docentes (siete profesores de la Unidad Educativa Don Bosco), amparándose en el artículos 32 de la Ley Orgánica de Educación; y, artículos 7 y 9 del Convenio celebrado entre el Ministerio de Educación y Cultura y la CONFEDC. Que esa disposición fue notificada por el señor Lcdo. Fabricio Roldan Paredes, Director Provincial de Educación Hispana de Morona Santiago, mediante oficio de fecha 6 de febrero de 2006. Que ese hecho fue objeto de Recurso de Apelación para conocimiento de la Comisión de Defensa Profesional de la Dirección Provincial de Educación Hispana de Morona Santiago, organismo que niega aduciendo que es materia de conocimiento y competencia del Director Provincial de Educación Hispana de Morona Santiago. Que acudieron ante el Comisionado de la Defensoría del Pueblo de Morona Santiago con el Recurso de Queja, organismo que declara con lugar la queja presentada, misma que se encuentra ejecutoriada y firme.

Indica que mediante oficio No. 01472 del 21 de abril 2008, el señor Director Provincial de Educación Hispana Morona Santiago, dirigiéndose entre otros al recurrente, manifiesta que: *“Existe predisposición de la CONFEDC para reintegrar partidas docentes con cargos al Estado con el fin de que dicho recurso humano pueda ser optimizado en establecimientos fiscales del país. Con estas consideraciones y al no haber variado las circunstancias que motivaron la resolución adoptada, una vez que se*

cuenta con la ratificación de la CONFEDC, esta autoridad en uso de sus atribuciones RESUELVE RATIFICAR en todo su contenido la resolución adoptada dentro del presente caso en fecha abril dos del dos mil ocho y su alcance de fecha abril 04 del mismo año. DEBIÉNDOSE EN CONSECUENCIA PROCEDER EN FORMA INMEDIATA CON LA RESPECTIVA REUBICACIÓN DE LOS DOCENTES”. Que este acto administrativo consuma una severa violación a las normas y garantías jurídicas de los docentes.

Señala como derechos subjetivos constitucionales vulnerados los constantes en los artículos: 23 numeral 3 (igualdad ante la ley), 26 (seguridad jurídica), 27 (debido proceso); 24 numerales 1 (legalidad) 13 (motivación); 35 numeral 3 (intangibilidad de los derechos de los trabajadores); 73 (carrera docente); 97 numerales 1, 3, de la Constitución Política del Estado de 1998. Por lo expuesto, solicita que se cese los efectos de los actos administrativos impugnados.

El 7 de mayo del 2008, se lleva a cabo la **audiencia pública**, a la que comparecen las partes procesales. La autoridad demandada en lo principal niega los fundamentos de la acción por no cumplir los requisitos establecidos en el Art. 95 de la Constitución de 1998; alega falta de derecho del actor; falta de legítimo contradictor pasivo; que los actos emitidos por la Dirección Provincial de Educación Hispana de Morona Santiago han cumplido con la ley y normas internas vigentes por lo que no existe acto ilegítimo de la autoridad, violatorio de derechos constitucionales invocados. Por tanto, no hay elementos que den lugar a la acción de amparo. Que los pagos y depósito de los sueldos del mes de abril del 2008, en el respectivo banco, demuestra que no existe la inminencia del daño grave, por que se encuentran trabajando y recibiendo su sueldo normalmente. El abogado de la Procuraduría General del Estado manifiesta que para que se pueda plantear una acción de amparo constitucional debe existir un daño grave. En el presente caso, el recurrente tenía los medios legales por medio de los cuales podía hacer prevalecer los supuestos derechos lesionados y reparar el mismo, incluso dentro de los quince días subsiguientes de haber conocido el acto administrativo de acuerdo al Art. 104, 105 y 106 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Judicial. Por su parte, el accionante en lo medular se ratifica en los fundamentos de su demanda.

La señora Juez de instancia, mediante Resolución expedida el 12 de mayo de 2008, admite la acción de amparo, dejando sin efecto los actos impugnados; resolución que es apelada por la Autoridad accionada, para ante esta Organismo Constitucional.

Encontrándose el caso en estado de resolver, para hacerlo se realizan las siguientes

CONSIDERACIONES:

PRIMERO.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el Art. 27 del Régimen de Transición, publicado con la Constitución de la República del Ecuador, en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 y la resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre de 2008.

SEGUNDO.- La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso.

TERCERO.- La Norma Suprema del Estado, al regular la institución del amparo constitucional se aparta de otros ordenamientos constitucionales y lo consagra como un mecanismo fundamental y *no residual* de defensa de los derechos constitucionales protegidos, que al ser vulnerados por acto u omisión ilegítima de la autoridad pública ocasiona daño grave. El propósito de esta acción constitucional busca evitar que los ciudadanos sufran daños que no se encuentren jurídicamente obligados a soportar. Y esto se inscribe perfecta y lógicamente con el fin de garantizar la vigencia efectiva de los derechos subjetivos constitucionales, por lo cual no es necesario que se agoten las instancias administrativas o judiciales de forma previa a la presentación de una acción de amparo, ni es necesario tampoco que los daños o los efectos de las acciones ilegítimas puedan ser reparados en esas instancias. La acción de amparo se convierte así en la más importante garantía constitucional para evitar que la presunción de legitimidad de que gozan los actos de las autoridades públicas -cuando estos actos son ilegítimos- vulneren derechos constitucionalmente protegidos, ocasionando daño a los administrados. En tal virtud, la Sala no comparte el criterio adoptado por la Jueza de instancia en su parte final del considerando segundo de su resolución.

Para la procedencia de esta acción constitucional requiere la presencia de los siguientes elementos: **a)** acto u omisión ilegítima de autoridad pública; **b)** viole cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; y, **c)** cause daño grave e inminente.

CUARTO.- En el presente caso se impugna la Acción de Personal No. 0000747 de 25 de mayo del 2008, mediante la cual, el señor Director Provincial de Educación Hispana de Morona Santiago, procede a **reubicar** al amparista de la Unidad Educativa Fismicomisional DON BOSCO al Colegio Nacional Técnico MACAS, para el cargo de Profesor de Economía y Sociología, dejando sin efecto la Acción de Personal No. 0000735 de fecha 25 de abril del 2008 (Fojas 1 a 2 del expediente).

QUINTO.- El Reglamento de los Planteles Fisco-Misionales, referente a las atribuciones del Secretario o Vicaríar el Art. 10 literal f) determina lo siguiente: *"Solicitar a las autoridades respectivas y tramitar el cambio o separación de los profesores con cargo al aporte del Estado cuya actitud atente contra las finalidades propias de los establecimientos católicos fisco-misionales o de quienes se demuestren que no están capacitados pedagógicas o profesionalmente para la docencia..."*. En el presente caso, no se cumple con el presupuesto señalado.

SEXTO.- Del análisis de los actos impugnados, que obran de autos, se evidencia que se limitan a comunicar la reubicación del accionante, sin mayor explicación ni fundamentación, violando de esta manera lo prescrito en el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política del Estado de 1998, que señala: *"Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su*

aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente". Por lo tanto, a falta de explicación de la pertinencia de la resolución adoptada, sin enunciar las normas y principios jurídicos en los que se basan, los actos administrativos carecen de motivación, entendiendo a la motivación lo que señala el profesor García de Enterría que expresa "Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene, a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello. Motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica, y, en segundo lugar a razonar como tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto". La motivación, pues, es un elemento material de los actos administrativos y no un simple requisito de forma.

SEPTIMO.- A más de lo señalado en la consideración anterior, es necesario señalar que mediante Oficio No. 026-UEDB-08 de 1 de febrero de 2008, (fojas 4) el Rector y Presidente FEDEC, P. Benito Del Vecchio se dirige al Lic. Fabricio Roldán P., Director de Educación Hispana de Morona Santiago, y señala: "...ponemos a órdenes de la Dirección Provincial de Educación Hispana de Morona Santiago los siguientes profesores y sus partidas presupuestarias...ORTIZ MONTENEGRO EDISON GUILLERMO..."; sanción por haber incurrido en una de las causales señaladas en el Art. 32 de la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, para lo cual, del análisis del proceso no se evidencia trámite administrativo alguno seguido en contra del accionante, que demuestre que cometió falta alguna y que merezca dicha sanción, violando de esta manera lo señalado en el literal a) del Art. 5 de la norma legal antes invocada que señala: "Art. 5.- Los docentes tienen derecho: a) A la estabilidad en el cargo y a las garantías profesionales establecidas legalmente".

OCTAVO.- Demuestra una clara violación al debido proceso garantizado por el Art. 24 de la Constitución Política del Estado de 1998, pues consta la reubicación arbitraria del accionante sin que se haya seguido los procedimientos señalados para el efecto, a pesar de que incluso consta el pronunciamiento del Asesor Jurídico de la Dirección Provincial de Educación Hispana de Morona Santiago, que en su parte pertinente concluye: *"Del análisis anterior, considero que se debería aceptar el recurso de apelación interpuesto... por las siguientes razones: Por no haberse respetado el respectivo procedimiento legal...; Por considerar que con dicha disposición se estaría atentando contra las normas constitucionales contenidas en el Art. 35 numerales 3 y 4; así como las garantías constitucionales a la estabilidad contenida en el artículo 73 de la Constitución en íntima relación con el derecho consagrado en el Art. 5 literal a) de la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio"*, así como también a fojas 29 a 39, consta el informe del líder de Gestión de Recursos Humanos de la Dirección Provincial de Educación que señala: **"CONCLUSION: De conformidad con las disposiciones legales y los fundamentos de hecho expuestos en forma precedente con claridad y precisión, presento mi OBJECCION AL ACTO ADMINISTRATIVO DE ELABORACION DE LAS ACCIONES DE PERSONAL DE REUBICACION, para los siguientes profesores... ORTIZ**

MONTENEGRO EDISON GUILLERMO y salvo mi responsabilidad". De lo señalado anteriormente se desprende, que pese a estar advertido de la ilegalidad de la mencionada reubicación, el accionado ha procedido a dictar los actos ilegítimos impugnados en la presente acción, violando todo procedimiento así como las normas y derechos constitucionales señaladas anteriormente.

NOVENO.- El acto se torna ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello o que no se lo haya dictado de conformidad con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario ha dicho ordenamiento o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación. En la especie, tales circunstancias son evidentes, puesto que la autoridad recurrida inobservó el Reglamento de los Planteles Fisco-Misionales, Art. 10 literal f); el contenido del acto administrativo no cumple con los fundamentos fácticos y jurídicos. Como se analiza ha configurado todos los elementos de la acción de amparo para su procedencia.

Por las consideraciones anotadas, y por cuanto la Sala se ha pronunciado en este sentido en un caso similar (No. 0753-2008-RA), en ejercicio de sus atribuciones la Sala,

Resuelve:

- 1.- Confirmar la resolución venida en grado; y, en consecuencia conceder el amparo constitucional solicitado por el señor Wilson Vicente González Caizer.
 - 2.- Devolver el expediente a la señora Juez de instancia para los fines consiguientes.- Notifíquese y publíquese".-
- f.) Dr. Hernando Morales Vinueza, Presidente Tercera Sala.
- f.) Dr. Manuel Viteri Olvera, Juez Tercera Sala.
- f.) Dr. Patricio Herrera Betancourt, Juez Tercera Sala.

RAZON.- Siento por tal que, la resolución que antecede fue emitida por los doctores Hernando Morales Vinueza, Manuel Viteri Olvera y Patricio Herrera Betancourt, Jueces de la Tercera Sala, quienes suscriben a los doce días del mes de febrero del dos mil nueve.- Lo certifico.

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, Secretario Tercera Sala.

CORTE CONSTITUCIONAL.- TERCERA SALA.- Es fiel copia del original.- Quito, a 19 de febrero del 2009.- f.) Secretario de la Tercera Sala.

Caso No. 1003-2008-RA

Juzgado origen: Séptimo de lo Civil de Guayaquil.
No. Juicio: 0220-2008

TERCERA SALA

Quito, D. M., 12 de febrero de 2009

JUEZ PONENTE: DR. PATRICIO HERRERA BETANCOURT.

No. 1003-2008-RA

En el Caso signado con el **No. 1003-2008-RA.**

ANTECEDENTES:

Comparece Ismael Chamaidan Bohórquez, ante el Juez Séptimo de lo Civil de Guayaquil e interpone acción de amparo constitucional en contra del Abogado Agustín Palma Rendón, Director Distrital Occidental en Guayaquil del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA). En lo principal manifiesta:

Que, en base a denuncia presentada por la señora Laura Esther Morales Sáenz de Viteri de Avilés, se acusa al recurrente de invadir terrenos de su propiedad en una extensión de 34. 37 hectáreas, de haber construido a la fuerza cercas de alambre de púas.

Indica que el 13 de junio de 1991, el Ministerio de Agricultura y Ganadería de ese entonces, mediante sentencia declara la titularidad de dominio a favor de la Comuna San Lorenzo del Mate. Que esta Comunidad haciendo uso del derecho establecido en el artículo 31 de la Ley de Desarrollo Agrario procedió a fraccionar a favor de los comuneros y a adjudicar al comunero Ismael Chamaidan Bohorquez, el lote de terreno identificado con el No. 21, del sector conocido como UNO CANAL CDG de la Comuna San Lorenzo del Mate de la parroquia Juan Gómez Rendón (Progreso), ubicado dentro de los terrenos de propiedad de la Comuna, dentro de los linderos que ahí se describen, en una extensión de 7 hectáreas 90 centiáreas, lo cual consta en la escritura pública celebrada en la Notaría 29 del cantón Guayaquil el 24 de noviembre del 2003, inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Guayaquil el 24 de diciembre del 2003 y, catastrada en el Municipio de Guayaquil con el registro catastral 10643, identificación predial 364.

Aduce que no puede ser modificada porque atenta a la seguridad jurídica, ya que es cosa juzgada por cuanto hay una sentencia que causa efecto sobre el predio y no se puede resolver dos veces el mismo asunto, porque ni la Constitución de 1998, ni la Ley de Desarrollo Agrario y su Reglamento faculta al INDA a aceptar una denuncia ni desalojar a quienes son propietarios de la tierra.

Que mediante resolución de 26 de noviembre de 2006 dictada por el Ab. Augusto Palma Rendón, Director Distrital Occidental del INDA en Guayaquil, dispone "el retiro inmediato de la cerca por parte de los comuneros señores Ismael y Santiago Chamaidan Bohórquez, prohibiéndoles el ingreso al mismo. Que el desalojo es inadmisibles por cuanto los terrenos están garantizados por un título de propiedad adquirido mediante procedimientos legales lo cual constituye acto ilegítimo que vulnera sus derechos subjetivos constitucionales consagrados en los Arts. 23, numeral 23, 26 y 27 (garantía a la propiedad, seguridad jurídica y debido proceso) de la Constitución Política del Estado de 1998.

Con estos antecedentes, con fundamento en los Arts. 95 de la Constitución de la República de 1998 y 46 de la Ley de Control Constitucional, solicita se adopten las medidas

urgentes y necesarias para cesar inmediatamente las consecuencias del acto impugnado, esto es la providencia **del 26 de noviembre de 2006**, a las 16h20, expedida por el Director Distrital Occidental del INDA.

En la **audiencia pública** comparecen las partes procesales. La autoridad recurrida manifiesta que: impugna la acción de amparo por cuanto no se ha violado ninguna norma constitucional ni otras que regulan la propiedad, la posesión o la tenencia de la tierra; y, que la resolución dictada por el Director del INDA está aplicada en base a la ley y a estricto derecho de conformidad a la Ley de Desarrollo Agrario y su Reglamento.

El Delegado de la Procuraduría General del Estado manifiesta que en la acción no se encuentran reunidos los presupuestos señalados en el Art. 95 de la Constitución de la República de 1998 para la procedencia del amparo; que no es procedente proponer acción de amparo constitucional contra la providencia expedida por el Director Distrital del INDA, pues de conformidad con el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado y Art. 53 de la Ley de Desarrollo Agrario, le corresponde al Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocer las impugnaciones a las resoluciones del INDA; que no existe acto ilegítimo ni violación de derechos constitucionales, por lo cual solicita se niegue la presente acción.

La parte accionante se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta.

El Juez de instancia concede la acción de amparo; esta decisión es apelada por el señor Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado.

Encontrándose el presente caso en estado de resolver, para hacerlo, se realizan las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERO.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el Art. 27 del Régimen de Transición, publicado con la Constitución de la República del Ecuador, en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 y la resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre de 2008.

SEGUNDO.- La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso.

El Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, establece las funciones del Procurador General del Estado, manifestando en su literal b) Representar al Estado y a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, en defensa del patrimonio nacional y del interés público; c) Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica o a las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público". Si bien corresponde a la autoridad demandada y no al Procurador General del Estado, informar sobre las circunstancias de la emisión del acto impugnado, no ha interpuesto el recurso de apelación en la presente causa,

evidenciando falta de diligencia para aportar en el esclarecimiento de la legitimidad del acto expedido y, de ser el caso, defender los intereses de la entidad a la que representa, lo que evidencia la omisión en el cumplimiento de sus deberes; sin embargo, el Delegado Regional 1 de la Procuraduría General del Estado apela el fallo del Juez de instancia en uso de sus facultades para intervenir en procesos o controversias que interesen al Estado y supervisar su desenvolvimiento. En consecuencia, queda justificada la apelación del representante de la Procuraduría General del Estado, correspondiendo a la Sala analizar la legitimidad del acto, a fin de determinar la procedencia o no de la presente acción.

TERCERO.- La acción de amparo constitucional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución de 1998 y el artículo 46 de la Ley del Control Constitucional, procede cuando coexisten los siguientes elementos: **a)** Acto u omisión ilegítimos de autoridad pública; **b)** Que ese acto u omisión vulnere los derechos consagrados en la Carta Fundamental o los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador; y, **c)** Que ese acto haya causado, cause o pueda causar un daño inminente y grave.

CUARTO.- Es pretensión del demandante que esta magistratura declare ilegítimo el acto administrativo dictado el 23 de noviembre del 2006, por el señor Director Distrital Occidente del INDA. En efecto dicha resolución dice: *"Disponer el retiro inmediato de la cerca, por parte de los comuneros señores Santiago e Ismael Chamaidan Bohórquez, prohibiéndoles el ingreso al mismo; y garantizar la integridad del fundo a favor de su propietaria, señora Laura Esther Morales Sáenz de Viteri de Avilés, a fin de que pueda desarrollar con normalidad sus labores agrícolas, de ser necesario con el auxilio de fuerza pública, conforme lo estipulado en el artículo 89 y 90 de la Ley de Fomento y Desarrollo Agropecuario, en concordancia con el artículo 30 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998...Oficiase en este sentido al señor Intendente General de Policía de la provincia del Guayas"* (Fojas 3 y vuelta del expediente de instancia).

QUINTO.- El principal fundamento fáctico y jurídico del amparista es que la Comunidad San Lorenzo de Mate haciendo uso del derecho establecido en el artículo 31 de la Ley de Desarrollo Agrario procedió a fraccionar los terrenos de la propiedad de la Comuna, por lo mismo le adjudicó el lote de terreno identificado con el No. 21, del sector conocido como UNO CANAL CDG de la nombrada Comuna, dentro de los linderos que ahí se describen, en una extensión de 7 hectáreas 90 centiáreas, lo cual consta en la escritura pública celebrada en la Notaría 29 del cantón Guayaquil, el 24 de noviembre del 2003, inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Guayaquil el 24 de diciembre del 2003 y, catastrada en el Municipio de Guayaquil con el registro catastral 10643, identificación predial 364; que no se le puede desalojar de su propiedad porque ni la Constitución, ni la Ley de Desarrollo Agrario y su Reglamento faculta al INDA a aceptar una denuncia ni desalojar a quienes son propietarios de la tierra. Al respecto la Sala puntualiza lo siguiente:

1. Consta el Testimonio de la Escritura Pública de Adjudicación que hace la Comunidad San Lorenzo del

Mate, del lote de **terreno signado con el No. 21, que da un área total de 7 hectáreas 90 centiáreas**, ubicado en el sector conocido como Uno Canal-CEDEGE, en la Comuna San Lorenzo del Mate, de la parroquia Juan Gómez Rendón (Progreso) del cantón Guayaquil, Provincia del Guayas, ubicado dentro de los terrenos de propiedad de la Comuna, a favor del ahora amparista (Fojas 28 a 49 del expediente de instancia).

2. De los documentos incorporados al proceso aparece que la señora Laura Esther Morales Sáenz de Viteri de Avilés, denuncia un supuesto acto de invasión del **lote de terreno No. 81, de 34.37 hectáreas de superficie** aduciendo que es de su propiedad, ubicado en el fundo Guadalupe, recinto San Lorenzo del Mate, parroquia Juan Gómez Rendón, cantón Guayaquil, provincia del Guayas, en contra del señor Ismael Chamaidán Bohórquez, solicitando el inmediato desalojo del invasor.
3. A fojas 18 del expediente consta el "Informe de la verificación de linderos" a efectos de determinar si el **lote de terreno signado con el No. 81 de 34.37 hectáreas**, -predio que aduce está invadido- se encuentra dentro del territorio que posee la Comuna San Lorenzo del Mate, suscrito por los señores: Ing. Jacinto Duque Chiriboga y Juan José Menéndez Guillen, en lo principal dice: *"Que para determinar si este lote de terreno signado con el No. 81 de 34.37 Has. se encuentra dentro o fuera del territorio de la Comuna San Lorenzo, se procedió a tomar varios puntos del plano presentado por la denunciante Laura Morales Sáenz de Viteri de Avilés y determinar sus respectivas coordenadas geográficas, para posteriormente comparar con las coordenadas geográficas establecidas por el Ministerio de Agricultura y Ganadería mediante el cual determinan la superficie otorgada a la Comuna. Una vez comparadas las coordenadas geográficas, se determina que el lote de terreno signado con el No. 81 de 34, 37 Has. se encuentra dentro del territorio asignado a la Comuna San Lorenzo del Mate"*.
4. En la Resolución impugnada, la Autoridad del INDA en Guayaquil, dispone el retiro inmediato de la cerca por parte de los comuneros señores Ismael y Santiago Chamaidán Bohórquez, prohibiéndoles el ingreso al mismo, respecto al lote de terreno de 34.37 hectáreas, que según la Autoridad el INDA es propietaria la denunciante señora Laura Esther Morales Sáenz de Viteri de Avilés; mas no del lote de **terreno signado con el No. 21, que comprende una área total de 7 hectáreas 90 centiáreas**, ubicado en el sector conocido como Uno Canal- CEDEGE, en la Comuna San Lorenzo del Mate, de la parroquia Juan Gómez Rendón (Progreso) del cantón Guayaquil, Provincia del Guayas, ubicado dentro de los terrenos de propiedad de comuna, terreno que deberá mantenerse incólume a favor del amparista por ostentar a su favor el Justo Título de propiedad.

SEXTO.- No obstante, conviene por obvias razones observar lo dicho en el considerando tercero de la Resolución impugnada, pues, expone su fundamentos fácticos y jurídicos por el cual se resuelve disponer el retiro inmediato del amparista, para garantizar la integridad del fundo a favor de la denunciante Laura Esther Morales

Sáenz de Viteri de Avilés, motivo por el cual es necesario transcribirlo en su parte principal: **"TERCERO.- De los documentos escriturarios y demás documentación constante en el proceso se determina, que la señora Laura Esther Morales Sáenz de Viteri de Avilés, es propietaria del lote de terreno de 34.375 hectáreas , ubicado...; predio que ha sido considerado dentro de las tierras reconocidas por el Ministerio de Agricultura y Ganadería como propiedad de la Comuna San Lorenzo del Mate; pero que mediante Resolución de fecha, 09 de agosto de 1996, dictada por el Ministro de Agricultura y Ganadería, ha sido reivindicado por sus propietarios, la familia Morales, quienes aparejan abundante documentación al proceso que tiene que ver con la historia de dominio de dicho bien inmueble"** (**Énfasis añadido**).

Visto así el asunto, se evidencia que se trata de un conflicto originado en disputas de posesión y dominio, cuyo origen se deriva de la sentencia dictada por el señor Ministro de Agricultura y Ganadería, que declaró la titularidad de dominio a favor de la Comuna San Lorenzo del Mate, en una área de terreno de 7200 hectáreas que está dentro de territorio de la Comuna San Lorenzo del Mate, el 13 de junio de 1991, protocolizada en la Notaría Décima Tercera de Guayaquil, el 13 de junio de 1991, inscrita en el Registro de la propiedad el 31 de julio de 1991; y, posterior fraccionamiento y adjudicación a favor de los comuneros, entre ellos, al recurrente Ismael Chamaidán Bohórquez; asunto que por su naturaleza merece un proceso de conocimiento en el que definitivamente se consagren derechos de propiedad. Por otra parte, la resolución impugnada omite aclarar o tomar en cuenta el fallo emitido el 14 de abril de 2004, por el extinto Tribunal Constitucional sobre una parte del fundo en cuestión, esto es, respecto a las 800 hectáreas de terreno ubicado en el sector conocido como Bejucal (hacienda La Julita), que se encuentra dentro de los linderos generales del predio de propiedad de la Comuna San Lorenzo del Mate, que fue reivindicado a favor de la familia Gonzáles; pero que mediante Resolución de 14 de abril del 2004, se aceptó la demanda de amparo constitucional incoado por el señor Presidente del Cabildo de la Comuna San Lorenzo del Mate, dejó sin efecto la resolución de reivindicación ordenada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería a favor de la familia Gonzáles.

SEPTIMO.- En el presente caso, la Ley de Desarrollo Agrario en su Art. 53, inciso final, ordena que: *"...Los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo tendrá jurisdicción exclusiva para conocer y resolver las impugnaciones de las resoluciones de los directores distritales, del Director ejecutivo y del Consejo Superior del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA)"*, es decir, el **modus operandi de la impugnación** se encuentra reglado, cuyo enlace final se desenvuelve y resuelve ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, cuya decisión es susceptible de recurso de casación. Por lo que, esta Sala es del criterio que estos asuntos litigiosos tienen su tratamiento específico en la justicia ordinaria, conforme a las reglas del Código de Procedimiento Civil que determina los procedimientos a través de los cuales los involucrados deben resolver sus controversias y tutelar sus derechos patrimoniales.

En consecuencia, el recurrente debió acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo, a efectos de que este

organismo conozca la impugnación de la resolución dictada por el Director Distrital Occidente del INDA, el 23 de noviembre del 2006.

Por lo expuesto y en ejercicio de sus atribuciones, la Tercera Sala

Resuelve:

1.- Revocar la resolución venida en grado; y, en consecuencia negar el amparo constitucional solicitado por el señor Ismael Chamaidan Bohórquez.

2.- Dejar a salvo el derecho del accionante para recurrir ante las instancias y jueces que crea pertinentes; y,

3.- Remitir el expediente al Juzgado de origen para el cumplimiento de los fines legales. *NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE*”.

f.) Dr. Hernando Morales Vinueza, Presidente Tercera Sala.

f.) Dr. Manuel Viteri Olvera, Juez Tercera Sala.

f.) Dr. Patricio Herrera Betancourt, Juez Tercera Sala.

RAZON.- Siento por tal que, la resolución que antecede fue emitida por los doctores Hernando Morales Vinueza, Manuel Viteri Olvera y Patricio Herrera Betancourt, Jueces de la Tercera Sala, quienes suscriben a los doce días del mes de febrero de dos mil nueve.- Lo certifico.

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, Secretario Tercera Sala.

CORTE CONSTITUCIONAL.- TERCERA SALA.- Es fiel copia del original.- Quito, a 19 de febrero del 2009.- f.) Secretario de la Tercera Sala.

TERCERA SALA

Quito, D. M., 2 de febrero del 2009

No. 1244-2008-RA

Juez ponente: Dr. Fabián Sancho Lobato

En el Caso **No. 1244-2008-RA.**

ANTECEDENTES:

Comparecen los señores: Ab. Fidel Ramón Chiriboga Mosquera y Ab. Eliseo Washington García Gómez, ante el Juez Vigésimo de lo Civil de Pichincha con sede en la ciudad de Quito, e interponen acción de amparo constitucional en contra del Dr. Giovanni López Endara, Director de Asesoría Legal del Ministerio de Inclusión

Económica y Social, MIES y de la Dra. Jeannette Sánchez Zurita, Ministra de Inclusión Económica y Social. Los accionantes, en lo principal manifiestan:

Que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 2 del Estatuto de la Federación Nacional de Asociaciones Judiciales del Ecuador -FENAJE-, nutridas delegaciones de servidores judiciales se reunieron en Asamblea General Extraordinaria los días 29 de febrero y 1 de marzo de 2008 en la ciudad de Guaranda, con el fin de analizar, discutir y pasar revista -entre otros temas- al relacionado con la organización de los judiciales, pues tenían conocimiento que la última directiva de la FENAJE fue inscrita para el periodo 2002-2004, lo cual significaba que hasta este tiempo no existía directiva inscrita en el Ministerio de Inclusión Económica y Social.

Añade que en dicha Asamblea General Extraordinaria se decidió, entre otras cosas, desconocer la directiva presidida por el Dr. Ángel Rubio Game, elegida el 25 de febrero de 2008 en la ciudad de Guayaquil, por haber inobservado lo preceptuado en los Arts. 66 y 67 del Estatuto de la FENAJE, ya que entre los puntos del Orden del Día no constaba de manera expresa la elección de nueva directiva, sino que de manera oculta la hicieron aparecer ilegalmente como “puntos varios”.

Que con el afán de hacer cumplir lo dispuesto en el Art. 23, numeral 19 y Art. 26 de la Constitución Política de 1998, esto es hacer efectivo el derecho de asociación y de elegir y ser elegidos, además de evitar que la FENAJE continúe careciendo de representación, de conformidad con los Arts. 2, 54, 66 y 67 del Estatuto de la FENAJE se auto convocaron al Congreso Nacional de Judiciales para el día 8 de mayo de 2008 en la ciudad de Quito, con la finalidad de elegir a la nueva directiva que represente a los servidores judiciales. Que en dicho Congreso se eligió la directiva conformada por los siguientes empleados judiciales: Ab. Fidel Chiriboga Mosquera, Presidente; Dr. Gustavo Costa, Presidente Alterno; Alexandra Aguilar, Vicepresidenta; Dr. Eliseo García, Secretario; Dra. Patricia Tapia, Prosecretaria; Dr. Sergio Frías, Tesorero; Dr. Fernando Otoy, Protesorero; Dr. Carlos Quiñones, Vicepresidente Regional Costa; Dr. Carlos Barragán, Vicepresidente Regional Sierra; y Dra. Irma Carrera, Vicepresidenta Regional Oriente.

Señalan que el 28 de mayo de 2008 presentaron toda la documentación que justificaba la elección de la nueva directiva y solicitaron al MIES la inscripción de la misma para el periodo 2008-2010, recibiendo como respuesta por parte del Director de Asesoría Legal de dicho Ministerio el Oficio No. 5129-DAL-OS-FADC-2008 del 18 de junio de 2008, dentro del Trámite No. 2008-12077-MIES-E, por el cual se le exigió la presentación de los siguientes documentos: a) La acreditación oficial de los delegados de las Asociaciones que forman parte de la FENAJE; y, b) El registro de las directivas de las Asociaciones participantes en la Asamblea para la elección de los representantes de la FENAJE, debidamente registradas en el Ministerio de Inclusión Económica y Social o en las Direcciones Provinciales del Ministerio, lo cual fue cumplido mediante Oficio de fecha 23 de junio de 2008 dirigido a la Ministra de Inclusión Económica y Social, sin que se haya dado respuesta a su petición en el plazo previsto en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, por lo cual ha operado el silencio administrativo a su favor.

Que sin embargo, mediante Resolución expedida el 22 de julio de 2008, que les fue notificada en la misma fecha mediante Oficio No. 6294-DAL-OSFADC-JVG-2008, el Dr. Giovanni López Endara, Director de Asesoría Legal del Ministerio de Inclusión Económica y Social manifiesta: “Bajo este análisis esta Cartera de Estado no está en capacidad de registrar ninguna de las dos directivas presentadas, sin embargo se observa que la presentación de dos solicitudes de registro de dos directivas diferentes demuestra que al interior de la Federación Nacional de Asociaciones Judiciales del Ecuador se ha generado un conflicto.- Conforme al Reglamento para la aprobación de estatutos, reformas y codificaciones, liquidación y disolución, y registro de socios y directivas, de las organizaciones previstas en el Código Civil y en las leyes especiales, Primera Disposición General, que dice: Los conflictos internos de las organizaciones a las que se refiere este reglamento, y de éstas entre sí, deberán ser resueltos de conformidad con las disposiciones estatutarias; y, en caso de persistir, se someterán a la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 145 de septiembre 4 de 1997, o a la justicia ordinaria.- Por lo anteriormente mencionado, no procede dar atención a sus peticiones...”.

Señalan que dicha resolución es ilegítima, pues en un caso similar con la directiva de servidores judiciales de Pichincha se inscribió su directiva con los mismos fundamentos jurídicos y documentación adjuntada; y en el caso de la FENAJE, con el pretexto de falta de quórum de las asociaciones se niega la inscripción de su directiva; que de conformidad con los Arts. 2 y 54 de la FENAJE si existió el quórum correspondiente.

Que la resolución del Jefe de Asesoría Legal del MIES vulnera los derechos consagrados en los Arts. 23, numerales 19 (libertad de asociación) y 26 (seguridad jurídica); 24, numeral 13 (motivación en las resoluciones); y 26 (derecho de elegir y ser elegido) de la Constitución Política de 1998.

Con estos antecedentes, debidamente fundamentados en lo dispuesto en los Arts. 95 de la Constitución de la República de 1998 y 46 de la Ley de Control Constitucional, proponen la presente acción de amparo constitucional y solicitan se deje sin efecto la Resolución expedida el 22 de julio de 2008, que les fue notificada en la misma fecha mediante Oficio No. 6294-DAL-OSFADC-JVG-2008 por el Dr. Giovanni López Endara, Director de Asesoría Legal del Ministerio de Inclusión Económica y Social, MIES; y se disponga la inscripción de la directiva nacional de la FENAJE presidida por el Ab. Fidel Chiriboga Mosquera.

En la audiencia pública celebrada en la presente causa, las partes, por intermedio de sus abogados defensores, realizan sus alegaciones oralmente, como se advierte del acta de la referida diligencia que obra de fojas 194 del proceso.

El Dr. Walter Giovanni López Endara, Director de Asesoría Legal del Ministerio de Inclusión Económica y Social, mediante escrito que consta de fojas 221 a 222 vta., expone: Que los accionantes equivocan la vía, pues se trata de asuntos de legalidad y no de violación de derechos constitucionales; que el Código Civil trata en el Libro Primero De las Personas Jurídicas, Corporaciones y

Fundaciones, otorga al presidente de la República la facultad de conceder personería jurídica a las mismas; y en tal virtud, se han expedido el Decreto Ejecutivo No. 3054 publicado en el Registro Oficial No. 660 del 11 de septiembre de 2002 y sus reformas mediante Decreto Ejecutivo No. 982 publicado en el Registro Oficial No. 311 del 8 de abril de 2008, referentes a la expedición del “Reglamento para la Aprobación de Estatutos, Reformas y Codificaciones, Liquidación y Disolución, y Registro de Socios y Directivas de las Organizaciones Previstas en el Código Civil y en las Leyes Especiales”; que el entonces Ministro de Bienestar Social, mediante Acuerdo No. 0264 publicado en el Registro Oficial No. 346 del 31 de agosto de 2006 faculta a la Dirección de Asesoría Legal, Área de Organizaciones Sociales, el registro de las directivas.

Añade que se han presentado dos solicitudes de registro de dos directivas de la FENAJE, una presentada por el Dr. Ángel Rubio Game y otra por los accionantes, lo cual evidencia que al interior de dicha asociación gremial existe conflicto; del análisis de las normas estatutarias de la FENAJE se advirtió que la petición del Dr. Ángel Rubio no procede porque no se efectuó la auto convocatoria para la elección de la directiva conforme lo dispone el Estatuto de la Federación Nacional de Asociaciones Judiciales FENAJE y además solicita se ratifique dicho directorio, cuando no existe inscrito el directorio presidido por Ángel Rubio y por tanto no procede ratificarlo; en tanto que la directiva presidida por el Ab. Fidel Chiriboga, si bien realizó la auto convocatoria conforme lo disponen los estatutos de la FENAJE, en cambio en la elección de esa directiva no se reunió el mínimo de miembros establecidos en el Art. 569 del Código Civil; que existen 21 filiales de la FENAJE pero en la elección de las dos directivas no hubo la mitad más uno de dichas filiales, es decir 11, por lo cual no existió quórum; por tal motivo se negó la inscripción de ambas directivas. Que no existe vulneración de derechos constitucionales, pues si los accionantes tienen derecho de asociarse con fines pacíficos y el de elegir y ser elegidos, tal derecho se los debe ejercer de conformidad con la ley; que no se ha afectado su derecho de petición, pues su solicitud fue atendida y por medio de la cual se le hace conocer que no se inscribe la directiva que preside porque no ha cumplido los requisitos exigidos en la ley. Solicita se rechace la acción deducida.

El Delegado de la Procuraduría General del Estado, mediante escrito que obra de fojas 243 a 244, manifiesta: Que el tema discutido es el reconocimiento y representatividad de la FENAJE, reconocimiento de directiva que debe ser resuelta por sus órganos directivos internos y no mediante acción de amparo constitucional; que los accionantes alegan silencio administrativo, pero de ser el caso, no es la acción de amparo la vía pertinente. Que no se encuentran reunidos los requisitos exigidos en el Art. 95 de la Constitución Política de 1998, por lo cual pide se rechace la acción propuesta.

El Juez Vigésimo de lo Civil de Pichincha (Quito) emite resolución el 18 de agosto de 2008, por la cual acepta la acción propuesta, al considerar que se han vulnerado los derechos consagrados en el Art. 23, numerales 3, 15, 26 y 27; y Art. 24, numeral 13 de la Constitución de la República de 1998. Esta resolución es apelada por el Dr. Walter Giovanni López Endara, Director de Asesoría Legal del Ministerio de Inclusión Económica y Social para ante el Tribunal Constitucional.

Encontrándose el presente caso en estado de resolver, para hacerlo, se realizan las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con lo previsto en el Art. 27 del Régimen de Transición publicado con la Constitución de la República del Ecuador en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008 y la Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre de 2008.

SEGUNDA.- La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso.

TERCERA.- La acción de amparo constitucional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución de 1998 y el artículo 46 de la Ley del Control Constitucional, procede cuando coexisten los siguientes elementos: a) Acto u omisión ilegítimos de autoridad pública; b) Que ese acto u omisión vulnere los derechos consagrados en la Carta Fundamental o los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador; y, c) Que ese acto haya causado, cause o pueda causar un daño inminente y grave.

CUARTA.- Un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado no se basa solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto.

QUINTA.- Los accionantes impugnan la Resolución expedida el 22 de julio de 2008, que les fue notificada en la misma fecha mediante Oficio No. 6284-DAL-OSFADC-JVG-2008 (no el No. 6294-DAL-OS-FADC-JVG-2008), por el Dr. Giovanni López Endara, Director de Asesoría Legal del Ministerio de Inclusión Económica y Social, MIES, como se advierte de fojas 41 a 45; y solicitan se disponga la inscripción de la Directiva Nacional de la FENAJE presidida por el Ab. Fidel Chiriboga Mosquera.

SEXTA.- De la revisión del proceso se advierte que en la ciudad de Guaranda, los días 29 de febrero y 1 de marzo de 2008, se llevó a cabo la Asamblea Nacional Extraordinaria de Judiciales del Ecuador, cuya acta consta de fojas 56 a 58 y las resoluciones expedidas por la referida Asamblea constan de fojas 78 a 83, destacándose entre ellas: a) “Desconocer la elección del Directorio de la FENAJE realizada el día 25 de febrero de 2008 en la ciudad de Guayaquil...”; b) “Nombrar la Junta Electoral (...) para que lleve a cabo el proceso electoral para designar el nuevo directorio de la FENAJE, con sujeción a los Arts. 66 y 67 del Estatuto vigente...”.

SEPTIMA.- Consta de fojas 94 a 95 la convocatoria a elecciones del Directorio de la FENAJE para el 8 de mayo de 2008, efectuada por la Junta Electoral de las Elecciones de la Federación Nacional de Judiciales del Ecuador, la

misma que ha sido publicada en los diarios de circulación nacional, como en la edición de “El Comercio” del 3 de abril de 2008 (fojas 97).

Celebrada la elección del Directorio de la Federación Nacional de Asociaciones Judiciales del Ecuador (FENAJE) el 8 de mayo de 2008 en el auditorio de la Ex Corte Superior de Justicia de Quito, resultó electa la directiva presidida por Fidel Chiriboga Mosquera, como se advierte del acta respectiva que obra de fojas 117 y vta., debidamente suscrita por los Drs. Jorge Cárdenas Ramírez, Antonio Pachacama y Ulises Chacón G., Presidente, Vocal y Secretario de la Junta Electoral, respectivamente.

OCTAVA.- En el acto impugnado se cuestiona la validez de la elección del Directorio de la FENAJE presidida por el Ab. Fidel Chiriboga Mosquera, ya que -al decir de la autoridad accionada- a este evento electoral concurren 18 representaciones “de las cuales únicamente justifican su calidad de Presidentes mediante el registro respectivo de las directivas un total de 6 (seis) Presidentes...” (fojas 42).

Mediante Oficio No. 5129 del 18 de junio de 2008 (fojas 33 a 37), el Dr. Giovanni López Endara, Director de Asesoría Legal del MIES solicitó al accionante Fidel Chiriboga, previo a resolver lo solicitado (inscripción de directiva) la presentación de los siguientes documentos: “1) Las acreditaciones oficiales de los diferentes delegados de las Asociaciones que son parte de la FENAJE; y, 2) El Registro de las Directivas de las Asociaciones que participaron en la Asamblea General Extraordinaria para la elección de los representantes de la FENAJE, esto es, debidamente registradas en esta Cartera de Estado o en las Direcciones Provinciales del Ministerio, debidamente suscritas por las autoridades correspondientes”, documentación que ha sido presentada por los accionantes mediante Oficio No. 019-FENAJE-PRES del 23 de junio de 2008, como se advierte de fojas 28 a 32 del expediente.

NOVENA.- Del Acta de elección de la Directiva de la FENAJE (fojas 117 y vta.) se advierte que a dicho evento asistieron 315 funcionarios judiciales, previa presentación de sus credenciales, entre ellos “Presidentes y Delegados de las asociaciones de las provincias de Pichincha, Loja, Zamora, El Oro, Guayas, Tungurahua, Esmeraldas, Cotopaxi, Sucumbíos, Carchi, Manabí, Azuay, Bolívar y Santo Domingo de los Tsáchilas”. Vale destacar que este proceso electoral contó con la asistencia del Dr. Líder Moreta Gavilanes, Notario Cuarto de Quito, quien dio fe del mismo mediante la Escritura constante de fojas 173 a 175.

DECIMA.- Respecto de la presencia de directivas de asociaciones debidamente registradas, se advierte de fojas 51 a 52 el Oficio No. 2491 de fecha 7 de abril de 2008, suscrito por el Director de Asesoría Legal, Dr. Giovanni López Endara, quien se dirige al accionante Eliseo García Gómez y, respecto de la solicitud de certificación de registro de directivas de las Asociaciones Judiciales del país, manifiesta: “Al respecto, revisado el Archivo de esta Dirección, no existe acta constitutiva donde se pueda determinar cuáles son las filiales fundadoras, ni registro de filiales que se encuentren legalmente reconocidas a la presente fecha. Sin embargo a las diferentes asambleas realizadas por las directivas de turno, se encuentra que han concurrido las siguientes organizaciones: Asociación

de Funcionarios y Empleados Judiciales de Chimborazo, Asociación Judicial del Guayas, Asociación de Funcionarios y Empleados Judiciales de Pastaza, Asociación de Servidores Judiciales de Sucumbios, Asociación de Judiciales de Los Ríos, Asociación de Empleados y Servidores Judiciales de Napo, Asociación de Empleados y Funcionarios del Poder Judicial Distrito Manabí, Asociación de Empleados y Funcionarios Judiciales de Bolívar, Asociación de Servidores Judiciales de Orellana, Asociación de Servidores Judiciales del Cañar, Asociación de Funcionarios y Empleados Judiciales de Imbabura, Asociación de Empleados Judiciales de Morona Santiago, Asociación de Empleados del Distrito Judicial de Loja, Asociación Provincial de Azuay, Asociación Provincial de Cotopaxi, Asociación Provincial de El Oro, Asociación Provincial de Galápagos, Asociación Provincial de Pichincha, Asociación Provincial de Tungurahua, Asociación Provincial de Zamora, Región Costa, Región Sierra, Región Norte, Región Austro, ASJUME y FREMUJE”.

DECIMA PRIMERA.- De la revisión del expediente se advierte que existe una pugna entre servidores judiciales por captar la dirección de la Federación Nacional de Asociaciones Judiciales del Ecuador FENAJE; si bien esta pugna interna debe ser resuelta necesariamente por los mismos servidores de la Función Judicial, también es cierto que dicho gremio no puede quedar en acefalía, pues es necesario que la referida organización gremial cuente con una directiva que garantice la representatividad y defensa de los derechos de sus asociados.

DECIMA SEGUNDA.- A la Corte, no se le escapa de su análisis la experiencia internacional sobre el tema y, en este sentido busca otras latitudes más amplias del derecho como la doctrina y el derecho internacional que ha sido aplicado en la jurisprudencia constitucional de Colombia, la flexibilidad del derecho constitucional permite insertar los desarrollos del derecho en sus resoluciones a fin de llegar a una adecuada protección de los derechos fundamentales como es el caso de los derechos políticos analizados en esta sentencia, estos son: el de libre asociación, participación, elegir y ser elegido, dentro del contexto de un sindicato como lo es la FENAJE. Respecto, del derecho de libre asociación, y como tal el derecho de participación y el derecho de elegir y ser elegido. El derecho de asociación sindical no es un derecho absoluto, lo que implica que puede estar sujeto a restricciones para los efectos contemplados en los Convenios Internacionales, en la medida que no afecten su núcleo esencial, como en el presente caso “la existencia de dos directivas”, lo desnaturaliza o impide su normal y adecuado ejercicio. Por ende, al contemplar los estatutos sindicales, tanto la creación de la directiva Nacional, su domicilio principal y directiva deben ser uno solo; y, que no podrá haber más de una directiva, viola la Constitución los convenios internacionales que en materia de asociación y libertad sindical se integran al bloque de constitucionalidad, por cuanto la estructura interna y funcionamiento de los sindicatos deben sujetarse a las restricciones impuestas por el orden legal, las cuales, para el caso, no resultan irrazonables ni desproporcionadas, ni violan el núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad sindical el hecho de mantener una sola directiva. Por el contrario, las exigencias establecidas más bien son necesarias y proporcionadas a la finalidad perseguida como

lo es el garantizar la estructura interna y funcionamiento de los sindicatos en un ambiente democrático y participativo. Permitir una directiva sindical, de los sindicatos, e indicar que no podrá haber más de una, apenas impone unos requisitos mínimos e indispensables para el normal funcionamiento y organización de un sindicato, que permiten ampliar su campo de acción y así garantizar los derechos de asociación y libertad sindical, así como el de participación de quienes lo integran. Para la Corte, las exigencias legislativas que circunscriben el desarrollo de directivas o comités seccionales, deben estar conforme con la Constitución, los convenios internacionales Nos. 87 (artículos 3 y 8)¹ y 98 de la Organización Internacional del Trabajo², la Declaración Americana de Derechos del Hombre³, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 16.2)⁴ y su protocolo Adicional de San Salvador

¹ El Convenio 87 de la O.I.T., en sus artículos 3 y 8, señala: “Artículo 3. “1. Las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular sus programas de acción”. “2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”. Artículo 8. “1. Al ejercer los derechos que se le reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad”. “2. La legislación no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas en este Convenio”.

² El Convenio 98 de la O.I.T, en los artículos 1, 2 y 3, indica: “Art. 1. ° 1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Art. 2.° 1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. Art. 3.°.—Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes”

³ La Declaración de los derechos y deberes del Hombre, en el artículo XXII, señala: Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.”

⁴ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 16, reza: “Artículo 16. Libertad de Asociación. 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.”

(artículo 8.2)⁵. En cuanto a que no pueda existir más de una directiva nacional, debe señalarse que el derecho de participación democrática en las organizaciones sindicales no puede soportarse en la simple existencia de dos o más directivas nacionales, lo que podría entorpecer su normal funcionamiento, sino en garantizar la real y efectiva participación de todos los trabajadores en las decisiones que los afectan y en la defensa de sus intereses comunes, lo que se logra con la posibilidad de crear una directiva nacional ubicada en el domicilio principal del sindicato. La Corte considera que la participación democrática es un derecho plenamente tutelable el mismo que exige del respeto del cumplimiento de las normas legales establecidas por los mismo asociados, para elegir a sus representantes.

Ahora bien, este proceso se encuentra estancado por dos procesos que se sustentan en los votos de sus miembros, los cuales están plenamente analizados y explicados por el Director Jurídico del Ministerio de Inclusión Económica y Social. La directiva presidida por el abogado Fidel Chiriboga, fue inscrita en el Ministerio citado, en cumplimiento de la sentencia del Juez Vigésimo de lo Civil de Pichincha, que concedió el amparo solicitado, la razón de dicha inscripción se encuentra a fojas 34 del expediente constitucional, y notificada con Oficio No. 7566-SAL-MIES-2008 de 1 de septiembre del 2008; y la directiva presidida por el abogado Ángel Rubio Game, constante a fojas 30 a 34 del mismo expediente, fue inscrita el 12 de enero del 2009, notificada con Oficio No. 253-DAL-SR-MIES-09

DECIMA TERCERA.- Si bien es cierto que la presente acción versa sobre la negativa de la Dirección de Asesoría Legal del Ministerio de Inclusión Económica y Social de inscribir la directiva representada por los accionantes, esta Sala estima indispensable efectuar un ejercicio de armonización de las normas de la Constitución de 1998, bajo cuya vigencia se presentó y tramitó el amparo; y, las normas de la Constitución vigente, que regulan de diferente manera los derechos de participación y de asociación de los ciudadanos; así como los procesos electorales en todo nivel de organización social.

Por lo expuesto y en ejercicio de sus atribuciones, la Tercera Sala;

Resuelve:

- 1.- Aceptar parcialmente el amparo solicitado, en consecuencia;
 - a.- Disponer que el Ministerio de Inclusión Económica y Social deje sin efecto todo acto referente a la inscripción de cualquier directorio de la FENAJE hasta que dentro del plazo máximo de 90 días se convoquen y organicen elecciones para designar el mismo, cumpliendo con las disposiciones constitucionales que son aplicables a todo proceso electoral.
 - b.- Disponer que el Consejo Nacional Electoral, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales, elabore el Reglamento del proceso electoral y a su vez organice, dirija, vigile y garantice del evento democrático señalado en el numeral anterior.

c.- Disponer que el Ministerio de Inclusión Económica y Social, a través de la dependencia administrativa correspondiente, designe a un funcionario responsable de la custodia de los bienes muebles e inmuebles que pertenezcan a la FENAJE, hasta la posesión de la Directiva electa de acuerdo con las reglas establecidas en la presente resolución

2.- Devolver el expediente al juez de origen para los fines de ley. **NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE.**

f.) Dr. Hernando Morales Vinuesa, Presidente Tercera Sala.

f.) Dr. Fabián Sancho Lobato, Juez Tercera Sala.

f.) Dr. Patricio Herrera Betancourt, Juez Tercera Sala.

RAZON.- Siento por tal que, la resolución que antecede fue emitida por los doctores: Hernando Morales Vinuesa, Fabián Sancho Lobato y Patricio Herrera Betancourt, Jueces de la Tercera Sala, quienes suscriben a los dos días del mes de febrero del año dos mil nueve.- Lo certifico.

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, Secretario Tercera Sala.

CORTE CONSTITUCIONAL.- TERCERA SALA.- Es fiel copia del original.- Quito, a 19 de febrero del 2009.- f.) Secretario de la Tercera Sala.

CAUSA No. 1244-2008-RA

CORTE CONSTITUCIONAL, PARA EL PERIODO DE TRANSICION.- TERCERA SALA.- Quito 10 de febrero de 2009; las 10h35.- Vistos.- Agréguese al proceso el escrito presentado por los accionantes Ab. Fidel Ramón Chiriboga Mosquera y Dr. Eliseo García Gómez, de fecha 9 de febrero de 2009, mediante el cual solicitan “**ACLARACION O AMPLIACION**” de la Resolución emitida dentro de la presente causa. Al respecto, la Sala realiza las siguientes consideraciones: **Primera.-** Que, el juez que dictó la resolución no puede revocarla ni alterar

⁵ El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador”, en el artículo 8, señala: “**Derechos Sindicales. 1. Los Estados partes garantizarán: a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente; b. el derecho a la huelga. 2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás.**”

su sentido en ningún caso, pero podrá aclararla o ampliarla si alguna de las partes lo solicita dentro de tres días. **Segunda.-** Que, doctrinaria y legalmente, la **aclaración** procede cuando la resolución fuere oscura; y, la **ampliación**, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos. En la especie, la resolución emitida por la Sala es clara, inteligible y completa, sin que pueda alterarse su sentido por mandato legal.- **Tercera.-** Que, el destino de los bienes, dineros, así como el manejo de las cuentas y la situación laboral de las personas que laboran en las instalaciones de la FENAJE, no fue parte de la pretensión procesal esgrimida por los accionantes, por lo tanto, la Sala no puede emitir ningún pronunciamiento a este respecto. Por lo expuesto, se rechaza el pedido por improcedente.- **Notifíquese y archívese.**

f.) Dr. Hernando Morales Vinueza, Presidente Tercera Sala.

f.) Patricio Herrera Betancourt, Juez Tercera Sala.

RAZON.- Siento por tal que el auto que antecede, fue emitido por los doctores Hernando Morales Vinueza y Patricio Herrera Betancourt, jueces de la Tercera Sala, que suscriben el diez de febrero del dos mil nueve.- Lo certifico

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, Secretario Tercera Sala.

CORTE CONSTITUCIONAL.- TERCERA SALA.- Es fiel copia del original.- Quito, a 19 de febrero del 2009.- f.) Secretario de la Tercera Sala.

CAUSA No. 1244-2008-RA

CORTE CONSTITUCIONAL, PARA EL PERIODO DE TRANSICION.- TERCERA SALA.- Quito 10 de febrero de 2009; las 10h35.- Vistos.- Agréguese al proceso el escrito presentado por los accionantes Ab. Fidel Ramón Chiriboga Mosquera y Dr. Eliseo García Gómez, de fecha 9 de febrero de 2009, mediante el cual solicitan “ACLARACION O AMPLIACION” de la Resolución emitida dentro de la presente causa. Por cuanto dentro de la presente causa presenté mi formal excusa para actuar, me abstengo de pronunciarme respecto de la petición formulada por los recurrentes.- **Notifíquese y Archívese.**

f.) Manuel Viteri Olvera, Juez Tercera Sala.

RAZON.- Siento por tal que el auto que antecede, fue emitido por el doctor Manuel Viteri Olvera, Juez de la Tercera Sala, que suscribe el diez de febrero de dos mil nueve.- Lo certifico.

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, Secretario Tercera Sala.

CORTE CONSTITUCIONAL.- TERCERA SALA.- Es fiel copia del original.- Quito, a 19 de febrero del 2009.- f.) Secretario de la Tercera Sala.

Caso: 1408-08-RA

Juzgado Primero de lo Penal Pichincha.

Juicio: 1459-08

Quito D. M., 12 de febrero de 2009.

Juez ponente: Dr. Patricio Herrera Betancourt

No. 1408-2008-RA

TERCERA SALA

En el caso signado con el número: **1408-08-RA**

ANTECEDENTES:

La señora Julieta Estrella Silva amparada en el mandato del Art. 95 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 y Art. 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional comparece ante el Juez Primero de lo Penal de Pichincha y deduce acción de Amparo Constitucional en contra de Myriam Espín Altamirano, Directora Financiera Tributaria del Municipio del Distrito Metropolitano (DMFT) de Quito a fin de impedir que dicho organismo paralice la realización del evento “ARPERUS EN CONCIERTO” fijado para el 16 de agosto de 2008 en la Casa de la Cultura Ecuatoriana.

Establece que una vez que se entregaron a la Dirección Financiera Tributaria absolutamente todos los documentos legales para la realización del concierto y se proceda al sellaje de los boletos correspondientes tal como dispone el Art. IV.165 de la ordenanza 122, el día 13 de agosto de 2008, la Doctora Myriam Espin Altamirano, arbitraria e ilegalmente, procedió de manera verbal a informarle a la recurrente que no iba a autorizar el sellaje de los boletos ni autorizar su calificación como promotora de espectáculos públicos.

La recurrente señala que dicha decisión causa daño inminente y violenta los siguientes derechos constitucionales: 1) dirigir quejas y recibir respuesta pertinente (Art. 23 num. 15) pues además de recibir respuesta desfavorable sin motivo válido, lo hizo de manera verbal; 2) falta de motivación en la resolución de un organismo público (Art. 24 num. 13), pues ni siquiera existe documento escrito en que conste la negativa, a pesar de haber cumplido con los requisitos necesarios; 3) lesión del derecho de participación de los ciudadanos en la cultura (Art. 63), debido a que el grupo ARPERUS con reconocimiento nacional e internacional, se ve imposibilitado de presentar su aporte a la cultura y la apreciación de ésta, por parte de los ciudadanos a consecuencia de la negativa de la funcionaria municipal.

Indica que el acto de la funcionaria municipal antes mencionada es ilegal e inconstitucional pues le causan daño económico, moral y profesional, no sólo a la recurrente sino a todos aquellos involucrados en la organización del evento, ya que la publicidad se encuentra circulando a lo largo y ancho de la ciudad, habiéndose efectuado además el pago de las tasas y aportaciones pertinentes; por lo cual, solicita se instrumente las medidas cautelares pertinentes para impedir que el acto de la funcionaria municipal surta efectos.

El 2 de septiembre de 2008 se lleva a cabo ante el Juez (Suplente) Primero de lo Penal la audiencia pública a la que comparecen las partes interesadas.

Myriam Espín Altamirano, Directora Financiera Tributaria del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito por sus propios derechos interviene y manifiesta que el 7 de agosto de 2008, tal como consta en la hoja de control No- 5076 ingresa a secretaria del organismo que ella dirige de espectáculos públicos, la petición de la señora Julieta Estrella Silva para calificarse como empresaria artística. Dicha calificación es competencia exclusiva de la Dirección Metropolitana de Cultura (DMC) la cual otorgó aquella calificación mediante la licencia anual num. 122 constante en oficio número 901 CMC-EP de 15 de julio de 2008; así como, la inscripción en el Registro Metropolitano de promotores y organizadores en oficio num.902 de 15 de julio de 2008, ambas vigentes para el año 2008. Afirma que la señora Estrella Silva, jamás presentó ante la DMFT, la petición de autorización de boletaje para la realización del evento "APERUS EN CONCIERTO" siendo presentado por el contrario, la petición de calificación como empresaria artística, cuestión que no le compete a la DMFT y que además ya había sido satisfecha por el órgano correspondiente con anterioridad (15 de julio 2008). En este contexto la DMFT mediante oficio 197 de 15 de agosto de 2008 procedió a solicitar a la recurrente la documentación necesaria para la autorización de impresión de boletaje al amparo de lo establecido en el Capítulo II del Título I del Libro Tercero del Código Municipal relativo al impuesto sobre espectáculos públicos; sin embargo, dichos documentos no fueron entregados por la señora Estrella Silva.

Por último, manifiesta que de lo expuesto se deriva que la DMFT no ha cometido ningún tipo de acción u omisión ilegítima que haya violado o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un Tratado o Convenio Internacional vigente, ni tampoco se ha verificado que de manera inminente amenace o haya amenazado con causar un daño grave a la accionante, pues el pronunciamiento del organismo municipal se dió en virtud del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado.

Por otra parte, comparece el abogado Diego Pereira funcionario de Procuraduría Metropolitana ofreciendo poder o ratificación del doctor Carlos Jaramillo Díaz, Procurador Metropolitano del Municipio Metropolitano de Quito, manifestando que la acción de amparo no reúne los requisitos establecidos para concederlo, pues no se sujeta al Art. 95 de la C.P.E 98, Art. 46 de la Ley de Control Constitucional y Art. 1 de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en Registro Oficial No-378 del 27 de Julio de 2001. Sostiene que en el presente caso no existe acto u omisión de autoridad pública, pues la petición de la recurrente para que se le califique de empresario o promotor de espectáculos públicos es competencia exclusiva de la DMC y no del organismo donde fue presentada (DMFT). Cuando la DMFT solicita la documentación pertinente para la autorización de impresión de boletos, dicha documentación no es presentada.

Afirma que no existe violación del derecho de dirigir peticiones y recibir respuesta oportuna, pues la recurrente fue atendida tal como consta del oficio No- 197 de 15 de agosto de 2008. Sostiene así mismo, que no existe amenaza que cause un daño inminente e irreparable en perjuicio del

petionario, pues el concierto "ARPERUS EN CONCIERTO" se llevó a cabo el día sábado 16 de agosto de 2008. En este contexto solicita la desestimación de la acción de amparo por improcedente.

Interviene además la doctora Cecilia de los Ángeles Lescano ofreciendo poder o ratificación del Procurador General del Estado o su delegado y manifiesta que la acción de amparo no procede pues no existe acto administrativo sobre el cual pueda proceder la acción, debido a que la supuesta manifestación verbal hecha por la funcionaria municipal no tiene esa naturaleza, de esta manera, mal podría existir daño grave e inminente.

El Juez Primero de lo Penal de Pichincha, mediante resolución expedida el 16 de septiembre de 2008 resuelve desechar la acción de amparo constitucional propuesta por la recurrente señora Julieta Estrella Silva, al considerar que no existe acto administrativo ilegítimo que impugnar y sabiendo que el concierto respectivo si se llevó a cabo, sin que se cumplan por lo tanto, con los requisitos que el Art. 95 de la Constitución Política de 1998 establece para que la acción de amparo proceda. Dicha Resolución es apelada por el recurrente.

La Sala previo a resolver realiza las siguientes

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición publicado con la Constitución de la República del Ecuador, en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008 y la resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre del 2008.

SEGUNDA.- La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso

TERCERA.- La acción de amparo constitucional cuando esta destinada a cesar o remediar las consecuencias de un acto u omisión ilegítimo, debe cumplir los siguientes presupuestos, a) Que el acto u omisión de autoridad pública sean ilegítimos b) Que violen o puedan violar cualquier derecho consagrado en la Constitución

CUARTA.- Que, un acto se torna ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o que no se lo haya dictado de conformidad con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario a dicho ordenamiento o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación;

QUINTA.- La accionante no expresa cual es el acto u omisión que impugna, lo que ha manifestado en el libelo de su demanda es que la accionada el 13 de agosto del 2008 le ha expresado verbalmente que no iba a autorizar el sellaje de los boletos para el espectáculo ARPERUS EN CONCIERTO ni autorizar su calificación como promotora dentro de los espectáculos públicos.

SEXTA.- No existe evidencia de que efectivamente la accionada ha negado el sellaje del boletaje, lo que hubiera implicado que no se autorice la realización de dicho evento,

Por otra parte las simples expresiones verbales que no se materializan en actos o se ejecuten en hechos jurídicos no son susceptibles de control constitucional por vía de amparo.

SEPTIMA.- A fjs. 32 del proceso de instancia consta la autorización para el desarrollo del evento ARPERUS EN CONCIERTO, otorgada por el Director Metropolitano de Cultura, lo que evidencia que no hubo impedimento alguno para que se lleve a cabo el mismo.

Por otra parte la falta de previsión y suficiente antelación para la realización de las gestiones administrativas tendientes a conseguir de las distintas instancias del Municipio Metropolitano de Quito las autorizaciones correspondientes para el desarrollo de un espectáculo público no son atribuibles a la municipalidad.

Sin necesidad de hacer mas análisis sobre la causa, la Sala en uso de sus atribuciones constitucionales y legales

Resuelve:

1.- Confirmar la resolución venida en grado, por consiguiente negar el amparo solicitado por Julieta Estrella Silva.

2.- Devolver el expediente al Juez de instancia para los fines de ley.- NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.

f.) Dr. Hernando Morales Vinuesa, Presidente Tercera Sala.

f.) Dr. Manuel Viteri Olvera, Juez Tercera Sala.

f.) Dr. Patricio Herrera Betancourt, Juez Tercera Sala.

RAZON.- Siento por tal que, la resolución que antecede fue emitida por los doctores Hernando Morales Vinuesa, Manuel Viteri Olvera y Patricio Herrera Betancourt, Jueces de la Tercera Sala, quienes suscriben a los doce días del mes de febrero del dos mil nueve.- Lo certifico.

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, Secretario Tercera Sala.

CORTE CONSTITUCIONAL.- TERCERA SALA.- Es fiel copia del original.- Quito, a 19 de febrero del 2009.- f.) Secretario de la Tercera Sala.

Caso: 1470-08-RA
Juzgado Décimo Octavo de lo Civil de Pichincha
Juicio: 743-08

TERCERA SALA

Quito D. M.. 12 de febrero de 2009

Juez ponente: **Dr. Patricio Herrera Betancourt**

No. 1470-2008-RA

En el caso signado con el número **1470-08-RA**

ANTECEDENTES:

El señor Víctor Rafael Valencia Peñaloza representante de la compañía FARAÓN FARMS DEL ECUADOR S. A. FARFAR amparado en el mandato del Art. 95 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 y Art. 46 de la Ley de Control Constitucional comparece ante el Juez Décimo Octavo de lo Civil de Pichincha y deduce acción de Amparo Constitucional en contra de Kléber Paz y Miño Flores Alcalde de Santo Domingo a fin de que cesen y se remedien las consecuencias del acto ilegítimo por medio del cual se declara la terminación unilateral del contrato firmado el 1 de abril de 2008 contenido en la Resolución dictada el 3 de septiembre de 2008 y se abstengan en la ejecución de las garantías contractuales contenidas en las pólizas: No- 501912, buena calidad de materiales; No 502923, de cumplimiento de contrato y No- 502581, de buen uso del anticipo.

El recurrente señala que la Resolución del Alcalde es un acto ilegítimo que causa daño grave e irreparable y viola sus derechos constitucionales de libertad de empresa, libertad de contratación, derecho a la honra y a la buena reputación, el derecho a dirigir quejas y peticiones, así como, el derecho al trabajo; por lo tanto el Art. 23 nums. 8, 15, 16 y 18 y Art. 35 de la Constitución Política de 1998. Sostiene que los trabajos no se han ejecutado con normalidad por causas ajenas a la voluntad de los recurrentes como: a) las fuertes lluvias durante los meses de abril, mayo, junio, julio tal como se corrobora de los datos otorgados por la Dirección de Aviación Civil del Aeropuerto de Santo Domingo y por el INAMHI; b) petición incontestada de la necesidad de crear rubros nuevos y trabajos adicionales, no pactados en el contrato pero necesarios y urgentes para el desarrollo normal de la obra; siendo la Empresa de Agua Potable EMAPA la que recomienda que previo a la ejecución de la obra materia de contrato debe ejecutarse el cambio de toda la red principal de agua potable y acometidas a los domicilios. Las observaciones de EMAPA, son recogidas por pedido del propio fiscalizador de la obra, según oficio DC-ASF-C-CAYAPAS-003-2008 de 15 de mayo de 2008. c) La municipalidad no nombró a tiempo al fiscalizador de la obra, haciéndolo un mes después de iniciada la misma como consta del oficio dirigido al Procurador Síndico Municipal por parte del Director de obras Públicas y del Director Jefe.

La parte recurrente asevera que la resolución materia de amparo fue dictada el 3 de septiembre de 2008 a pesar de que el término correspondiente recién fenecía el 4 de septiembre del mismo año, violándose el Art. 116 inc. 6 del Reglamento sustitutivo al Reglamento General de la Ley de Contratación Pública. Argumenta además que este hecho dejó en la indefensión a la Compañía contratante pues le privaron de un día para presentar los justificativos pertinentes.

Considera que se debe manifestar que el avance de las obras están en un 80%, cuestión informada mediante oficios de 23 de agosto del 2008 y 18 de septiembre del mismo año, sin que se haya recibido respuesta.

El 06 de octubre de 2008 se lleva a cabo la audiencia pública de conciliación a la que comparecen las partes interesadas.

El doctor Juan Celi Loaiza defensor de la autoridad demandada, en lo principal impugna la acción de amparo constitucional y manifiesta que el 1 de abril de 2008, la Municipalidad de Santo Domingo celebró un contrato con la Empresa FARAON FARMS DEL ECUADOR S. A. FARFAR por el cual la empresa se obligó a ejecutar el asfaltado de la calle Río Cayapas, desde Río Pastaza hasta ladera existente L=150,00, M-ancho=7,00, pavimento flexible, carpeta asfáltica sin parterre central, obras de drenaje, señalización, paisajismo y alcantarillado sanitario, ubicado en la Cooperativa 30 de julio, por un valor de 91.886,83 dólares, con un plazo de 90 días calendario a partir de la fecha de recepción del anticipo.

La defensa alega el incumplimiento de contrato fundamentándose en los informes del Ing. Daniel Casierra, fiscalizador externo de la obra y de los técnicos de la Dirección de Obras Públicas Municipales, fundamentando la decisión de terminación en los Arts. 104, 105 y 68 de la derogada Ley de Contratación Pública y Art. 115 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública, actuales Arts. 94, 95 y 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Art. 148 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; así como, en las cláusulas Décima Sexta y Décima Octava del Contrato.

Sostiene que no existe acto u omisión ilegítima de autoridad pública, pues el Municipio procedió a la declaración de terminación unilateral de contrato en virtud a su competencia y de acuerdo a las normas legales pertinentes, sin que se haya violado ningún tipo de derecho del recurrente. Considera válida la actuación municipal pues uno de sus deberes es la de velar por el buen uso de los fondos públicos. Pide se considere lo establecido en el inc 2 del Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que establece: "La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista". Además alega incompetencia del Juez en virtud de la cláusula vigésima sexta del contrato, el Art. 102 inc 3 y 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establecen que las controversias se resolverán en sede contencioso administrativa.

Por otra parte interviene el doctor Huascar Ullauri abogado regional de la Procuraduría General del Estado estimando que del expediente se desprende que el acto administrativo impugnado no es ilegítimo pues la decisión de declarar unilateralmente la terminación del contrato se sustenta en el incumplimiento demostrado del mismo por parte del contratista, aclarando además que la controversia debe ventilarse en sede contencioso administrativa

El Juez de instancia, mediante resolución expedida el 15 de Octubre de 2008 resuelve inadmitir la acción de amparo constitucional propuesta por el recurrente señor Víctor Rafael Valencia Peñaloza, al considerar que no existe acto ilegítimo de autoridad pública y que el competente para solucionar este tipo de controversias es el juez contencioso administrativos. Dicha Resolución es apelada por el recurrente, para ante el Tribunal Constitucional.

La Sala previo a resolver hace las siguientes

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición publicado con la Constitución de la República del Ecuador, en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008 y la resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre del 2008.

SEGUNDA.- La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso

TERCERA.- La acción de amparo constitucional cuando esta destinada a cesar o remediar las consecuencias de un acto u omisión ilegítimo, debe cumplir los siguientes presupuestos, a) Que el acto u omisión de autoridad pública sean ilegítimos b) Que violen o puedan violar cualquier derecho consagrado en la Constitución

CUARTA.- Que, un acto se torna ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o que no se lo haya dictado de conformidad con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario a dicho ordenamiento o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación;

QUINTA.- El accionante por medio de la presente impugna el acto contenido en la resolución del 3 de septiembre del 2008, emitida por el Alcalde de Santo Domingo mediante el cual declara terminado unilateralmente el contrato suscrito el 1 de abril del 2008 con la compañía FARAON FARMAS DEL ECUADOR S. A. Dicho contrato consistía en la ejecución de la obra de asfaltado de la calle Río Cayapas desde Río Pastaza hasta la ladera existente L=150-0M. Ancho 7, 00M. pavimento flexible, carpeta asfáltica sin parterre central, obras de drenaje señalización, paisajismo y alcantarillado sanitario.

SEXTA.- Se aprecia que en el presente caso existe una divergencia por la aplicación de un contrato entre la compañía contratista representada por el amparista y la Municipalidad de Santo Domingo, representada por el accionado. Cabe señalar que dicho contrato en la cláusula correspondiente sobre el particular dice:

"De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Será competente para conocer dichas controversias el Tribunal Distrital que ejerce jurisdicción en la ciudad de Santo Domingo de los Colorados."

Por otra parte el Art. 102 inciso tercero de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el Art. 105 de la norma ibidem expresan que en caso de existir controversias que no se resuelvan mediante mediación o arbitraje, las mismas se resolverán en sede judicial, esto es ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

SEPTIMA.- El amparo como se ha conceptualizado claramente no es una vía que pueda reemplazar los procedimientos que el ordenamiento jurídico franquea para

la resolución de los problemas atinentes al control de la legalidad de los actos administrativos de la autoridad pública sino un instrumento de protección y tutela de los derechos constitucionales.

Es en este sentido que las controversias contractuales no son materia de análisis y control constitucional mediante acción de amparo, sino que tienen sus instancias legales apropiadas a las cuales el accionante debe acudir para el reconocimiento de un derecho y su protección.

Con estas consideraciones sin necesidad de analizar el fondo de la acción propuesta, la Sala en uso de sus atribuciones

Resuelve:

- 1.- Confirmar la resolución venida en grado por consiguiente inadmitir el amparo solicitado por Víctor Rafael Valencia Peñaloza en representación de la compañía Faraón Farmas del Ecuador S.A.
- 2.- Dejar a salvo el derecho del recurrente de acudir a las instancias legales correspondientes hacer valer el derecho que se crea asistido.
- 3.- Devolver el expediente al juez de origen para los fines de ley.- NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.

f.) Dr. Hernando Morales Vinuesa, Presidente Tercera Sala.

f.) Dr. Manuel Viteri Olvera, Juez Tercera Sala.

f.) Dr. Patricio Herrera Betancourt, Juez Tercera Sala.

RAZON.- Siento por tal que, la resolución que antecede fue emitida por los doctores Hernando Morales Vinuesa, Manuel Viteri Olvera y Patricio Herrera Betancourt, Jueces de la Tercera Sala, quienes suscriben a los doce días del mes de febrero del dos mil nueve.- Lo certifico.

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, Secretario Tercera Sala.

CORTE CONSTITUCIONAL.- TERCERA SALA.- Es fiel copia del original.- Quito, a 19 de febrero del 2009.- f.) Secretario de la Tercera Sala.

N° NAC-DGERCGC09-00131

EL DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS

Considerando:

Que, el artículo 7 del Código Orgánico Tributario y el artículo 8 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas facultan al Director General del Servicio de Rentas Internas expedir, mediante resoluciones, disposiciones generales y obligatorias necesarias para la

aplicación de las normas legales y reglamentarias, así como para la eficiencia de su administración;

Que, la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 242 de 29 de diciembre del 2007, creó el impuesto a la salida de divisas sobre las transferencias de divisas que se realicen al exterior; estableciendo igualmente, en su artículo 159, las transacciones exentas de este impuesto;

Que, el precitado artículo 159 fue reformado por el artículo 15 de la Ley Orgánica Reformatoria e Interpretativa a la Ley de Régimen Tributario Interno, al Código Tributario, a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador y a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 392 de 30 de julio del 2008;

Que, la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 497 de 30 de diciembre del 2008, en su séptimo artículo modifica al antedicho artículo 159;

Que, de conformidad con el artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, el hecho generador del impuesto a la salida de divisas se produce al momento de la transferencia, traslado o envío de divisas al exterior con cargo a cuentas nacionales; o, cuando por concepto de importaciones de bienes para comercialización, realizadas por personas naturales o sociedades, nacionales o domiciliadas en el Ecuador, se efectúen pagos desde el exterior;

Que, en atención a lo dispuesto por el artículo 158 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador son contribuyentes del impuesto las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades privadas, tanto nacionales como extranjeras, que efectúen las operaciones mencionadas en el párrafo anterior; artículo que también constituye en agentes de retención del impuesto a la salida de divisas a las instituciones del sistema financiero nacional, por las transferencias que realicen por disposición de sus clientes;

Que, los artículos 8 y 10 del Reglamento para la Aplicación del Impuesto a la Salida de Divisas disponen que las empresas de courier deberán actuar como agentes de percepción del impuesto a la salida de divisas que se genere cuando sus clientes les soliciten realizar transferencias, traslados o envíos de divisas al exterior;

Que, mediante Resolución No. NAC-DGER2008-0652, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 348 de 29 de mayo del 2008 se aprobaron los formularios: 109, para la declaración del impuesto a la salida de divisas para instituciones financieras y couriers; formulario de declaración informativa del impuesto a la salida de divisas cuando no se envían divisas al exterior; y, formulario de declaración informativa de transacciones exentas del impuesto a la salida de divisas;

Que, mediante Resolución No. NAC-DGER2008-1101, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 403 de 14 de agosto del 2008 se modificaron los formularios de declaración informativa del impuesto a la salida de divisas

cuando no se envían divisas al exterior, y el de declaración informativa de transacciones exentas del impuesto a la salida de divisas;

Que, de conformidad con el segundo inciso del Art. 89 del Código Orgánico Tributario y con el Art. 101 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, las declaraciones efectuadas por los sujetos pasivos tienen el carácter de definitivas y vinculantes haciendo responsable al declarante por la exactitud y veracidad de los datos que contengan;

Que, el Código Orgánico Tributario, la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas y su reglamento de aplicación establecen como función y atribución del Servicio de Rentas Internas efectuar el control de los tributos internos del Estado y de aquellos cuya administración no esté expresamente asignada por ley a otra entidad; y,

En uso de las facultades que le otorga la ley,

Resuelve:

Art. 1.- Aprobar el formulario de: Declaración Informativa de Transacciones sujetas al Impuesto a la Salida de Divisas mediante Instituciones Financieras y Couriers.

Este formulario puede ser impreso desde la página web del SRI (www.sri.gov.ec) u obtenerlo de manera gratuita en las oficinas del Servicio de Rentas Internas, a nivel nacional.

Art. 2.- Derogar el formulario de declaración informativa de transacciones exentas del impuesto a la salida de divisas, contenido en la Resolución No. NAC-DGER2008-1101.

Disposición General.- La falta de presentación, la presentación tardía o con errores de la información será sancionada conforme las disposiciones legales vigentes, sin perjuicio de la responsabilidad civil y/o penal en que pueda incurrir el declarante en el caso de información inexacta o falsa que induzca a error o engaño a la Administración Tributaria.

Disposición Final.- La presente resolución y el formulario que mediante ésta se aprueba, mismo que se adjunta, entrará en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese.

Dictó y firmó la resolución que antecede, Carlos Marx Carrasco V., Director General del Servicio de Rentas Internas, en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a 26 de febrero del 2009.

Lo certifico.-

f.) Dra. Alba Molina, Secretaria General del Servicio de Rentas Internas.

SRI SERVICIO DE RENTAS INTERNAS		DECLARACIÓN INFORMATIVA DE TRANSACCIONES SUJETAS AL IMPUESTO A LA SALIDA DE DIVISAS MEDIANTE INSTITUCIONES FINANCIERAS O COURIERS					
Resolución No. NAC-DGER/009-00131		IMPORTANTE: SÍRVASE LEER INSTRUCCIONES AL REVERSO		FECHA DE LA TRANSACCIÓN AL EXTERIOR			
				101	102	103	104
				DÍA	MES	AÑO	
200 IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO PASIVO (CONTRIBUYENTE)							
201	RUC, CÉDULA O PASAPORTE DEL SUJETO PASIVO (REMITENTE)	202 RAZÓN SOCIAL, DENOMINACIÓN O APELLIDOS Y NOMBRES COMPLETOS DEL SUJETO PASIVO (REMITENTE)					
203	CUIDAD DOMICILIO DEL REMITENTE	204	CALLE PRINCIPAL DOMICILIO DEL REMITENTE	205	NÚMERO DE CALLE DEL DOMICILIO DEL REMITENTE		
206	RUC DE LA INSTITUCIÓN FINANCIERA	207 RAZÓN SOCIAL O DENOMINACIÓN DE LA INSTITUCIÓN FINANCIERA					
300 DETALLE DEL ENVÍO DE DIVISAS							
CONCEPTO DE ENVÍO DE DIVISAS	RAZÓN SOCIAL, DENOMINACIÓN O APELLIDOS Y NOMBRES COMPLETOS DEL BENEFICIARIO	PAÍS DE DESTINO DEL BENEFICIARIO	MONTO DE DIVISAS ENVIADAS AL EXTERIOR (USD)	Nº DE REGISTRO EN EL BANCO CENTRAL DEL ECUADOR	FECHA DE REGISTRO EN EL BANCO CENTRAL DEL ECUADOR		
PAGOS DE INTERESES POR CRÉDITOS EXTERNOS	301	313	325	337	339		
PAGOS DE CAPITAL POR CRÉDITOS EXTERNOS	302	314	326	338	340		
PAGOS POR IMPORTACIONES	303	315	327				
REPATRIACIÓN DE UTILIDADES	304	316	328				
HONORARIOS POR SERVICIOS	305	317	329				
ARRENDAMIENTO MERCANTIL	306	318	330				
ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES	307	319	331				
COMISIONES	308	320	332				
PAGOS POR MARCAS, PATENTES, DERECHOS DE LLAVE Y OTROS SIMILARES	309	321	333				
INVERSIONES EN EL EXTERIOR	310	322	334				
SEGUROS, REASEGUROS O RETROCESIONES	311	323	335				
OTROS	312	324	336				
TOTAL DE DIVISAS ENVIADAS AL EXTERIOR (SUMAR DEL 325 AL 336)			341				
DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA DECLARACIÓN SON EXACTOS Y VERDADEROS, POR LO QUE ASUMO LA RESPONSABILIDAD LEGAL QUE DE ELLA SE DERIVEN (Art. 101 de la L.R.T.I.)							
FIRMA SUJETO PASIVO O REPRESENTANTE LEGAL				FIRMA CONTADOR (Sólo para obligados a llevar contabilidad)			
198	Nº CI o Pasaporte del Remitente o Representante Legal	199	Nº RUC				
FIRMA Y SELLO DEL RESPONSABLE RECEPTOR DEL ENVÍO DE LA INSTITUCIÓN FINANCIERA							

No. NAC-DGERCGC09-00133

**EL DIRECTOR GENERAL DEL
SERVICIO DE RENTAS INTERNAS****Considerando:**

Que el artículo 21 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 395 de 4 de agosto del 2008, establece que el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRAS PUBLICAS será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta ley y será administrado por el Instituto Nacional de Contratación Pública, y que el portal COMPRAS PUBLICAS será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública, de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, su reglamento y las regulaciones del Instituto Nacional de Contratación Pública;

Que el artículo 12 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 124, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 399 de 8 de agosto del 2008, dispone que las entidades contratantes se registrarán en el portal www.compraspublicas.gov.ec para acceder al uso de las herramientas del Sistema Nacional de Contratación Pública. Para tal propósito ingresarán en el Portal www.compraspublicas.gov.ec la información requerida. Adicionalmente, la máxima autoridad de la entidad remitirá al Instituto Nacional de Contratación Pública la información relacionada con su calidad y con la designación de la o las personas debidamente autorizadas a utilizar las herramientas del sistema, información que deberá estar actualizada de manera permanente;

Que la Disposición Transitoria Séptima del mismo ordenamiento, establecía que el uso del portal www.compraspublicas.gov.ec será obligatorio para todos los proveedores del Estado a partir del 1 de enero del 2009; norma que fue reformada por el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 1516, publicado en el tercer Suplemento del Registro Oficial 498 de 31 de diciembre del 2008, que ordena que el uso de las herramientas del portal referidas a los procedimientos de consultoría, así como de cotización y menor cuantía, será obligatorio a partir del 1 de marzo del 2009;

Que el Servicio de Rentas Internas es una entidad que tiene autonomía administrativa, financiera y operativa, de conformidad con su ley constitutiva, Ley 41, publicada en el Registro Oficial 206 de 2 de diciembre de 1997; y,

En uso de sus atribuciones legales,

Resuelve:

Art. 1.- Designar a los funcionarios descritos en el Anexo 1 de la presente resolución, como personas debidamente autorizadas a utilizar por el Servicio de Rentas Internas las herramientas del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRAS PUBLICAS, www.compraspublicas.gov.ec, en cumplimiento de las funciones, competencias y obligaciones propias de su

cargo, y de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, resoluciones del Instituto Nacional de Contratación Pública y más normativa aplicable.

Art. 2.- De la ejecución de la presente resolución encárguese la Dirección Nacional Administrativa.

Disposición Final.- Esta resolución entrará en vigencia a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial y en el portal www.compraspublicas.gov.ec.

Comuníquese.

Proveyó y firmó la resolución que antecede, Carlos Marx Carrasco, Director General del Servicio de Rentas Internas, en Quito, Distrito Metropolitano, a 27 de febrero del 2009.

Lo certifico.

f.) Dra. Alba Molina P., Secretaria General, Servicio de Rentas Internas.

ANEXO 1

N°	USUARIOS DEL PORTAL www.compraspublicas.gov.ec
	DIRECCION NACIONAL
1	Aguilar Veintimilla Ximena Maritza
2	Merino Saltos Silvana L. del Carmen
3	Gallo Gutierrez Elizabeth Alexandra
4	Alvarez Barrionuevo Grace Karina
5	Velasco Freire Diana Paulina
6	Flores Sánchez Janneth Patricia
7	Arellano Vallejo Santiago Patricio
8	Reyes Freire Anabel Marisol
9	Picerno Torres Cintya Natalia
	REGIONAL NORTE
10	Carrión Bueno Diego David
11	Guzman Villagomez Ana Cristina
12	Villacís Puma Julio César
13	Morán Gortaire Juan Francisco
14	Loor Intriago Mercedes Carolina
	REGIONAL LITORAL SUR
15	Chica Martínez María Gabriela
16	Coronel Cabrera Carla Nilza
17	Taranto Avila Paolo Enrique
18	Tapia Troya Humberto Alex
19	Guzmán Andrade Adalida Narcisa
20	España Muñoz Jessica Elvira
	REGIONAL AUSTRO
21	Mora Díaz Byron Manuel
22	Vanegas Aguilar Miguel Angel
23	Reyes Córdova Juan Xavier
24	Brito Torres Jinpson Manuel
25	Merchán Matute Milton Marcelo
26	Urgilés Vicuña Jhonny Hernán

N°	USUARIOS DEL PORTAL www.compraspublicas.gov.ec
27	Cisneros Ramos Luis Paúl
28	Ortiz Urgilés Ana Maricela
	REGIONAL EL ORO
29	Franco Córdova Yara María
30	Landívar González Andrea Verónica
31	Niemes Novillo María Dolores
32	Castro Salgado María Elisa
33	Valverde Aguilar Elsy Karina
	REGIONAL CENTRO II
34	Parreño Manzano Nube Magdalena
35	Andrade Hernández Marisol Paulina
36	Zamora Obregón María Gabriela
37	Flores Brito Yadira de Lourdes
	REGIONAL CENTRO I
38	Gómez Tobar Ana Cecilia
39	Fonseca Jarrín Deysi Alexandra
40	Barba Carrasco Verónica de las Mercedes
41	Nieto Mora Jorge Fernando
42	Patiño Espín Tarquino Fidel
43	Hernández Luna Rosa Paulina
	REGIONAL MANABI
44	Holguín Alvia Monserrate Auxiliadora
45	Véliz Loo Braulio Lisandro
46	Barrera Plúa Edgar Gustavo
47	Bravo Giler María Amelia
48	Calero Guevara Flor María
49	Zavala Gonzales Jaime Arturo
50	Vera Vélez Janis Marcela
	REGIONAL DEL SUR
51	Calva Rodríguez Stalin de Jesús
52	Guzmán Rojas Roberto Carlos
53	Larreátegui Gonzales Stalin Eugenio

No. 241-2007

Juicio No. 39-2006 k.r.

ACTORA: Teresa Pinos Mogrovejo.

DEMANDADOS: Ana Lucía Pinos Urgilés y
Daniel Patricio AstudilloCORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

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

VISTOS (39-2006): Teresa Pinos Mogrovejo interpuso recurso de casación de la sentencia dictada por la Segunda

Sala de lo Civil y Mercantil de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca el 12 de mayo del 2005, a las 08h59, por la cual se revoca la sentencia del Juez a quo y declara sin lugar la demanda, en el juicio ordinario que por nulidad de cláusula de contrato contenida en escritura pública, siguió en contra de Ana Lucía Pinos Urgilés y Daniel Patricio Astudillo Astudillo. El recurso fue admitido por el Tribunal ad quem el 13 de junio del 2005; y, por sorteo de 23 de enero del 2006 correspondió el conocimiento del mismo a esta Sala, la cual, para resolver, considera:

PRIMERO.- La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el Art. 200 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el Art. 1 de la Ley de Casación, y por el sorteo de ley antes referido; mediante auto de 7 de junio del 2006, a las 09h10, esta Sala avocó conocimiento de la causa y admitió a trámite el recurso por considerar que cumple con los requisitos y formalidades establecidos en la Ley de Casación.- **SEGUNDO.-** Funda su recurso en la causal tercera del Art. 3 de la ley de la materia, invocando la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, la que ha conducido -en opinión de la recurrente-, a una equivocada aplicación de las normas de derecho en la sentencia. Considera infringidas las siguientes normas de derecho: artículos 117, 118, 119 inciso primero, 121, 146, 168, 169, 170 incisos primero, tercero y cuarto; y 211 del Código Adjetivo Civil; y, artículo 1726 del Código Civil en vigencia. Los artículos mencionados como infringidos hacen relación a las pruebas dentro del juicio, el 117 -actual 113-relativo a quién le corresponde la carga de la prueba; el 118 -actual 114- a la obligación de probar lo alegado; el 119 -actual 115- a la potestad del Juez de valorar la prueba conforme a los principios de la sana crítica; el 121, -actual 117- a que solamente la prueba debidamente actuada hace fe en juicio; el 146 -actual 142-a que la confesión es indivisible; el 168 -actual 164- define al instrumento público; el 169 -actual 165- a los instrumentos públicos que constituyen prueba; el 170, -actual 166- contra quienes hacen fe los instrumentos públicos y cómo deben otorgarse; el 211 -actual 207- a la apreciación de la fuerza probatoria de las declaraciones testimoniales; y, el Art. 1726 del Código Civil -actual 1699- relativo a la declaratoria de nulidad a petición de parte.- **TERCERO.-** En el escrito de planteamiento del recurso, la recurrente, al señalar las razones por las cuales estima infringidas las mencionadas disposiciones por el vicio anotado, señala los textos de los entonces vigentes artículos 120 y 121 del Código de Procedimiento Civil; que la Sala al dictar la sentencia recurrida no observó las normas contempladas en los entonces artículos 117, 118, 119 inciso primero, 121, 146 y 211 ibídem; “...que por imperativo de la ley, la Doctrina y la Jurisprudencia, vuestras señorías estuvieron en la ineludible obligación de apreciar las pruebas en conjunto para la correcta aplicación de las normas de derecho en la sentencia. Sin embargo en ninguno de los considerandos de la sentencia, consta la APRECIACIÓN NI LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.” Sostiene también que en forma indebida, ilegal e incorrecta los miembros de Tribunal ad-quem le otorgaron un valor probatorio y decisivo para el fallo a una sola de las respuestas de la recurrente en la confesión judicial de diecinueve preguntas -aspecto contenido en el considerando cuarto del fallo recurrido-, en cuanto la confesante -fs. 379-, contestando a la respectiva pregunta, dice que sí se dio lectura a la escritura aunque manifiesta no haber prestado atención por haber estado delicada de

salud; y aún en este asunto -dice la recurrente- ni siquiera la transcripción en el fallo responde al contenido real de lo declarado. Señala a continuación la indivisibilidad de la confesión judicial, principio contenido en el entonces artículo 146 (hoy 142) del mismo Código Adjetivo Civil, para indicar que su confesión debió haberse considerado en conjunto e igualmente el testimonio rendido por la vendedora Cecilia Miriam Vásquez Loza quien de manera reiterada asevera haber transferido el dominio a Teresa Pinos Mogrovejo (la actora, ahora recurrente) y no a Ana Lucía Pinos Urgilés, indicando que esta ilegal valoración de la prueba referida por la Sala condujo a una equivocada aplicación de las normas de derecho en la sentencia. También explica la recurrente lo que estima como falta de valoración de la prueba de varios testimonios rendidos. Y, cómo, en apego a lo dispuesto en el Art. 1726 -hoy 1699- del Código Civil, la Sala de la Corte Superior de Cuenca debió declarar la nulidad absoluta del instrumento público sobre el cual versa el juicio, aún de oficio.- **CUARTO.-** Cabe determinar si en la sentencia recurrida se ha incurrido en errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que haya conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho en la sentencia. Al respecto, se hace el siguiente análisis: 4.1. En relación con el anterior Art. 119 (actual 115) del Código de Procedimiento Civil, la jurisprudencia se ha pronunciado de la siguiente manera: “... es importante aclarar que la sana crítica no está definida en ningún código y que tampoco se podría encontrar sus reglas en ningún texto legal; las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano, en el que se juntan la lógica del raciocinio y la experiencia personal del Juez quien tiene plena atribución para valorar las pruebas según estas reglas, a menos que se demuestre que en ese proceso de valoración se haya tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los juzgadores a tomar una decisión absurda o arbitraria; el vicio de la valoración absurda de la prueba constituye, al mismo tiempo, trasgresión del mandato de motivación del fallo que está consagrado en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política de la República, ya que la violación de las reglas de la lógica en la valoración de la prueba priva a la resolución de motivación válida, porque atenta las reglas de la sana crítica y si la motivación no es válida, jurídicamente la resolución carece de motivación. La falta de motivación no solo se da cuando se han omitido enunciar las normas legales o los principios jurídicos en que se fundamenta la resolución, es decir cuando hay un vicio físico, sino también cuando hay una fundamentación absurda e ilógica. Este criterio se sostuvo en la Resolución No. 172-02 dictada en el juicio 26-02 (V.-Z.), y publicada en el R. O. 666 de 19 de septiembre del 2002. (Resolución No. 320-2003, Primera Sala, R. O. 354, 11-VI-2004).- Y, “...habría error en la aplicación o interpretación de las normas jurídicas referentes a la valoración de la prueba, siempre que el Juez otorgue a un medio de prueba un valor que la ley niega o que niegue valor probatorio a lo que en la ley sí otorga y cuando yerra en la interpretación de las normas positivas que regulan la admisibilidad, pertinencia y eficacia de los medios de prueba. Son estos errores judiciales sobre las normas jurídicas de la prueba los que abren paso al recurso de casación y jamás por distinta interpretación o apreciación de los hechos, aun cuando el error del Juez ad quem sea de toda evidencia. De lo expuesto se colige que los cargos realizados por el recurrente están encaminados a una revisión de la valoración de los hechos, lo que no

puede realizarse por este Tribunal conforme se ha señalado en líneas precedentes.” (Expediente No. 316-99, Primera Sala, R. O. 254, 13-VIII-99). Además, “...en fallo publicado en la Gaceta Judicial Serie XVI, No. 4, páginas 894 y 895: ‘la doctrina de casación civil atribuye a la soberanía del tribunal de instancia la apreciación de la fuerza probatoria de los distintos medios que no estén sujetos a tarifa legal. Esta soberanía significa que el mérito valorativo que de tales medios desprenda el tribunal de instancia o su desestimación al considerarlas insuficientes para adquirir su convicción, pertenecen al criterio soberano del juzgador de instancia y no puede ser modificado por la Corte de Casación a menos que se desconozca la evidencia manifiesta que de ellos aparezca. El Art. 119 del Código de Procedimiento Civil dispone que la prueba debe ser apreciada en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La doctrina de la casación lógicamente determina que no puede servir de fundamento para el recurso de casación la antedicha disposición porque lejos de contener preceptos sobre apreciación de la prueba, faculta a los Tribunales para apreciarla conforme a las reglas de la crítica racional. Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado’ Por lo que, esta alegación no es suficiente para formular un cargo en contra de la sentencia, además la Sala considera que el Tribunal ad-quem ha realizado un análisis lógico de la prueba aportada en su conjunto y no ha violado disposición legal alguna. (Expediente No. 158, Primera Sala, R. O. 119, 30-VII-97).- Sin embargo, la Sala considera que, en el caso materia de análisis, el Tribunal ad quem, al aceptar como prueba determinante únicamente una mínima parte de la confesión judicial rendida por la actora, sin confrontarla con el resto de tal confesión ni con las declaraciones testimoniales ni con la confesión de los demandados, inaplicó el Art. 115 (ex 119) del Código de Procedimiento Civil en cuanto no hizo uso adecuado de los principios jurídicos aplicables a la valoración de la prueba al no apreciarla en conjunto ni de acuerdo con la sana crítica, lo cual necesariamente llevó a una falta de aplicación del Art. 142 del Código de Procedimiento Civil, relativo a la indivisibilidad de la confesión: “La confesión prestada en un acto en los juicios civiles, es indivisible; debe hacerse uso de toda la declaración o de ninguna de sus partes, excepto cuando haya graves presunciones u otra prueba contra la parte favorable al confesante”. En el caso materia de análisis, no se dio ninguno de los presupuestos establecidos en la parte final del mencionado artículo, en cuanto no se refirió en el fallo impugnado, las presunciones o pruebas en contra de la parte favorable a la confesante Teresa Pinos Mogrovejo. En suma, el Tribunal ad quem no aplicó, en este caso, la regla de la apreciación de la prueba en conjunto.- Por lo tanto, se acepta el cargo analizado en este considerando, **se casa la sentencia recurrida** y en su lugar se dicta la que a continuación se considera.- **QUINTO.-** 5.1. El punto principal sobre el que versa el juicio es el relativo a la nulidad -por falsedad, como se expresa en una parte del libelo de la demanda- de una parte de la cláusula cuarta de la escritura que contiene el contrato de compraventa de bien inmueble celebrado por Teresa Pinos Mogrovejo. Al respecto, sobre la nulidad parcial de los contratos, la jurisprudencia ecuatoriana, aceptando el 1 criterio de que ésta sí se puede dar, se ha expresado de la siguiente manera: “...y si bien dicha cláusula es nula, ...por contener un pacto usurario,...esa

nulidad no acarrea la del contrato principal.” (Gaceta Judicial, Año XXXII, Serie V, No. 100, pág. 2452); “Es nula la cláusula que crea la obligación del mutuario...; pero esta **nulidad parcial** no afecta con nulidad al contrato de mutuo.” (énfasis añadido) (Gaceta Judicial, Año XXXI, Serie V, No. 86, pág. 2032). La doctrina, por su parte, sostiene: “**La nulidad parcial en los contratos.-** La nulidad parcial puede presentarse, igualmente en los contratos, especialmente en aquellos que consten de diversas cláusulas, una de las cuales puede adolecer de nulidad, sin que ello afecte a las demás (el énfasis es nuestro)... conservando el resto del contrato todo su valor jurídico. /... **Jurisprudencia.-** Los Tribunales de Justicia, en numerosas sentencias, han reconocido la posibilidad de que un contrato sea nulo sólo parcialmente, subsistiendo el resto con pleno valor;...lo que significa que el Tribunal se ha puesto en el caso, y ha reconocido expresamente la posibilidad, que sólo una determinada cláusula de un contrato sea nula, y no todo el contrato” (Arturo Alessandri Besa, “La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno”, Tomo I, 2ª Edición, EDIAR EDITORES LTDA, Santiago, Chile, pág. 82). Al respecto, esta Sala observa que tanto la doctrina foránea, como la jurisprudencia ecuatoriana, contemplan la posibilidad de la nulidad de una cláusula del contrato, siempre y cuando ésta no sea de la esencia del mismo, ya que en tal caso acarrearía la nulidad íntegra del contrato; sin embargo, y de ser el caso, la nulidad de la cláusula debería ser declarada en base a la comprobación de los vicios que puedan afectarla.- 5.2. En el caso *sub judice*, se demanda únicamente la nulidad de la cláusula 4ª contenida en la escritura de compraventa celebrada el 22 de junio del 2000 ante el Notario Quinto del Cantón Cuenca, “...en cuanto se hace constar lo siguiente: ‘que esta adquisición la hace para la señora Ana Lucía Pinos Urgilés, puesto que con dineros propios de ella paga el valor total del precio de la compraventa, aclarando también que durante toda su vida la compareciente señorita Teresa Pinos Mogrovejo, se reserva en su favor, los derechos de uso, usufructo y habitación en el inmueble que por este instrumento adquiere’” (fs. 3 vta. y 4, cuaderno de primera instancia). Es decir, la demandante no tiene reparo en cuanto a la compraventa de inmueble celebrada con los vendedores Alicia Loza Loza, Jorge, César y Miriam Vázquez Loza, sino, y únicamente, en cuanto a que ella, por medio de tal compraventa, haya adquirido sólo el usufructo, uso y habitación del inmueble vendido, respecto de lo cual alega falsedad imputable a su sobrina, la demandada Ana Lucía Pinos Urgilés que origina un error que habría viciado su consentimiento.- 5.3. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, de conformidad con el actual Art. 1467 del Código Civil, son el error, la fuerza y el dolo. Del análisis de los artículos 1468 al 1475 del Código Civil se establece: que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; cuándo el error de hecho recae sobre la especie del acto y la identidad o calidad de la cosa, vicia el consentimiento; cuándo se produce vicio del consentimiento en el error de hecho sobre la persona con quien se tiene intención de contratar; y cuándo la fuerza, el temor reverencial o el dolo vician el consentimiento. Respecto de este último, el Art. 1474 expresa: “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado”. El Art. 1475 ibídem establece: “El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse”. En el caso, no se ha producido error sobre un punto de derecho;

no hay error de hecho sobre la identidad, la sustancia, calidad esencial o cualquier otra calidad de la cosa; tampoco error de hecho sobre la persona; ni fuerza, temor reverencial o dolo que estén debidamente probados en el proceso. Sin embargo, debe señalarse que la demandante alega que el error derivado de la falsedad que señala en su demanda se refiere a la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra (fs. 3 vta., cuaderno de primera instancia).- Autores colombianos expresan que tanto el error sobre la naturaleza o especie del acto, como el error sobre la identidad de la cosa son vicios del consentimiento sancionados con la nulidad relativa, “Dichos errores son de tal magnitud que imponen la presunción de que quien los comete no habría celebrado el acto de haberlos conocido (...) Se presume así que estos errores estructuran una ‘causa falsa’...” (G. Ospina Fernández, E. Ospina Acosta, Teoría General del Contrato y de los Demás Actos o Negocios Jurídicos, Ed. Temis S. A., Bogotá, Colombia, 1994, pág. 187), lo que a nuestro entender configura una falsedad ideológica en cuanto al motivo que indujo a la celebración del contrato.- 5.4. A decir de Teresa Pinos Mogrovejo en su demanda, ella habría tenido la percepción errada de que mediante el contrato contenido en la escritura de compraventa celebrada con los señores Jorge, César y Miriam Vázquez Loza y Alicia Loza Loza el 22 de junio del 2000 ante el Notario Quinto del Cantón Cuenca, estaba adquiriendo el dominio, sin limitación alguna, del inmueble ubicado en el Centro Histórico de Cuenca, calle Presidente Luis Cordero y que, por la falsedad introducida a favor de Ana Pinos Urgilés en la cláusula cuarta de dicho contrato, habría adquirido únicamente el usufructo, uso y habitación del mismo, circunstancias que bien podrían configurar error de hecho en cuanto a la especie de contrato que se celebró, de conformidad con el actual Art. 1469 del Código Civil.- 5.5. El actual Art. 1576 del Código Civil prevé que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; y, el segundo inciso del Art. 1580 ibídem, dispone que pueden también interpretarse las cláusulas de un contrato por las de otro celebrado entre las mismas partes y sobre la misma materia.- Consta de fojas 52 a 54 la escritura de promesa de compraventa celebrada el 15 de mayo del 2000 ante el Notario Público Quinto del Cantón Cuenca entre Jorge, César y Miriam Vázquez Loza y Alicia Loza Loza, con Teresa Pinos Mogrovejo, por la cual aquéllos prometieron dar en venta a favor de esta última, el inmueble ubicado en el Centro Histórico de Cuenca, calle Presidente Luis Cordero, sin que en tal promesa haya intervenido Ana Pinos Urgilés ni se haya mencionado o convenido limitación alguna al dominio del inmueble que se prometió en venta. En los testimonios rendidos por Miriam Vázquez Loza, una de las vendedoras del inmueble, y Agustín Pinos Mogrovejo, hermano de la actora, (fs. 33 y 34, primera instancia), no se advierte contradicción alguna, pese a las repreguntas que fueron presentadas por la parte demandada; de los mismos se desprende que Ana Pinos Urgilés, realizaba los pagos correspondientes al precio pactado por la compraventa, manifestando que el dinero pertenecía a Teresa Pinos, así como que Agustín Pinos habría realizado un cuantioso préstamo a Teresa Pinos a fin de que concretara el pago de la compraventa prometida. De las declaraciones testimoniales y contestación a las repreguntas, recogidas en segunda instancia a Edith Cárdenas, Darwin Naula y Juan Bueno, arrendatarios de locales comerciales en el inmueble (fs. 315, 316 y 317, segunda instancia), se desprende que la vendedora Miriam Vázquez Loza habría manifestado que

el mismo habría sido vendido a Teresa Pinos Mogrovejo a quien, incluso, les presentó como la nueva dueña del inmueble que arrendaban -sin mencionar que exista limitación alguna en el dominio de la nueva dueña. De la ampliación a su declaración (fs. 331, segunda instancia), la vendedora Miriam Vázquez Loza, ratifica que ella siempre supo que la compradora era la señora Teresa Pinos, y que en ese sentido se lo comunicó a los otros vendedores -sus hermanos- y a sus inquilinos. Debe resaltarse la predisposición de la vendedora Miriam Vázquez Loza a rendir su declaración, tanto en primera, como en segunda instancia, para confirmar que la compradora del inmueble fue siempre Teresa Pinos Mogrovejo, lo cual, sumado a la promesa de compraventa y a las declaraciones de los otros testigos mencionados, establece claramente que la intención de los contratantes -compradora y vendedores- fue la de transferir el dominio, sin limitación alguna, a la compradora Teresa Pinos Mogrovejo y no a la sobrina de ésta, Ana Pinos Urgilés.- 5.6. La diligencia previa de confesión judicial rendida por Ana Pinos Urgilés y su cónyuge, Daniel Astudillo Astudillo, a través de su apoderado especial, Dr. Manuel Campoverde Vanegas, que dentro del término probatorio en primera instancia fuera anexado al proceso (fs. 55 a 75, primera instancia), así como las aclaraciones a las confesiones rendidas por los demandados, y que tuvieron lugar en segunda instancia (fs. 462 a 469) contienen respuestas, generales, evasivas y nada explícitas sobre algunos de los hechos consultados, por lo que, de conformidad con el actual Art. 124 del Código de Procedimiento Civil, este Tribunal observa básicamente que mediante tales diligencias los demandados sostuvieron de manera generalizada que habría sido voluntad de las partes proceder como se procedió respecto a la impugnada cláusula cuarta del contrato de compraventa celebrado el 22 de junio del año 2000. Sobre este particular, cabe señalar que tanto en la promesa de compraventa como en la compraventa definitiva, las partes fueron únicamente la compradora, Teresa Pinos Mogrovejo, y los vendedores, Jorge, César y Miriam Vázquez Loza y Alicia Loza Loza; que fueron únicamente esas partes las que suscribieron los respectivos documentos escriturarios; y, que esas mismas partes, es decir la demandante, y una de las vendedoras, Miriam Vázquez Loza, han negado -esta última, mediante su testimonio- que haya sido su intención o voluntad transferir la propiedad del inmueble a Ana Pinos Urgilés, como finalmente sucedió. Esta Sala no puede dejar de señalar que no existe nadie más idóneo para establecer la intención de las partes en el contrato, que las mismas partes. También se observa en las confesiones rendidas por los demandados en primera y segunda instancia que éstos omiten dar respuestas explícitas en cuanto a sus ingresos y al pago del precio del inmueble, limitándose a negar que haya sido realizado con dineros exclusivos de la actora, pero sin referir pago concreto alguno que hubieren ellos realizado ni respaldo alguno del mismo, por lo que esta Sala llega al convencimiento que Ana Pinos y su cónyuge Daniel Astudillo no habrían contribuido con dineros de su propio peculio al pago del precio del inmueble cuya nuda propiedad fue a parar a manos de aquélla, porque de lo contrario, lo habrían referido y explicitado desde un principio.- 5.7. De la confesión y aclaración rendida por la actora (fs. 379 y 445), se desprende que Teresa Pinos Mogrovejo habría siempre contado con el asesoramiento de abogados para diversos casos y que el profesional en derecho, Dr. Washington Sánchez Calero, habría sido abogado patrocinador en algunos casos civiles y de inquilinato de la actora, lo cual resulta intrascendente para

el tema que se analiza; que si bien el día de la firma de la escritura en la notaría, se habría dado lectura a la escritura de compraventa, la actora niega que ella y los vendedores hayan ido aceptando una por una el contenido de cada cláusula del contrato; además, Teresa Pinos afirma, sin contradicción, que no habría prestado atención ya que se encontraba delicada de salud, que habría sido ella la última persona en llegar a la notaría y que Ana Pinos Urgilés era quien le instruía que se sentara y firmara. Estas afirmaciones de la confesante están corroboradas por el testimonio de la vendedora Miriam Vázquez Loza (fs. 331, segunda instancia) quien manifiesta que el día de la firma de la escritura habría llegado a la notaría Ana Lucía Pinos y que, extrañada por el retraso de su tía Teresa Pinos, habría comentado que ésta se encontraba enferma, al punto que salió a buscarla y regresó con ella. Miriam Vázquez también da testimonio del nerviosismo de Teresa Pinos toda vez que no se encontraba presente en la notaría su hermano José Pinos y que incluso había sugerido esperarle antes de proceder a la firma respectiva, a lo cual Ana Pinos se había opuesto alegando que ya habían estado esperando bastante tiempo.- Teniendo como antecedente la promesa de compraventa que se ha referido en líneas anteriores, la real intención de las partes, el estado de ánimo y de salud en que se encontraba Teresa Pinos el día de la firma de la escritura definitiva de compraventa, así como la extrema confianza que tenía en su sobrina, la demandada Ana Pinos, esta Sala advierte que, en efecto, la actora no habría reparado en el contenido y alcance legal de las cláusulas del contrato cuya lectura de viva voz habría tenido lugar en la Notaría Quinta del Cantón Cuenca, por lo que, en efecto, habría incurrido en error en cuanto a la especie o naturaleza del contrato que creía estar suscribiendo, previsto en el actual Art. 1469 del Código Civil.- En virtud de las consideraciones expuestas, esta Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, acepta la demanda presentada por Teresa Pinos Mogrovejo y declara la nulidad de la cláusula cuarta del contrato de compraventa contenido en la escritura pública celebrada el 22 de junio del 2000 ante el Notario Quinto del Cantón Cuenca entre Teresa Pinos Mogrovejo y Jorge, César y Miriam Vázquez Loza y Alicia Loza Loza respecto del inmueble ubicado en la calle Presidente Luis Cordero, sector urbano de la parroquia El Sagrario de la ciudad de Cuenca, inscrita en el Registro de la Propiedad con el número 8666, el 25 de agosto del 2000, únicamente en cuanto a la frase: *“que esta adquisición la hace para la señora Ana Lucía Pinos Urgilés, puesto que con dineros propios de ella paga el valor total del precio de la compraventa, aclarando también que durante toda su vida la compareciente señorita Teresa Pinos Mogrovejo, se reserva en su favor, los derechos de uso usufructo y habitación en el inmueble que por este instrumento adquiere”*. Notifíquese al Notario Quinto del Cantón Cuenca a fin de que tome debida nota en la matriz de la escritura, de la nulidad de la parte correspondiente de la cláusula cuarta del contrato, y al señor Registrador de la Propiedad del Cantón Cuenca, para igual efecto.- Sin costas ni multas.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Ramón Jiménez Carbo, Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces; Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que Certifica.- Es igual a su original.- Quito, a 7 de febrero del 2008.

CERTIFICO:

Que las seis copias que anteceden son tomadas de su original, constante en el juicio No. 39-2006-k.r (Resolución No. 241-2007), que por nulidad de escritura pública sigue: TERESA PINOS MOGROVEJO contra ANA LUCIA PINOS URGILES y DANIEL PATRICIO ASTUDILLO ASTUDILLO.

Quito, 7 de febrero del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Segunda Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia.

No. 242-2007

Juicio No. 113-2006 ER

ACTORA: LATIN AMERICAN
TELECOM INC.

DEMANDADA: PACIFICTEL S. A.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

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

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de magistrados titulares de esta Sala, designados por el Comité de Calificación, Designación y Posesión de Magistrados y Conjueces de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución No. 199 de 29 de noviembre del 2005, publicada en el R. O. No. 165 de 14 de diciembre del 2005.- La parte actora, compañía LATIN AMERICA TELECOM INC., a través de su procurador judicial, Ab. Ider Valverde Farfán, interpone recurso de casación en contra del auto dictado el 18 de abril del 2005, las 15h35 por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil que rechaza el recurso (acción) de nulidad presentado por dicha compañía en contra del laudo arbitral dictado en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil dentro del arbitraje que la compañía recurrente inició en contra de la Compañía PACIFICTEL S. A.- La compañía recurrente considera infringidos los numerales 26 y 27 del Art. 23 de la Constitución Política del Estado, respecto de los cuales no especifica el vicio que los afectaría ni realiza fundamentación alguna, incumpliendo la formalidad prevista en el numeral 4 del Art. 6 de la Ley de Casación; el Art. 31, literal "d)" de la Ley de Arbitraje y Mediación; y, los anteriores Arts. 118, 119 y 121 del Código de Procedimiento Civil.- Fundamenta el recurso en las causales 1ª, por falta de aplicación de normas de derecho, 3ª, por falta de aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, y 4ª del Art. 3 de la Ley de

Casación.- En la fundamentación del recurso, la recurrente desarrolla la idea de que habría existido falta de aplicación del Art. 31, literal "d)" de la Ley de Arbitraje y Mediación por parte del Tribunal ad-quem, por cuanto dentro del arbitraje, el Tribunal arbitral habría tomado en consideración un acuerdo inicial previo suscrito por LATIN AMERICA TELECOM INC., y PACIFICTEL S. A., el 15 de noviembre del 2002, mismo que, a decir de la empresa recurrente, no fue motivo de la disputa. También anota la recurrente que existiría falta de aplicación del anterior Art. 119 del Código de Procedimiento Civil porque el Tribunal ad-quem no habría tomado en cuenta las pruebas aportadas al proceso que debían ser apreciadas en conjunto; refiere expresamente la compañía recurrente que las pruebas que no habrían sido consideradas serían: la demanda arbitral en que no se menciona el acuerdo inicial previo al contrato definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002; las excepciones de PACIFICTEL S. A., en que no se menciona el acuerdo inicial previo al contrato definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002; y, la resolución emitida por los árbitros, pruebas de las cuales, a decir de la recurrente, se desprende que el laudo arbitral resolvió cuestiones no sometidas al arbitraje. Afirma la empresa recurrente que la falta de aplicación del Art. 121 del Código de Procedimiento Civil se debe a que "*ninguna de las partes aportó como prueba en su favor el Acuerdo Inicial Previo al Contrato Definitivo celebrado el 15 de Noviembre de 2002, ...ni se reprodujo dentro del término de prueba para hacerlo*" (fs. 71, expediente de Corte Superior) y que, sin embargo, el Tribunal ad-quem aplicó dicho documento como prueba a favor de la posición de PACIFICTEL S. A.; respecto de la alegada falta de aplicación del Art. 118 del Código Adjetivo Civil, la compañía recurrente se limita sólo a transcribirlo, por lo que queda en un plano meramente enunciativo. En cuanto a la causal 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación, la parte recurrente afirma que el Tribunal ad-quem, en su resolución, se limita a aprobar las actuaciones del Tribunal arbitral sin analizar los fundamentos de hecho y derecho de la demanda de nulidad del laudo presentada por LATIN AMERICA TELECOM INC., por lo que la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil habría omitido resolver todos los puntos de la litis.- Encontrándose el recurso de casación en estado de resolución, para hacerlo, esta Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, considera: **PRIMERO.-** La Sala es competente para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto, en virtud del sorteo de ley realizado el 6 de febrero del 2006 y de lo dispuesto en el Art. 200 de la Constitución Política de la República en concordancia con el Art. 1 de la Codificación de la Ley de Casación.- El recurso de casación interpuesto por la parte actora ha sido calificado y admitido al trámite correspondiente mediante auto de 13 de junio del 2006, las 11h00.- **SEGUNDO.-** El recurso de casación interpuesto por LATIN AMERICA TELECOM INC., se encuentra fundamentado en las causales 1ª, 3ª y 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación por lo que, siguiendo la técnica jurídica, corresponde a esta Sala analizar estos cargos en el siguiente orden lógico: a) Causal 4ª; b) Causal 3ª; y, c) Causal 1ª.- **TERCERO.-** La aplicación de la causal 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación tiene lugar cuando la sentencia o auto recurrido resuelve aquello que no fue materia del litigio (*extra petita*), o cuando omite resolver todos los puntos de la litis (*citra petita*).- LATIN AMERICA TELECOM INC., relata en la fundamentación de su recurso, que el Tribunal arbitral concedió más allá de

lo solicitado por las partes en el juicio arbitral ya que en su resolución se refirió al acuerdo inicial previo al contrato definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002, que no habría existido al momento de presentar la demanda, que no fue reproducido por parte alguna en el término de prueba y que, en definitiva, aquel convenio, que habría sido firmado con posterioridad a la demanda arbitral, nunca fue motivo del arbitraje. Partiendo de esta premisa, la compañía recurrente afirma que el Tribunal ad-quem, a efectos de resolver la acción de nulidad del laudo arbitral, se limita a aprobar las actuaciones del Tribunal arbitral sin analizar los fundamentos de hecho y derecho de dicha acción presentada por LATIN AMERICA TELECOM INC., al establecer de manera simple en el considerando “QUINTO” del auto recurrido: “*El laudo se refiere a las cuestiones sometidas al arbitraje y no concede nada más allá de lo reclamado y que fuera materia de la demanda, que a su vez ha sido materia principal de la resolución (Art. 70 Código de Procedimiento Civil, concordante con Art. 37 de la Ley de Mediación y Arbitraje)...*” por lo que el Tribunal ad-quem, a decir de la recurrente, habría omitido resolver todos los puntos de la litis. Cabe, respecto de tal afirmación, realizar el siguiente análisis: **3.1.** El auto resolutorio que por recurso de casación y posterior recurso de hecho, ha llegado a conocimiento de esta Sala, fue dictado dentro de la acción de nulidad de laudo arbitral iniciada por LATIN AMERICA TELECOM INC., en contra PACIFICTEL S. A.- **3.2.** El procedimiento especial de la acción de nulidad del laudo arbitral se encuentra establecido en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación que se publicó en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997 y cuya codificación vigente se publicó en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre del 2006, y su objetivo no es otro que el verificar la existencia o no de determinados vicios anulatorios en el procedimiento arbitral (literales a), b), c) y e), Art. 31 Ley de Arbitraje y Mediación) y/o determinar si la resolución arbitral fue o no *extra o ultra petita* (literal d, *ibidem*) lo cual impide a los órganos jurisdiccionales que conocen tal acción, el dictaminar sobre el fondo del asunto sometido al procedimiento arbitral ya que lo que en éste se resuelve, de conformidad con el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada.- **3.2.1.** El texto original del Art. 31 referido, fue modificado mediante Ley Reformatoria a la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 532 del 25 de febrero del 2005.- **3.2.2.** El texto original de la norma referida, vigente al tiempo de presentación de la acción de nulidad de laudo arbitral presentada por LATIN AMERICA TELECOM INC. (3 de agosto de 2004), rezaba lo siguiente: “**Art. 31.-** Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; o, b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y éste hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; o, c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; o, d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado. Este recurso se interpondrá ante el tribunal que conoció la causa y

éste, a su vez, sin pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del mismo, remitirá el proceso al Presidente de la Corte Superior del Distrito del lugar del arbitraje para que conozca el recurso, dentro del término de tres días después de interpuesto. El Presidente de la Corte Superior, de ser el caso, dispondrá el sorteo para que sea conocida la causa por una de las salas de la respectiva Corte Superior. Quien interponga el recurso de nulidad, podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte. Los árbitros, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo. La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación. El recurso de nulidad podrá interponerse dentro del término de diez días contados desde la fecha de la notificación del laudo”. A raíz de las modificaciones introducidas por la Ley Reformatoria a la Ley de Arbitraje y Mediación de febrero del 2005, el texto del Art. 31 quedó de la siguiente manera: “**Art. 31.-** Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral. Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió. Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite. Quien interponga la acción de nulidad, podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte. El árbitro o tribunal arbitral, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo. La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación”; con dicha reforma quedó claro, entre otros aspectos, que la nulidad del laudo arbitral se persigue por medio de una **acción y no de un recurso.**- **3.3.** La mencionada norma de la Ley de Arbitraje y Mediación preveía entonces y prevé ahora las causales para intentar la acción de nulidad del laudo, relativas, únicamente, a vicios de procedimiento en el arbitraje y al de *extra petita* (cuando se deciden puntos que

no fueron materia del litigio arbitral) o *ultra petita* (cuando se resuelve más de lo pedido) en el laudo; la existencia de los vicios del procedimiento, al igual que del vicio *extra o ultra petita* que se denuncien en el respectivo libelo de nulidad de laudo arbitral, puede y debe ser constatada por el juzgador (una de las Salas de la respectiva Corte Superior -antes- y el Presidente de la respectiva Corte Superior -ahora) directamente en el proceso arbitral que le es remitido por el tribunal arbitral.- **3.4.** En la especie, la empresa actora, LATIN AMERICA TELECOM INC., denunció en el libelo contentivo de su acción de nulidad del laudo, que el Tribunal arbitral habría excedido los límites de la controversia arbitral resolviendo en el laudo más allá de lo solicitado, respecto de algunos puntos que los detalla, y temas no sometidos al arbitraje, respecto de otros que también los señala, lo cual se encuadraría en el literal “d” del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente a la época de presentación de la acción de nulidad del laudo arbitral. Además, se añade en la demanda de nulidad del laudo arbitral, que éste se habría expedido prescindiendo de la práctica de diligencias probatorias que se determinan el libelo, situación que se enmarcaría en el literal “c” del Art. 31 *ibídem*. Es sobre la existencia o no de estos dos vicios de nulidad (literales “c” y “d” del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación), que versó la acción de nulidad de laudo arbitral, y es sobre ellos que el Tribunal ad-quem debía emitir su pronunciamiento.- **3.5.** El auto dictado por el Tribunal ad-quem y que es materia del recurso de casación que se analiza, en el considerando TERCERO de su parte considerativa se refirió a la capacidad de las partes para acudir al arbitraje, misma que no fue materia de la acción de nulidad arbitral. Mientras que a lo largo del considerando CUARTO, el Tribunal ad-quem se limitó a relatar la causa refiriendo una serie de incidencias del proceso arbitral sin concretarse a analizar las alegaciones de la parte actora respecto de los vicios de nulidad de los literales “c” y “d” del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación en que habría incurrido el proceso y el laudo arbitral. Finalmente, en el considerando QUINTO del auto recurrido, sin que haya mediado un análisis legal de las aseveraciones de la parte accionante referentes a los supuestos vicios *extra* y *ultra petita* del laudo arbitral detallados en el respectivo libelo, el Tribunal ad-quem, establece que el Tribunal arbitral habría resuelto todas las cuestiones sometidas al arbitraje y que no habría concedido más allá de lo solicitado, sin referirse a la procedencia o no de los fundamentos de la acción de nulidad del laudo que llevaron a la parte actora a incoar dicha acción.- **3.6.** A la luz de estas circunstancias, la Sala advierte que el auto recurrido adolece de falta de motivación ya que el Tribunal ad-quem no expresa en su resolución, las razones ni los fundamentos legales que tuvo para adoptar la decisión que adoptó. La Corte Suprema, al respecto ha establecido que “La sentencia impugnada no cumple estos requisitos esenciales que debe reunir una decisión judicial para que pueda considerarse motivada. Es cierto que en ella se enumeran los elementos probatorios que sustentan su decisión, por lo cual podría decirse que sí aparece en la sentencia lo que De la Rúa llama la motivación en los hechos, pero en cambio no hay la fundamentación en derecho que complementa indispensablemente la motivación. En la parte resolutive de la sentencia no se cita una sola norma legal en que se apoye la decisión, pues no es suficiente decir que 'el accionante ha probado los fundamentos de derecho de su demanda', ya que es obligación del juzgador hacer constar en el fallo su propia reflexión sobre esos fundamentos, examinarlos y señalar

las razones por las que estima que son pertinentes para la resolución del caso que está conociendo. Defecto esencial que conduce a que la sentencia no sea esa 'serie eslabonada de argumentos, razonamientos y decisiones que culminan en la conclusión final', según frase del mismo autor” (Fallo de 9 de abril del 2001 publicado en la Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1516). La falta de motivación corresponde a la carencia de requisitos en el auto o sentencia que, en muchos casos, conduce a la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles y que justifica invocar la causal 5ª del Art. 3 de la Ley de Casación, invocación que la compañía recurrente, en la especie, no realiza; es decir, la recurrente, frente a la falta de motivación del auto recurrido, equivoca abiertamente la causal invocada. En este sentido, el tratadista colombiano Hernando Devis Echeandía en su obra “Compendio de Derecho Procesal”, Tomo I, “Teoría General del Proceso” ha sostenido que “La Corte no puede examinar causales no alegadas, ni errores de la sentencia no alegados aunque puedan corresponder a una de las causales escogidas por el recurrente.” (Devis Echeandía Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso, pág. 573). En tal virtud, el cargo analizado, mediante la causal 4ª invocada erróneamente, se lo rechaza.- **CUARTO.-** La causal 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hubieren conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto.- En la especie, la compañía recurrente acusa la falta de aplicación del anterior Art. 119 del Código de Procedimiento Civil porque el Tribunal ad-quem no habría tomado en cuenta las pruebas aportadas al proceso que debían ser apreciadas en conjunto; refiere expresamente la compañía recurrente que las pruebas que no habrían sido consideradas serían: la demanda arbitral, las excepciones de PACIFICTEL S. A., y, la resolución emitida por los árbitros.- El anterior Art. 119 (actual Art. 115) del Código de Procedimiento Civil establecía lo siguiente: “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez no tendrá la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa”. Respecto a la invocación de esta norma, la jurisprudencia se ha pronunciado de la siguiente manera: “...es importante aclarar que la sana crítica no está definida en ningún código y que tampoco se podría encontrar sus reglas en ningún texto legal; las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano, en el que se juntan la lógica del raciocinio y la experiencia personal del Juez quien tiene plena atribución para valorar las pruebas según estas reglas, a menos que se demuestre que en ese proceso de valoración se haya tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los juzgadores a tomar una decisión absurda o arbitraria; el vicio de la valoración absurda de la prueba constituye, al mismo tiempo, trasgresión del mandato de motivación del fallo que está consagrado en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política de la República, ya que la violación de las reglas de la lógica en la valoración de la prueba priva a la resolución de motivación válida, porque atenta las reglas de la sana crítica y si la motivación no es válida, jurídicamente la resolución carece de motivación.

La falta de motivación no solo se da cuando se han omitido enunciar las normas legales o los principios jurídicos en que se fundamenta la resolución, es decir cuando hay un vicio físico, sino también cuando hay una fundamentación absurda e ilógica” (énfasis añadido) (Resolución No. 320-2003, Primera Sala, R. O. 354, 11-VI-2004), este mismo criterio lo recoge también la Resolución No. 172-02 publicada en el Registro Oficial No. 666 de 19 de septiembre del 2002.- En el auto recurrido no se advierte ejercicio valorativo alguno de la prueba, no se expresa la lógica del raciocinio que se aplica a los hechos enumerados en el fallo; esta omisión se deriva de la falta de motivación del auto recurrido, que se puso en evidencia en el considerando anterior.- En tal virtud, el Tribunal ad-quem ha incurrido en la causal 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación del anterior Art. 119 (actual 115) del Código de Procedimiento Civil al no haber siquiera apreciado la prueba, peor aún, en conjunto y según las reglas de la sana crítica.- Por lo manifestado a lo largo de este considerando, esta Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, **acoge el cargo analizado** y de conformidad con el Art. 16 de la Ley de Casación, **emite la resolución que a continuación se considera:** QUINTO.- Como se mencionó en el numeral 3.4 del considerando TERCERO de este fallo, la empresa actora, LATIN AMERICA TELECOM INC., denunció en el libelo contentivo de su acción de nulidad de laudo arbitral, que el Tribunal arbitral habría excedido los límites de la controversia arbitral resolviendo más allá de lo solicitado, respecto de algunos puntos que los detalla, y temas no sometidos al arbitraje, respecto de otros que también los señala, lo cual, a su entender, se encuadraría en el literal “d” del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente a la época de presentación de la acción de nulidad del laudo arbitral. Además, se añade en la demanda de nulidad del laudo arbitral, que éste se habría expedido prescindiendo de la práctica de diligencias probatorias que se determinan en el libelo, situación que se enmarcaría en el literal “c” del Art. 31 *ibidem*.- SEXTO.- LATIN AMERICA TELECOM INC., en la incoada acción de nulidad de laudo arbitral, refirió que el laudo habría excedido los límites de la controversia arbitral, resolviendo más allá de lo pedido, concretamente respecto de los siguientes puntos: **6.1.** (Fs. 1675) Sobre la petición de devolución a LATIN AMERICA TELECOM INC., de lo pagado en exceso (derecho de repetición) por discriminación de tarifas y consecuentemente sobre la reliquidación de cuentas del contrato, por un servicio que a otros cotizaba más barato. Al respecto, y revisado que ha sido el laudo arbitral dictado el 5 de julio del 2004 (fs. 1572 a 1611) cuya nulidad se demanda, esta Sala constata que en los considerandos SEXTO (fs. 1601), NOVENO (fs. 1602) y DECIMO (fs. 1603 y 1604) del mismo, el Tribunal arbitral estableció la base legal sobre la cual consideró que no existió, en el proceder de PACIFICTEL S. A., un trato discriminatorio ni violatorio del principio universal de trato igualitario, cuestión que tuvo previamente que ser dilucidada por el Tribunal arbitral a fin de establecer la procedencia o no del derecho de repetición alegado por la empresa actora. La base legal invocada por el Tribunal arbitral en su laudo, advierte esta Sala, descansa sobre el principio básico del derecho civil *PACTA SUNT SERVANDA*, recogido por nuestra legislación en el actual Art. 1561 (anterior 1588) del Código Civil, según el cual el contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes. Norma legal y principio que sí fueron alegados por LATIN AMERICA TELECOM INC., en su

demanda arbitral (fs. 120), por PACIFICTEL S. A., en su contestación a la demanda arbitral y reconvención (ver foja 154) y nuevamente por LATIN AMERICA TELECOM INC., en la contestación a la reconvención planteada por PACIFICTEL S. A. (ver foja 546), por lo que sobre esas alegaciones, también se trabó la litis arbitral. Es así que el Tribunal arbitral dio preponderancia a la voluntad de las partes y consideró, básicamente, que tanto LATIN AMERICA TELECOM INC., como PACIFICTEL S. A., en el acuerdo operativo de Servicio de Telecomunicaciones Internacionales, no previeron contractualmente reducción alguna de tarifas acorde con las que se fijaran con otras operadoras, como sí lo hicieron posteriormente en el acuerdo inicial previo suscrito entre ambas partes el 15 de noviembre del 2002 (fs. 824 a 825), por lo cual el Tribunal arbitral, investido del poder de administrar justicia que le fue otorgado por las partes, consideró necesario dividir las relaciones comerciales de LATIN AMERICA TELECOM INC., con PACIFICTEL S. A. en dos etapas bien marcadas a fin de determinar las condiciones vigentes para las partes en una y otra: (i) la que va desde el 11 de octubre del 2000, fecha de la firma del Acuerdo Operativo de Servicio de Telecomunicaciones Internacionales, hasta el 14 de noviembre del 2002; y, (ii) la que va desde el 15 de noviembre del 2002, fecha de la firma del acuerdo inicial previo al contrato definitivo. En base a la aplicación de las normas y del principio mencionado, el Tribunal arbitral consideró en su fallo que no existió el alegado trato discriminatorio, consideración frente a la cual, mal podía LATIN AMERICA TELECOM INC., esperar que se dispusiera la devolución de un supuesto pago en exceso que se basaba, precisamente, en la existencia de tal trato discriminatorio. Esta posición es ratificada por el Tribunal arbitral en su auto de 19 de julio del 2004, las 15h10 a fojas 1662 y 1663. No corresponde a esta Sala, atenta la naturaleza de la acción de nulidad de laudo recogida en las causales constantes en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, analizar si el Tribunal arbitral hizo bien o mal en acoger los principios y las bases legales que fundamentaron su decisión, porque dicha acción de nulidad de laudo no comporta un recurso de alzada contra la resolución arbitral adoptada. Tampoco considera esta Sala que el Tribunal arbitral, al no acoger los argumentos legales de la parte actora y haber aplicado otros, haya dejado de resolver o haya resuelto más allá del punto controvertido analizado en este numeral.- **6.2.** (fs. 1676) Sobre el punto controvertido de que el deudor devuelva lo pagado en exceso por retorno proporcional no entregado, esta Sala observa que en el considerando SEGUNDO del laudo (fs. 1605), el Tribunal arbitral se pronunció sobre tal pretensión, reconociendo en primer lugar el derecho de la compañía actora a recibir “*un volumen de tráfico internacional de llamadas de salida (tráfico de retorno proporcional) equivalente a la proporción de minutos que, en el total del tráfico entrante internacional de llamadas, liquidados a tasa contable, hayan sido enrutados por Latin American Telecom Inc. a través de las redes de Pacifictel*” (fs. 1606), y estableciendo, en segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la liquidación respectiva; lo que también es ratificado por el Tribunal arbitral en su auto de 19 de julio del 2004, las 15h10, a fojas 1663.- **6.3.** (fs. 1677) Sobre el alegado derecho de repetición de LATIN AMERICA TELECOM INC., por haber pagado en exceso a la compañía demandada una tarifa de terminación nacional cuando sólo obtuvo terminación en redes de PACIFICTEL S. A., esta Sala advierte que lo que la empresa actora solicitó al respecto en su demanda arbitral

fue: “Determinar **EL VALOR**, en relación con la tarifa, en que debe estimarse **EL SERVICIO DE TERMINACION DE LLAMADAS EN ANDINATEL S. A.**, a que Pacifictel S. A. se encuentra obligado por el contrato, y **QUE HA SUSPENDIDO DESDE EL 4 DE JULIO DEL 2002, Y HASTA QUE SEA RESTITUIDO: (...)**” (fs. 123), texto del cual se desprende que LATIN AMERICA TELECOM INC., en la pretensión de su demanda arbitral no menciona, a este respecto, que haya realizado pago en exceso alguno que deba ser reembolsado. Además, en la misma demanda, LATIN AMERICA TELECOM INC., (fs. 106) afirma que habría comunicado a PACIFICTEL S. A. que retrasaría los pagos y que ello no implicaba mora de su obligación en virtud del anterior Art. 1595 (actual 1568) del Código Civil. Por su parte, en su contestación a la demanda arbitral, PACIFICTEL S. A., en lo que dice relación a este punto, señala que LATIN AMERICA TELECOM INC., era quien se encontraba en mora del total del pago por el servicio de terminación de llamadas en todo el territorio ecuatoriano incluyendo por los minutos terminados en redes de ANDINATEL S. A. (fs. 144); continúa PACIFICTEL S. A. señalando en su contestación que “PACIFICTEL se encuentra obligado a terminar el tráfico de larga distancia internacional de LAT (LATIN AMERICA TELECOM INC.), en todo el territorio nacional, pero lógicamente, siempre y cuando exista una contraprestación a cambio por parte de esta última compañía, la cual consiste en el pago de las correspondientes tarifas” (fs. 146). Si bien PACIFICTEL S. A., alega en su contestación a la demanda arbitral que habría sido una tercera compañía, ANDINATEL, la que suspendió el acceso de minutos de llamadas internacionales generados por LATIN AMERICA TELECOM INC., fundamenta tal actitud en que la compañía actora habría incurrido en mora en el pago por tal servicio. Por su parte, LATIN AMERICA TELECOM INC., en su contestación a la reconvención (fs. 547 y 548) afirma que el no haber pagado sus liquidaciones, a las que califica de ilegítimas, no le constituye en mora. De lo que se desprende que la cuestión, referente a este punto, si giró en torno a la mora de las partes, y es en torno a aquélla que el Tribunal arbitral, en el considerando TERCERO del laudo (fs. 1606 a 1608) resolvió este punto determinando que ambas partes habrían caído en incumplimientos recíprocos por lo que no había lugar a las reclamaciones realizadas entre ellas. Cabe señalar, además, que LATIN AMERICA TELECOM INC., en su libelo de demanda arbitral solicita directamente que se liquiden determinados valores a su favor, como si el derecho que los generara hubiera sido reconocido y declarado previamente mediante un proceso declarativo, por el órgano jurisdiccional competente. Bien hizo el Tribunal arbitral al analizar y pronunciarse de manera previa en su resolución, sobre la existencia o procedencia del derecho de LATIN AMERICA TELECOM INC., a percibir los pagos, compensaciones y reembolsos que ésta exige. Esta Sala observa que la litis arbitral no podía referirse a la liquidación de determinados valores a favor de ninguna de las partes, mientras no se hubiera establecido y declarado el derecho de las partes a percibirlos.- **6.4.** (fs. 1679) Sobre el punto controvertido de fijar la tarifa más baja a regir en el contrato durante el período que va del 2000 hasta la presente fecha (3 de agosto del 2004) a fin de evitar un cobro en exceso, esta Sala advierte que se trata de la misma exigencia que en esta resolución ha sido analizada suficientemente en el numeral “6.1.” anterior, en que se ha puesto de manifiesto que el Tribunal arbitral consideró aplicable de manera

preponderante, la voluntad expresada por las partes en los acuerdos de octubre del 2000 y de noviembre del 2002; voluntad que, como ya se analizó, si fue parte de la demanda de LATIN AMERICA TELECOM INC., y de la contestación de PACIFICTEL S. A. (ver fs. 120, 154 y 546, respectivamente).- **6.5.** (fs. 1681) Sobre la solicitud de PACIFICTEL S. A. de que se declare la resolución del acuerdo operativo del 2000 por supuestos incumplimientos de LATIN AMERICA TELECOM INC., esta Sala, al respecto, ha verificado que el Tribunal arbitral declaró en su laudo (fs. 1609) la terminación del acuerdo operativo de 11 de octubre del 2000 en virtud de los incumplimientos recíprocos de las partes, lo cual, a su entender, habría activado los efectos de la condición resolutoria tácita prevista en el anterior Art. 1532 (actual 1505) del Código Civil. También se ha constatado que parte de la pretensión de PACIFICTEL S. A., expresada en la reconvención planteada en contra de LATIN AMERICA TELECOM INC., fue la terminación del Acuerdo Operativo de Servicio de Telecomunicaciones Internacionales por incumplimientos de la parte actora y que, a tal efecto, invocó el anterior Art. 1532 (actual 1505) del Código Civil, por lo que esta Sala considera del todo imprecisa la interpretación que la parte actora realiza a fojas 1681 en el libelo de nulidad de laudo arbitral en el sentido de que el Tribunal arbitral habría resuelto la terminación contractual por resciliación o voluntad mutua de las partes. Vale la pena volver a señalar que no corresponde a esta Sala, atenta la naturaleza de la acción de nulidad de laudo recogida en las causales constantes en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, analizar si el Tribunal arbitral hizo bien o mal en acoger los principios y las bases legales que fundamentaron su decisión, porque dicha acción de nulidad de laudo no comporta un recurso de alzada contra la resolución arbitral adoptada.- **6.6.** (fs. 1682 a 1685) Sobre el punto controvertido de la indemnización por abuso del derecho (abuso de posición dominante), esta Sala empieza por señalar que, a decir de LATIN AMERICA TELECOM INC., (fs. 1683) en su acción de nulidad del laudo arbitral, la exigencia de esta indemnización se habría basado en el principio del abuso del derecho de PACIFICTEL S. A., al haber discriminado tarifas -lo que según el Tribunal arbitral, no aconteció- y al haber suspendido unilateralmente el servicio de terminación en las redes de Andinatel S. A. -sobre lo cual el Tribunal arbitral estableció que ambas partes habrían caído en incumplimientos recíprocos por lo que no había lugar a las reclamaciones indemnizatorias realizadas entre ellas-. Además, consta en el considerando TERCERO del laudo arbitral (fs. 1606 a 1608) la referencia expresa del Tribunal a esta pretensión indemnizatoria que, como se ha dicho, se fundamentó en que los incumplimientos recíprocos de las partes les impedía reclamarse las correlativas indemnizaciones, sin que le sea permitido a esta Sala, atenta la naturaleza de la acción de nulidad de laudo arbitral, observar la procedencia o no de los fundamentos que llevaron al Tribunal arbitral a pronunciarse en tal sentido.- **6.7.** (fs. 1685) Sobre que la cláusula compromisoria no admitía que el Tribunal arbitral fallará sobre la terminación del acuerdo operativo, esta Sala considera que ese es un asunto de competencia del Tribunal arbitral que nada tiene que ver con las causales de la acción de nulidad de laudo arbitral previstas en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación que, como se ha dicho, se refieren a determinados vicios del procedimiento arbitral y al eventual carácter *extra* o *ultra petita* del laudo arbitral. Además, cabe recordar que de conformidad con el

Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el Tribunal arbitral es el único competente para decidir su competencia sobre el asunto que se le somete a resolución, decisión que tuvo lugar en la audiencia de sustanciación, dentro del procedimiento arbitral (fs. 614 a 620), debiéndose anotar que la terminación del acuerdo operativo sí fue parte de la reconvencción presentada por PACIFICTEL S. A. (fs. 154) por lo que es imprecisa la afirmación que en sentido contrario realiza la parte actora en su libelo de nulidad de laudo arbitral.- **SEPTIMO.-** LATIN AMERICA TELECOM INC., también refiere en su acción de nulidad del laudo arbitral, que se habrían resuelto temas no sometidos al arbitraje, concretamente en los siguientes casos: **7.1.** (fs. 1686) Se pronuncia sobre la validez del acuerdo operativo del 2000. Al respecto, debe tenerse presente, por un lado, que el actual Art. 1697 del Código Civil establece que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo y que la nulidad puede ser absoluta y relativa; y, por otro lado, que el actual Art. 1699 *ibídem* establece la obligación del Juez de declarar, aún de oficio, la nulidad absoluta cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. Es en tal virtud que respecto de un acto o contrato cabe analizar y determinar previamente su validez, sin que dicho análisis pueda considerarse ajeno a la litis, aún cuando no se demande expresamente su nulidad o rescisión.- **7.2.** (fs. 1687) Se pronuncia sobre la vigencia del acuerdo inicial previo al contrato definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002. Sobre este punto, se observa previamente que, a decir de LATIN AMERICA TELECOM INC., en su exposición en la Audiencia de Sustanciación (fs. 617), su demanda arbitral era “*para que el Tribunal interprete el contrato*”. Entre las normas relativas a la interpretación de los contratos, el actual Art. 1580 del Código Civil establece en sus dos primeros incisos que las cláusulas de un contrato se interpretan unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad y que también podrán interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. A criterio de esta Sala, la norma legal referida facultaba al Tribunal arbitral el interpretar las provisiones contractuales del Acuerdo Operativo de Servicio de Telecomunicaciones Internacionales de 11 de octubre del 2000, por aquéllas contenidas en el acuerdo inicial previo al contrato definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002, y viceversa, ya que este último fue suscrito por las mismas partes, sobre la misma materia y refleja la voluntad de éstas de cambiar, delimitar y concretar, a partir de su suscripción, nuevas condiciones comerciales que a la larga también fueron incumplidas. Además, esta Sala ha constatado que el acuerdo inicial previo al contrato definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002, suscrito voluntariamente por las partes, fue introducido legalmente por PACIFICTEL S. A., al proceso arbitral (fs. 824 a 825). Finalmente, no se advierte en el laudo que el Tribunal arbitral se haya fundamentado en el acuerdo inicial previo del 2002 para dar por terminado el Acuerdo Operativo de Servicio de Telecomunicaciones Internacionales de 11 de octubre del 2000, como sostiene LATIN AMERICA TELECOM INC. en el libelo de su acción de nulidad de laudo arbitral (fs. 1687), ya que la declaratoria de terminación, solicitada por PACIFICTEL S. A. en su reconvencción, tuvo su fundamento en los recíprocos incumplimientos de las partes; tampoco se observa que el laudo arbitral se haya pronunciado sobre la vigencia del acuerdo previo del año 2000, en la forma en que lo afirma la compañía accionante (fs. 1687).- **7.3.** (fs.

1688) Se pronuncia sobre la aplicación de los pliegos tarifarios de los servicios a consumidores finales (“PUNTO NOVENO DE LOS CONSIDERANDOS DEL LAUDO ARBITRAL”). Esta Sala, una vez analizado el “PUNTO NOVENO DE LOS CONSIDERANDOS DEL LAUDO ARBITRAL” (fs. 1602 y 1603), constata que el Tribunal arbitral acogió el régimen de libre competencia, no sólo en base al inciso primero del Art. 136 del Reglamento a la Ley Especial de Telecomunicaciones vigente a la época de la suscripción del acuerdo operativo -*cuya correcta o errada aplicación o interpretación en el laudo, no corresponde dilucidar a esta Sala atenta la naturaleza de la acción de nulidad de laudo arbitral*-, sino también en base al Art. 38 del Reglamento de Interconexión y Conexión entre Redes y Sistemas de Telecomunicaciones, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 1008 de 10 de agosto de 1996 -*invocado por PACIFICTEL S. A. a fojas 142 de la contestación a la demanda arbitral*-, y en base a la Ley Especial de Telecomunicaciones, reformada por la Ley para la Transformación Económica del Ecuador (Suplemento del Registro Oficial No. 34 de 13 de marzo del 2000), que reconocen un régimen de libre competencia en virtud del cual las tasas contables y los acuerdos económicos se determinan únicamente por la conveniencia de las partes. Más aún, esta Sala no interpreta, como lo hace la compañía actora, que el laudo arbitral haya establecido que conforme a la libre competencia se pueden discriminar tarifas siempre y cuando se respeten los techos tarifarios (fs. 1688), sino que las condiciones contables y económicas de los acuerdos serían determinados por la conveniencia de las partes, en base al principio de la libre competencia.- **OCTAVO.-** LATIN AMERICA TELECOM INC., también refiere en su acción de nulidad del laudo arbitral, que éste habría sido expedido sin la práctica de determinadas pruebas, luego de convocada la audiencia de sustanciación. Concretamente refiere las siguientes pruebas: **8.1.** (fs. 1689) Que por negativa tácita de PACIFICTEL S. A., no se habría remitido al Tribunal arbitral siete documentos justificativos de hechos controvertidos. Al respecto esta Sala ha constatado que a fojas 801 del proceso arbitral, el Tribunal dispuso a PACIFICTEL S. A., mediante providencia de 16 de junio del 2003, la presentación de 6 documentos y de un informe. De tales documentos, cinco ya habían sido agregados al proceso por LATIN AMERICA TELECOM INC. (ver fojas 663 a 681, 682 a 683, 716, 730 y 737) mediante acta de protocolización celebrada ante el Notario 12° suplente del cantón Guayaquil, por lo que resultaba infructuoso insistir en su presentación. Respecto de las copias de los contratos celebrados por PACIFICTEL S. A. con algunos carriers y del informe relativo a los contratos de reventa de tráfico telefónico internacional, cuya remisión fue ordenada a la empresa demandada por el Tribunal arbitral, éste debió proceder conforme lo previsto en el actual Art. 827 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “*Si ordenada la exhibición no se la cumple dentro del término señalado, se impondrá al renuente una multa de diez a cuarenta dólares de los Estados Unidos de América por cada día de retardo, según la cuantía del asunto. Esta multa no podrá exceder del valor equivalente a noventa días*”, es decir, debió imponer a PACIFICTEL S. A., la multa respectiva por cada día de retraso hasta el límite que dicha norma establece como única sanción prevista al no cumplimiento de la exhibición dispuesta. Resulta obvio que si la parte que debe hacerlo, no cumple con la exhibición ordenada pese a la multa que se le impone, el respectivo órgano jurisdiccional no puede detener el proceso, al contrario, le corresponde emitir su

resolución prescindiendo de dicha prueba. Acogiendo la cita que LATIN AMERICA TELECOM INC., hace de la obra "El Arbitraje: La Justicia Alternativa" del Abg. Ernesto Salcedo Verduga, referente a la causal del literal "c" del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en cuanto a que: "Si las partes -por culpa no atribuida a negligencia de ellas- no han podido ofrecer ni producir pruebas durante el trámite del juicio arbitral a pesar de la existencia de hechos que deben justificarse, el laudo adolece de nulidad, porque los árbitros solo pueden resolver sobre la base de las pruebas ofrecidas y producidas por las partes" (fs. 1692) (énfasis añadido), esta Sala establece que la omisión en la presentación o exhibición de los documentos que menciona LATIN AMERICA TELECOM INC., en su acción de nulidad del laudo, se debió, como lo menciona la propia compañía actora, a la negativa de PACIFICTEL S. A., por lo que, al tenor de la cita transcrita, la no exhibición de la documentación mencionada, en la especie, **SI SE HABRIA PRODUCIDO POR CULPA ATRIBUIDA A NEGLIGENCIA DE UNA DE LAS PARTES (PACIFICTEL S. A.)** por lo que el laudo no adolecería de la nulidad denunciada.- **8.2.** El análisis realizado en el numeral "8.1." que antecede resulta aplicable a la alegación de LATIN AMERICA TELECOM INC., (fs. 1689) de que PACIFICTEL S. A. tampoco habría exhibido la documentación dispuesta en providencia de 1 de octubre del 2003 (fs. 1038) en que se insistía en la presentación de dos documentos que ya obraban en autos (ver fs. 663 a 681 y 682 a 683) y la remisión de dos informes. No siendo la omisión en la práctica de tales pruebas, atribuible a culpa del Tribunal arbitral, sino a la negligencia de una de las partes (PACIFICTEL S. A.), no cabe, según explica el autor Ernesto Salcedo Verduga en la cita que realiza la propia compañía actora (fs. 1692), la nulidad del laudo por no haber cumplido las partes con pruebas debida y oportunamente ordenadas por el Tribunal arbitral.- **8.3.** (fs. 1689) Con base en este mismo criterio, resultaría un contrasentido considerar que la inasistencia de un testigo a rendir su testimonio legalmente ordenado y dispuesto por el Tribunal arbitral, sea atribuible a culpa del Tribunal. Al respecto, el actual Art. 223 del Código de Procedimiento Civil establece la obligación del testigo de comparecer a declarar y la facultad del Juez de compelerlo a declarar imponiéndole una multa o por medio de la fuerza pública; sin embargo, el **Juez puede prescindir de la declaración cuando considere que está suficientemente esclarecido el hecho.** En la especie, consta que el señor José María Guerrero Luque, quien no compareció a rendir su testimonio, era uno de los testigos presentados por PACIFICTEL S. A. (fs. 834), cuya no comparecencia, en todo caso, habría significado una prueba menos para dicha compañía. También se verifica que el interrogatorio sobre el cual debía deponer el señor Guerrero Luque, versaba sobre los mismos hechos sobre los que se interrogó al otro testigo de PACIFICTEL S. A., señor Carlos Peña Matheus, quien sí rindió su declaración sin que haya sido repreguntado por la empresa actora (ver fs. 834 a 836, 837 a 839, y 866 a 867), por lo que con la declaración del señor Peña Matheus, el Tribunal Arbitral habría considerado suficientemente esclarecidos los hechos materia del interrogatorio.- **8.4.** Finalmente, debe tenerse presente que el laudo arbitral, cuya nulidad se demanda, fue emitido el 5 de julio de 2004, cuando el segundo inciso del anterior Art. 119 del Código de Procedimiento Civil establecía que el Juez no tenía la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas

producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa. Sólo a partir de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 58 de 12 de julio del 2005, se estableció en la misma norma (actual Art. 115), la obligación del Juez de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.- Por todo lo analizado a lo largo de esta resolución, esta Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa parcialmente el auto recurrido y, con base en las consideraciones que se han expuesto, confirma la parte resolutive del mismo en cuanto rechaza la acción de nulidad del laudo arbitral presentada por LATIN AMERICA TELECOM INC.- Sin costas ni multas.- Notifíquese.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces; Manuel Sánchez Zuraty Conjuez Permanente (V.S.) y Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

Es fiel copia de su original.- Quito, 7 de febrero del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

VOTO SALVADO DEL DR. MANUEL SANCHEZ ZURATY

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

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

VISTOS: Jorge Weshl Morales y Ab. Ider Valverde Farfán, en sus calidades de representante legal y Procurador Judicial, respectivamente, de la Compañía Latin American Telecom., INC., interponen recurso de hecho, en el juicio ordinario de nulidad de laudo arbitral, en razón de que la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, mediante auto de 27 de julio del 2005, negara el recurso de casación interpuesto por dichos comparecientes. Corresponde resolver sobre el recurso de casación interpuesto por los impugnantes, el mismo que fue aceptado a trámite por este Tribunal, mediante auto de 13 de junio del 2006, para lo cual se considera: **PRIMERO.-** Esta Sala de Casación tiene competencia para conocer el recurso de casación interpuesto en virtud del mandato del Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador en concordancia con el Art. 1 de la Ley de Casación vigente.- **SEGUNDO.-** El fallo dictado por los señores ministros de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en su parte resolutive en el considerando Quinto dispone: "El Laudo se refiere a las cuestiones sometidas al arbitraje y no concede más allá de lo reclamado y que fuera materia de la demanda, que a su vez ha sido materia principal de la resolución (Art. 70 Código de Procedimiento Civil, concordante con el Art. 37 de la Ley de Mediación y Arbitraje).- Por los antecedentes expuestos, esta Segunda Sala de lo Civil, Mercantil e Inquilinato de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil,

rechaza el recurso de nulidad, y declara la validez del proceso...”.- **TERCERO.-** Los casacionistas al interponer su recurso de casación, fs. 65 a 73 del cuaderno de segunda instancia, manifiestan que el Tribunal de alzada, en su resolución dictada el 18 de abril del 2005, han infringido las siguientes normas de derecho: “De la Constitución Política del Ecuador: Numerales 26 y 27 del artículo 23 de la Constitución Política del Ecuador. Ley de Arbitraje y Mediación: Artículo 31 literal d) de la Ley de Arbitraje y Mediación. Del Código de Procedimiento Civil: Artículos 118, 119 y 121 del Código de Procedimiento Civil”. Determina las causales del recurso de casación en la falta de aplicación de normas de derecho en la sentencia, causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación; y, falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, causal tercera del Art. 3 ibídem. En la fundamentación del recurso los recurrentes hacen un análisis de la parte considerativa del fallo impugnado, destacando que los cuatro primeros considerandos, se refieren a hechos que no fueron motivo del juicio de nulidad del laudo arbitral. Al exponer el vicio de falta de aplicación de normas de derecho en la sentencia, que ha sido determinante de su parte resolutive, causal primera del Art. 3 de la ley de la materia, los impugnantes, dicen: “1.-) La norma de derecho que no se ha aplicado por parte de la Segunda Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil y que ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia es la Ley de Mediación y Arbitraje, que en su artículo 31 dice: “NULIDAD DE LOS LAUDOS.- Art. 31.-Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: d) El laudo se refiera a cuestiones no sometida al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado...”. En relación a esta ley y su aplicación, es conveniente que conozcan señores ministros de la Corte Suprema de Justicia, lo que les fue explicado y probado en detalle a los señores ministros de la Segunda Sala de la Corte Superior de Guayaquil, y que pese a su importancia y trascendencia no lo tomaron en cuenta. **Mi representada LATIN AMERICAN TELECOM INC., demandó a PACIFICTEL S. A., para que de acuerdo con las estipulaciones del contrato, el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, proceda a lo siguiente:** 1.- Determinar, de acuerdo a las disposiciones contractuales, legales y reglamentarias, así como a los acuerdos internacionales, que la tarifa a regir en nuestro contrato, desde la fecha en que PACIFICTEL S. A. convino con los otros operadores tarifas referentes, sea igual a la menor de ellas, de acuerdo al principio universal de tratamiento igualitario, que rige en el Ecuador. 2.- Determinar el valor, en relación con la tarifa, en que debe estimarse el servicio de retorno de Tráfico Internacional de Salida, en proporción al de entrada, a que Pacifictel S. A., se encuentra obligado por el contrato, y que no ha entregado. 3.- Determinar el valor, en relación con la tarifa, en que debe estimarse el servicio de terminación de llamadas en ANDINATEL S. A. a que PACIFICTEL S. A., se encuentra obligado por el contrato, y que ha suspendido desde el 4 de julio del 2002 y hasta que sea restituido. 4.- Determinar, con la resolución de las valoraciones antes demandadas y de acuerdo al número de minutos de servicio internacional utilizado por Latin American Telecom. Inc. desde el inicio de la relación contractual, menos los valores que han sido efectivamente pagados por nosotros, con cargo a liquidaciones, cuales son los valores que realmente adeudamos a PACIFICTEL S. A., o que PACIFICTEL S. A. nos adeuda, por pago en exceso. 5.- Determinar el monto de la compensación a que

tenemos derecho por el abuso de la posición dominante manifestado en los actos ilegítimos que se establecen en la demanda. 6.- Determinar el monto de la compensación a que tenemos derecho por la interrupción ilegítima del servicio a terminar en Andinatel S. A., establecida en la cláusula diez del Contrato de Concesión de la SENATEL con PACIFICTEL S. A.”. La parte actora recurrente continuando con su exposición en su escrito de recurso, dice: “Pacifictel, al momento de contestar la demanda, manifestó: “Mi representada admite que, efectivamente en esta ciudad de Guayaquil, el 11 de octubre del 2000, entre la compañía PACIFICTEL, debidamente representada por quien en esa fecha ejercía el cargo de Presidente Ejecutivo, Ingeniero Oscar Raúl Cordobés Novoa, y la compañía norteamericana LATIN AMERICAN TELECOM INC. representada por su hasta ahora Apoderado, Abogado Joffre Coello Proaño, celebró el denominado ACUERDO OPERATIVO DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES INTERNACIONALES, signado con el número VPJCONT-282/2000, con sus respectivos anexos, en función de los cuales ambas compañías convinieron en establecer relaciones comerciales de terminación de llamadas internacionales en las redes públicas de PACIFICTEL, por un lapso de tres años. Y en forma posterior realizó un recuento de las razones por las que no ha incumplido con dicho contrato”. Continúa la actora, manifestando: “Sin embargo, de la precisión en las pretensiones expresadas por las dos partes, el Tribunal, realizó los análisis siguientes: a) Es válido el acuerdo operativo de servicios, razón por la cual así se lo declara; y, b) Todo contrato tiene efectos jurídicos, tal es así que de conformidad con el Art. 1588 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo, o por causas legales, y al amparo de lo dispuesto en el Art. 1595 del mismo código en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no cumple con su parte, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. En este proceso el Tribunal ha observado que desde la fecha de suscripción del acuerdo operativo de 11 de octubre del año 2000, ambas partes han incumplido algunas de sus mutuas obligaciones, tal como lo han reconocido procesalmente, en especial en el acuerdo inicial previo al contrato definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002 y en la audiencia de sustanciación realizada el 12 de mayo del 2003. De la lectura de este considerando SEXTO de la resolución, encontramos que el Tribunal retomó su decisión de resolver la controversia surgida sobre la interpretación y ejecución del ACUERDO OPERATIVO DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES, su anexo COMERCIAL ECONOMICO y sus anexos de fecha 11 de octubre del 2000, así como el acuerdo inicial previo de fecha 15 de noviembre del 2002, el mismo (refiriéndonos al acuerdo del 15 de noviembre del 2002) que no ha sido ni fue motivo de la disputa, ni tampoco ha sido considerado como prueba por ninguna de las partes en este proceso, situación que evidencia que el Tribunal se refiere a cuestiones no sometidas al arbitraje, lo que trae como consecuencia la nulidad del laudo, tal como reza del artículo 31 literal d) de la Ley de Arbitraje y Mediación. De la lectura de los considerandos NOVENO Y DECIMO, nuevamente el Tribunal para tratar sobre el acuerdo igualitario, toma en cuenta lo convenido en el acuerdo inicial previo suscrito el 15 de noviembre del 2002, contrato que como ya se ha explicado, no fue motivo de la disputa, ni fue sometido al

arbitraje, situación que es atentatoria a lo dispuesto en el Art. 31 literal d) de la Ley Arbitral. Concluidos los considerados, entraron en la parte resolutoria en donde el Tribunal, en relación a la primera pretensión de la actora Latin American Telecom Inc., que se determine la tarifa aplicable a su relación contractual con Pacifictel S. A., considerando la tarifa menor convenida por ésta con otros operadores, se ven en la necesidad de realizar un estudio que lo dividen en dos partes, la primera antes del convenio del 15 de noviembre del 2002, sin considerar que, como se ha dicho en reiteradas ocasiones, este convenio o contrato, no fue, ni es motivo de la disputa, ni tampoco ha sido considerado como prueba por ninguna de las partes en este proceso, situación que reitera que el Tribunal se refiere a cuestiones no sometidas al arbitraje, nuevamente en la resolución SEGUNDA, el Tribunal para resolver sobre la pretensión de Latin American Telecom Inc., de que se determine el valor del servicio de RETORNO DE TRAFICO INTERNACIONAL DE SALIDA, en proporción al de entrada, que no ha sido entregado por PACIFICTEL, toma como punto de partida lo convenido en el acuerdo de fecha 15 de noviembre del 2002, convirtiéndose en reincidentes en resolver sobre cuestiones no sometidas al laudo arbitral. El Tribunal, en relación con la resolución TERCERA para resolver sobre las pretensiones indemnizatorias de daños, perjuicios, compensaciones o recargos por mora, planteados por ambas partes, constantes en los numerales 3, 5 y 6 del acápite V de la demanda de Latin American, y la letra c) del acápite IV "Reconvención de Pacifictel", desechan las pretensiones indemnizatorias por el reconocimiento del incumplimiento de las partes en el convenio de fecha 11 de octubre del 2000 y el 15 de noviembre del 2002, siendo reiterativos en la utilización de un contrato o convenio que no ha sido, ni es motivo de disputa, al extremo que ni siquiera ha sido utilizado como prueba por las partes, tal como se desprende de la lectura de la resolución emitida por el Tribunal. En relación a la pretensión contenida en la resolución QUINTA en la que el Tribunal trata sobre la pretensión de Pacifictel de que se declare terminado el Acuerdo Operativo de Servicio de Telecomunicaciones Internacionales, así como sus acuerdos accesorios celebrados con Latin American, se verifica que nuevamente el Tribunal fundamenta su declaración de terminación del acuerdo referido en lo convenido en el contrato de 15 de noviembre del 2002, resolviendo sobre cuestiones no sometidas al laudo arbitral.". La misma parte recurrente en el acápite SEGUNDO del recurso de casación expone: **"Causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, la falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.-** 1.- Dentro del mismo texto citado del considerando quinto del fallo expedido dentro de esta causa por parte de la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, la precitada Sala omite la aplicación de los artículos 118, 119 y 121 del Código de Procedimiento Civil, artículos que hacen relación a la valoración de la prueba. El artículo 118 del Código de Procedimiento Civil expresa que: "cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a Ley". En la demanda de nulidad de sentencia que propuso mi representada, se mencionó claramente que el motivo de la nulidad del laudo es y era, estrictamente por cuanto al momento de resolver el Tribunal se refirió a cuestiones no sometidas al arbitraje, y así se lo demostró y se demuestra de la simple lectura de la demanda presentada, de la contestación a la demanda y del texto de

la resolución. Sin embargo, los señores ministros de la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, al momento de resolver se limitaron simplemente a manifestar: "El Laudo se refiere a las cuestiones sometidas al arbitraje y no procede más allá de lo reclamado y que fuera materia de la demanda". (Art. 70 Código de Procedimiento Civil, concordante con el Art. 37 de la Ley de Mediación y Arbitraje)...**Las pruebas que no fueron consideradas a pesar de su importancia y trascendencia, entre otras, son:** La demanda que permitió el laudo arbitral, en donde no se menta o menciona **el acuerdo inicial previo al contrato definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002.** Las excepciones planteadas por PACIFICTEL, en donde no se menta o menciona **el acuerdo inicial previo al contrato definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002.** La resolución emitida por los señores árbitros. Pruebas mediante las cuales se puede colegir sin el menor problema y, sin la menor duda que en la resolución del laudo se refiere a cuestiones no sometidas al arbitraje... En la especie consta que ninguna de las partes aportó como prueba en su favor **el Acuerdo Inicial Previo al Contrato Definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002,** ni lo aportó, ni lo mencionó, ni se reprodujo dentro del término de prueba para hacerlo. Es decir, no debió existir en el "mundo procesal", sin embargo la Segunda Sala de sí y ante sí, decidió ilegítimamente y erróneamente aplicar dicho documento como prueba a favor de la posición de Pacifictel, pues la valoró y por tanto condujo a los magistrados a una equivocada aplicación de normas del derecho en la sentencia dictada". Agrega además.- **"TERCERA.- Omisión de resolver en la resolución todos los puntos de la litis.-** Uno de los fundamentos de nuestra demanda de nulidad fue el de que, el Tribunal arbitral se excedió de los límites de la controversia, concediendo más allá de lo solicitado por las partes, ya que al momento de resolver, se refirieron en reiteradas ocasiones a un convenio celebrado entre las partes el 15 de noviembre del 2002, convenio que al momento de la presentación de la demanda, no existía, y en el término de prueba correspondiente, no se lo reprodujo a favor de nadie. En definitiva, este convenio firmado con posterioridad de la demanda, nunca fue motivo de arbitraje, ni de sometimiento a mediadores. La Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, al momento de expedir el auto negando la demanda de nulidad propuesta por mi representada, simplemente se dedicó, en forma general, a relatar las actuaciones del Tribunal Arbitral, y a aprobarlas, sin entrar a analizar los fundamentos de hecho y de derecho de mi demanda de nulidad, donde se podía evidenciar con claridad meridiana, que el Tribunal arbitral había contravenido, de manera expresa, lo dispuesto en el literal d), del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. La Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, se limita a decir: "(...) El laudo se refiere a las cuestiones sometidas al arbitraje y no concede más allá de lo reclamado y que fuera materia de la demanda, que a su vez ha sido materia principal de la resolución (Art. 70 Código de Procedimiento Civil, concordante con el Art. 37 de la Ley de Mediación y Arbitraje) (...)". Con los antecedentes expuestos queda establecido que la Segunda Sala de la Corte Superior de Guayaquil, ha contravenido expresamente lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, con lo que se evidencia una de las tantas causales que me permiten presentar el presente recurso". La parte recurrente en el acápite SEGUNDO del recurso de casación expone:

“causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, la falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.- En la especie consta que ninguna de las partes aportó como prueba en su favor el **Acuerdo Inicial Previo al Contrato Definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002**, ni lo aportó, ni lo mencionó, ni se reprodujo dentro del término de prueba para hacerlo. Es decir, no debió existir en él “mundo procesal”, sin embargo la Segunda Sala de sí y ante sí, decidió ilegítimamente y erróneamente aplicar dicho documento como prueba a favor de la posición de Pacifictel, pues la valoró y por tanto condujo a los magistrados a una equivocada aplicación de normas del derecho en la sentencia dictada”.- CUARTO.- La parte demandada, Julio Orellana, por los derechos que representa de PACIFICTEL S. A., en su calidad de Presidente Ejecutivo, da contestación al traslado con el recurso de casación interpuesto, y manifiesta: “Al respecto debemos de tener en cuenta, que el recurso de nulidad del laudo interpuesto por la empresa recurrente, y que fue materia de la resolución de la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, se limitó a la causal establecida en el literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación; es decir a que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado, lo cual conforme lo probaremos más adelante es falso. Por lo expuesto, el recurso de casación se restringe a lo que ha decidido la Sala, respecto a la causal invocada por la recurrente, es decir si se resolvió cuestiones no sometidas a arbitraje. 2.- Siguiendo con el análisis del recurso de casación, la empresa recurrente, dice que las normas de Derecho que se estiman infringidas y en los cuales lo fundamenta, son: a) Los numerales 26 y 27 del artículo 23 de la Constitución. Los numerales invocados se refieren en su orden, a la seguridad jurídica y al respeto del debido proceso. Debo señalar que entre los fundamentos de su recurso, en ningún otro acápite o numeral, se precisa la forma en que los referidos principios constitucionales no han sido aplicados, por lo que la supuesta violación o falta de aplicación de estos queda como un mero enunciado, carente de fundamento por lo que no me referiré en adelante a los mismos, sin embargo solicito a la Sala, tener en cuenta este hecho, al momento de resolver. b) Lo fundamento además en el artículo 31 literal d) de la Ley de Arbitraje y Mediación. Dice el recurrente “La norma de derecho que no se ha aplicado por parte de la Segunda Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil y que ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia es la Ley de Arbitraje y Mediación que en su artículo 31 dice: NULIDAD DE LOS LAUDOS.- Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: d) El laudo se refiere a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado...”. Al respecto debemos de señalar lo siguiente: b.1.) El Tribunal arbitral, emitió su laudo, únicamente sobre los puntos que habían sido sometidos a arbitraje y que consecuentemente habían sido materia de las reclamaciones de la actora *Latín American Telecom Inc.* A *Pacifictel S. A.* y a su vez la reconvencción que había hecho *Pacifictel S. A.*, a *Latín American Telecom Inc.* Al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que permite la reconvencción. Por su parte, la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil e Inquilinato de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, analizó conforme a derecho y en mérito de lo que obraba de autos, que el laudo emitido por el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, se limitó a cuestiones sometidas a arbitraje y que no concedió

más allá de lo reclamado. b.2. La parte actora luego de hacer un análisis de lo que fueron los hechos reclamados por ambas partes; concluye en el tercer párrafo de la página 4 del recurso de casación, lo siguiente: “Lo que pretendo demostrar con esta ligera explicación es que las partes, *Latín American Telecom.*, así como *PACIFICTEL*, propusieron al Tribunal de Mediación y Arbitraje, que resolvieran las diferencias que tenían en relación al denominado **ACUERDO OPERATIVO DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES INTERNACIONALES**, signado con el número **VPJCONT-282-2000.**”. La parte actora con la afirmación realizada, acepta que la materia del arbitraje era **RESOLVER LAS DIFERENCIAS QUE TENIAN RELACION AL DENOMINANDO ACUERDO OPERATIVO DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES INTERNACIONALES** por lo que debían de ser materia de su análisis, todos los documentos que digan relación con dicho acuerdo. A decir de la parte actora, el Tribunal de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, se habría referido a cuestiones no sometidas al arbitraje o habría concedido más allá de lo reclamado, por el hecho de que, en el numeral sexto de la resolución o laudo arbitral se hace referencia al acuerdo inicial previo al contrato definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002, el cual no fue materia de la disputa, ni tampoco ha sido considerado como prueba por ninguna de las partes en este proceso. Similar análisis hace respecto de lo manifestado por el Tribunal de Arbitraje y Mediación en los considerandos **NOVENO Y DECIMO**, al manifestar que nuevamente el Tribunal para tratar sobre el trato igualitario, toma en cuenta lo contenido del denominado acuerdo inicial previo, suscrito el 15 de noviembre del 2002, el cual no habría sido materia de la disputa, ni fue sometido a arbitraje. En definitiva luego de citar varias partes del fallo en que se menciona el acuerdo inicial previo, concluye en que el hecho de que el Tribunal se refiera en varias partes de su laudo al acuerdo inicial previo de fecha 15 de noviembre del 2002, que no fue materia de la disputa, el Tribunal se ha referido a cuestiones no sometidas al arbitraje lo cual trae como consecuencia la nulidad del laudo. b.3. De lo manifestado por la parte recurrente debemos de decir lo siguiente. La actora con objetivo de fundamentar su recurso, parte de hechos falsos, que obviamente la hacen llegar a conclusiones falsas. Esto señores magistrados, demuestra la mala fe para litigar de la empresa *Latín American Telecom Inc.* Conforme lo paso a demostrar. La *Compañía Latín American Telecom. Inc.*, en el último párrafo de la página 4 del libelo de recurso de casación dice textualmente “así como el acuerdo inicial previo de fecha 15 de noviembre del 2002, el mismo (refiriéndose al acuerdo del 15 de noviembre del 2002) que no ha sido motivo de la disputa ni tampoco ha sido considerado como prueba por ninguna de las partes en este proceso”. La afirmación antes transcrita es **ABSOLUTAMENTE FALSA**, puesto que dentro del término de prueba a fojas 829 de los autos, consta el escrito de fecha 18 de junio del 2003 presentado por *PACIFICTEL S. A.* **EN EL CUAL SE ADJUNTA COMO PRUEBA COPIA DEL** acuerdo inicial previo al contrato definitivo que se celebra entre *Latín American Telecom* y *PACIFICTEL S. A.*, con relación a su negocio de tráfico internacional, celebrado el 15 de noviembre del 2002. En dicho escrito además de solicitar a *PACIFICTEL* envíe el original de dicho acuerdo inicial, se hace referencia a que en la cláusula 3, se establece que los valores pendientes por cobrar son los que se decidirán en el arbitraje, que deberán de ser liquidados a la tasa estipulada

en el contrato entre Pacifictel y Latín American Telecom. Además se dice que acorde a la cláusula 5, acepta la tarifa de 0,11 centavos para la región de Pacifictel y la de 0,14 centavos para la de Andinatel, reconociendo a estas como las tarifas sobre las cuales debe pagar. ES POR ESTO SEÑORES MINISTROS QUE SIENDO UN DOCUMENTO INTRODUCIDO AL PROCESO DENTRO DEL TERMINO DE PRUEBA Y DIRECTAMENTE RELACIONADO CON LOS ASUNTOS MATERIA DEL ARBITRAJE EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE LO CONSIDERO EN EL LAUDO QUE EMITIO, SIN QUE ESTO SIGNIFIQUE DE NINGUNA MANERA, QUE SE HAYA RESUELTO SOBRE PUNTOS AJENOS A LA MATERIA DEL ARBITRAJE, PUES PRECISAMENTE ESE ACUERDO ERA DIRECTAMENTE RELACIONADO CON LOS ASUNTOS MATERIA DE LA CONTROVERSIA”.-

QUINTO.- El Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, dispone: “El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.” Art. 4.- “Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma. Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia, en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento. La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual. En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, el convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución. El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral. Y el artículo 5 de la ley ibídem, define al convenio arbitral, al decir.... “es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o pueden surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual...”. El Art. 31, literal d) de la Ley de Arbitraje dice que cualquiera de las partes podrán intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral cuando “El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado” Igualmente, el Art. 191, inciso 3° de la Constitución Política de la República del Ecuador, manda que “...Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley...”.-

SEXTO.- Este Tribunal en auto dictado el 13 de junio del 2006, fojas 14 a 16 del cuaderno de casación, admitió a trámite el Recurso de Casación, por los razonamientos que en dicho auto se expusieron. Pero para abundar en el tema, recojamos el punto de vista de la Legislación Argentina, recogido por Julio César Rivera: “...En el Derecho Argentino los recursos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación son “extraordinarios, esto es, proceden solo cuando se dan

circunstancias excepcionales que están definidas en la ley. Pero cabe puntualizar que la Corte ha” creado el Recurso Extraordinario por arbitrariedad de sentencia que le permite revisar la sentencia emanada del Tribunal Superior de la causa cuando ella no es una derivación razonable del derecho vigente, pues en tal caso la sentencia en sí deviene “inconstitucional; este es el denominado recurso extraordinario contra la sentencia arbitraria, construcción de vital importancia para la comprensión de la viabilidad de los recursos ante la Corte contra laudos arbitrales”. “...En principio el Recurso Extraordinario solo procede contra sentencias de jueces estatales. Pero se entiende que las decisiones judiciales en el Recurso de Nulidad contra un laudo de derecho o en la demanda de nulidad contra el laudo de equidad, pueden ser recurridas ante la Corte Suprema por vía de Recurso Extraordinario”. El mismo articulista, al comentar sobre el carácter jurisdiccional del arbitraje, manifiesta: “Uno de los puntos complejos en la materia lo constituye el determinar si los árbitros ejercen o no jurisdicción; el tema ha tenido tratamiento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. ... un distinguido jurista y hombre público, José Nicolás Matienzo, sostuvo enfáticamente que el arbitraje no tiene naturaleza jurisdiccional... Sin embargo, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia Argentina, afirma que el arbitraje importa el sometimiento por voluntad de las partes a una jurisdicción, es decir a un poder para decir el derecho, no obstante estar originado en la autonomía privada, tiene los mismos efectos atribuibles a las resoluciones de la jurisdicción estatal, sin que la falta de imperium de los árbitros incida en desmedro de su carácter, pues si bien está garantizado a favor del Estado la reserva de la fuerza, la potestas, el poder exclusivo de asegurar coactivamente el derecho, tal reserva no se extiende a la jurisdicción, esto es al poder de resolver la controversia...”. “Explícitamente lo ha dicho la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver que “aún cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas con los abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes”. Julio César Rivera, Revista de Derecho Comparado. Arbitraje. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. De las citas referidas se establece claramente que es procedente conocer vía recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia, de las impugnaciones que se hicieren respecto de los recursos propios que provengan de un laudo arbitral, como es el de la especie, por así disponer el Art. 2 de la Ley de la materia.-

SEPTIMO.- El antecedente de esta litis, está que Latín American Telecom Inc., por intermedio de su apoderado especial, Dr. Joffre Octavio Coello Proaño, comparece ante el Director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, demanda a la Compañía Pacifictel, en la persona de su Presidente Ejecutivo, el arbitraje en derecho, conforme lo pactado, para que de acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en su libelo, el Tribunal de Arbitraje, proceda a lo siguiente: 1.- Determinar, de acuerdo a las disposiciones contractuales, legales y reglamentarias, así como a los Acuerdos Internacionales, que LA TARIFA A REGIR EN NUESTRO CONTRATO, desde la fecha en que Pacifictel S. A. convino con otros operadores tarifas preferentes, SEA IGUAL A LA MENOR DE ELLAS, de acuerdo al principio universal de tratamiento igualitario, que rige en el Ecuador. 2.- Determinar EL VALOR, en

relación con la tarifa, en que debe estimarse EL SERVICIO DE RETORNO DE TRAFICO INTERNACIONAL DE SALIDA, en proporción al de entrada, a que Pacifictel se encuentra obligado por el contrato, y QUE NO HA ENTREGADO. 3.- Determinar EL VALOR, en relación con la tarifa, en que debe estimarse EL SERVICIO DE TERMINACION DE LLAMADAS EN ANDINATEL S. A., a que Pacifictel se encuentra obligado por el contrato, Y QUE SE HA SUSPENDIDO DESDE EL 4 DE JULIO DEL 2002, Y HASTA QUE SEA RESTITUIDO. 4.- Determinar, con la resolución de las valoraciones antes demandadas y de acuerdo al número de minutos de servicio internacional utilizado por Latín American Telecom Inc. desde el inicio de la relación contractual, menos los valores que han sido efectivamente pagados por nosotros, con cargo a liquidaciones, CUALES SON LOS VALORES QUE REALMENTE ADEUDAMOS A PACIFICTEL S. A.; O QUE PACIFICTEL S. A. NOS ADEUDA POR PAGO EN EXCESO. 5.- Determinar EL MONTO DE INDEMNIZACIONES a que tenemos derecho por el abuso de la posición dominante manifestado en los actos ilegítimos que hemos establecido en la presente demanda. 6.- Determinar EL MONTO DE LA COMPENSACION a que tenemos derecho por la interrupción ilegítima del servicio a terminar en Andinatel S. A., establecida en la cláusula diez del contrato de concesión de la SENATEL con Pacifictel S. A. 7.- En caso de oposición, reclamamos LOS GASTOS JUDICIALES en que me haga incurrir, entre los que debe regularse los honorarios profesionales del abogado que patrocina la presente acción". En decreto de 30 de octubre del 2002, la Ab. Alexandra Villacís Parada, Directora del Centro de Arbitraje y Conciliación, de la Cámara de Comercio de Guayaquil, acepta a trámite la demanda arbitral en derecho y dispone citar a la Compañía Pacifictel S. A., en la persona de su representante legal, abogado Juan Ramón Jiménez Carbo, en su calidad de Presidente Ejecutivo, quien contesta y reconviene al demandante, en los siguientes términos: "...PACIFICTEL S. A. es la sociedad anónima concesionaria de la prestación del servicio público, final y portador de telecomunicaciones en 10 provincias del país: Guayas, Galápagos, Manabí, Los Ríos, El Oro, Azuay (con excepción del cantón Cuenca), Cañar, Loja, Morona Santiago y Zamora Chinchipe. ANDINATEL S.A. hace lo propio en las 12 restantes provincias del país. Finalmente, la Empresa Municipal ETAPA presta el servicio público de telecomunicaciones en la ciudad de Cuenca. Estas tres empresas, así como las que proveen servicios de telefonía móvil o celular (conocidas como PORTA y BELLSOUTH), son personas jurídicas independientes, funcionan bajo el régimen de libre competencia y están sometidas a las autoridades ecuatorianas, que según el ordenamiento legal vigente son: el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (en adelante CONATEL) que tiene facultades regulatorias; la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (en adelante SENATEL) que ejecuta las disposiciones de CONATEL y tiene facultades administrativas; y la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante SUPTEL), con atribuciones de control y sanción. El único accionista de PACIFICTEL es, como todo el país conoce, el FONDO DE SOLIDARIDAD, que de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución Política del Estado está destinado "a combatir la pobreza y a eliminar la indigencia", y sus utilidades a "financiar, en forma exclusiva, programas de educación, salud y saneamiento ambiental, y para atender los efectos sociales causados por desastres naturales". El capital para este propósito "...proviendría de los recursos económicos

generados por la transferencia del patrimonio de empresas y servicios públicos". Como concesionaria del servicio y propietaria de las redes públicas de telecomunicaciones que sirven en las indicadas diez provincias del Ecuador, PACIFICTEL debe encargarse de proveer a sus usuarios con uno de los tantos servicios públicos relacionados con las telecomunicaciones, específicamente el de telefonía de larga distancia internacional, UNICO SOBRE EL CUAL VERSA ESTA LITIS y para cuyos efectos tuvo que establecer, desde hace mucho tiempo, los correspondientes lazos comerciales privados con la mayoría de las empresas multinacionales de telecomunicaciones que están debidamente establecidas en los principales países en donde los ecuatorianos mantenemos lazos de negocios, familia y amistad, entre las que se destacan los conglomerados AT&T, MCI WORLDCOM, SPRINT, TELEFONICA DEL PERÚ, TELEFÓNICA DE CHILE, ENTEL CHILE, TELECOM COLOMBIA, TELECOM ARGENTINA, TELECOM ITALIA Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA. A estas empresas internacionales se les conoce como CORRESPONSALES O CARRIERS TRADICIONALES, sea por tener con ellos establecidas relaciones de negocios desde hace muchos años, sea porque ellos son propietarios de redes de telecomunicaciones en sus países, o sea porque ellos constituyen las más grandes empresas privadas o estatales en los mercados que sirven. Por las indicadas razones el negocio de telefonía internacional entre ellas y PACIFICTEL sin intermediarios de ninguna clase y, además, utilizando los equipos tecnológicos adecuados, lo cual garantiza a todos los usuarios en todos los países que se intercomunican las dos cosas más importantes que se requieren en este negocio: excelente calidad y precio justo. Lamentablemente en anteriores administraciones de PACIFICTEL, mediante actitudes que deberán evaluar los jueces competentes, se empezó a permitir el ingreso de INTERMEDIARIOS en el negocio de telecomunicaciones, para que REVENDAN hacia las redes de PACIFICTEL. Paradójicamente esa reventa se realiza en su gran mayoría a favor de las mismas antedichas empresas con que mi representada siempre ha mantenido negocios de corresponsalia en el exterior (porque son las únicas con redes y clientes que generan llamadas), quienes adquieren esos minutos en mejores condiciones que el precio de venta directa, por cuanto los intermediarios, en muchos casos y aunque parezca mentira, no le pagan a PACIFICTEL, por el servicio. Estos intermediarios son conocidos como CARRIERS NO TRADICIONALES O EMERGENTES y algunos de ellos, sin generalizar, no son otra cosa que la forma societaria que han adoptado, con o sin testaferros, ciertos ciudadanos ecuatorianos (o extranjeros residentes en el Ecuador), que no hicieron otra cosa que viajar al exterior a "incorporar" sus compañías de telefonía para explotar ese jugoso negocio, donde a todas luces existen dos grandes perdedores: PACIFICTEL, quien antes vendía directamente y ahora vende gran parte a través de intermediarios, muchas veces sin recaudar el precio del servicio, y los USUARIOS nacionales, quienes antes recibían excelente calidad dada la tecnología utilizada por las grandes empresas de telecomunicaciones y ahora tienen que conformarse con una tecnología que, para tráfico de voz, es de inferior calidad, brindada por los intermediarios, lo cual es inaceptable. Con muchas de estas empresas existen contratos suscritos en términos y condiciones lesivos para los intereses de PACIFICTEL. Además, coincide que estos intermediarios o carriers no tradicionales o emergentes son empresas que en sus países

de origen tienen irrisorios o inexistentes bienes y poquísimos empleados. Uno de ellos, con una inmensa deuda contraída con PACIFICTEL por los cargos de intermediación telefónica que se negó a pagar, apareció ya declarado en quiebra, lo cual en la práctica ha pulverizado las posibilidades de cobro. Finalmente, coincide también que algunas de estas empresas no están domiciliadas y/o no tienen representantes fijos en el Ecuador, no tienen otros bienes que los equipos poco valiosos por medio de los cuales trafican con sus llamadas de baja calidad y se niegan a cancelar los cargos por los servicios que reciben, causando un perjuicio a PACIFICTEL que supera los DIEZ MILLONES DE DOLARES, entre todos ellos. Continúa la empresa demandada y en el Acápite III de su contestación, dice: III.1.- ¿QUIEN HA CUMPLIDO Y QUIEN ESTA EN MORA? Mi representada admite que, efectivamente en esta ciudad de Guayaquil, el 11 de octubre del 2000, entre la compañía PACIFICTEL, debidamente representada por quien en esa fecha ejercía el cargo de Presidente Ejecutivo, ingeniero Oscar Raúl Cordobés Novoa, y la compañía norteamericana LATIN AMERICAN TELECOM INC, representada por su hasta ahora Apoderado, abogado Joffre Coello Proaño, se celebró el denominado ACUERDO OPERATIVO DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES INTERNACIONALES, signado con el número VPJ-CONT- 282/2000, con sus respectivos anexos, en función de las cuales ambas compañías convinieron en establecer relaciones comerciales de terminación de llamadas internacionales en las redes públicas de PACIFICTEL, por un lapso de tres años. En el anexo comercial - Económico del referido acuerdo operativo los contratantes pactaron que para el pago de servicios suministrados por PACIFICTEL se debía utilizar la modalidad de mes liquidado/mes pagado, lo cual quedó literalmente estipulado así: "5.3. Dentro de los ocho (8) días posteriores a la finalización de cada mes, cada parte enviará a la otra una liquidación o cuenta, mediante fax, correo electrónico, o correo tradicional expreso o recomendado. La factura de la liquidación o cuenta deberá contener el consumo del mes inmediatamente anterior, el valor del minuto, número de minutos y el total de la facturación. Simultáneamente PACIFICTEL enviará los registros CDR, con la debida confirmación de recibo de LAT. 5.4. Una vez recibida esta información las partes tendrán (10) diez días hábiles para revisarla y presentar cualquier observación, caso contrario la liquidación se entenderá aprobada. El pago será realizado dentro de los siguientes (3) tres días. Si no está de acuerdo, deberá cancelar la suma no discutida y remitir la reclamación de la diferencia, debidamente fundamentada, acompañando los registros CDR. 5.5. La parte respectiva contará con (10) diez días hábiles a partir del recibo de la reclamación para estudiar la diferencia, sino la acepta, lo expresará de forma fundamentada a la otra parte dentro del mismo plazo". Continúa la parte demandada en su alegación y manifiesta además:...Adicionalmente, para liquidar los valores específicos que debían liquidar y pagarse las partes mensualmente, como parte del Anexo Comercial-Económico constan tres cuadros con las proyecciones de volumen y costo de llamadas para los tres años de vigencia del contrato. Durante los meses de noviembre y diciembre del 2000 (el contrato se firmó el 11 de octubre de ese año), las llamadas entrantes y salientes se liquidaron a las referidas tasas proyectadas para el año 2000. LAT cumplió sus obligaciones, envió sus mediciones de llamadas entrantes al Ecuador, no hizo objeciones de las decisiones de PACIFICTEL a las llamadas salientes, ni reclamó

diferencias por porcentajes de tráfico saliente. La ejecución de este contrato de tracto sucesivo ocurrió en santa paz. Se generaron obligaciones mensuales, que se cuidaron y finiquitaron mutuamente. Los problemas empiezan en el año 2001. ¿Cómo ocurrieron de verdad los hechos a partir de enero del 2001?. En acato a lo dispuesto en el Anexo Comercial Económico en cuestión (numeral 5.3), PACIFICTEL siempre envió mes a mes, la contabilización de las llamadas salientes (en éstas últimas es donde se aplica el concepto de retorno proporcional) y las respectivas liquidaciones con indicación de tarifas, SIN QUE JAMAS HAYAN SIDO OBJETADAS DE MANERA OPORTUNA POR LAT, POR LO QUE SE REPUTAN APROBADAS. Si las liquidaciones fueron aprobadas tácitamente por LAT es porque ella estuvo siempre de acuerdo. Además, sino estaba conforme con ellas, según lo estipula el Anexo Comercial-Económico en su cláusula 5.6.2, LAT debió haber pagado parcialmente estas liquidaciones y fundamentar la diferencia, acompañando sus propios registros CDRs. Todo lo que se dice en la demanda sobre discrepancia en tarifas y conteo de minutos es invento de última data, a destiempo, cuando, siguiendo la letra del contrato, ya no existe opción para que LAT reclame reliquidaciones por retomo proporcional de tráfico saliente, ni por mala aplicación o desigual aplicación de tarifas...Pese a tal actitud por parte de LAT, y con el fin de que sean cumplidas las obligaciones establecidas para ambas compañías en el acuerdo operativo y sus anexos, a partir del mes subsiguiente, esto es, abril del 2001, PACIFICTEL no solo cumplió su parte sino la de LAT, pues continuó enviando mensualmente las cuentas y liquidaciones con sus propias mediciones tanto de llamadas salientes, como de las entrantes al Ecuador, las cuales tampoco fueron objetadas por LAT dentro del plazo señalado. En otra parte de su contestación PACIFICTEL, manifiesta:" III. 2.-TERMINACION DE TRAFICO EN TODO EL ECUADOR. Según el acuerdo Operativo original, como bien anota LAT en su demanda, PACIFICTEL se comprometió a permitir el tránsito de llamadas a través de sus redes, sea que terminen en sus propias redes, sea que terminen en las redes fijas de ANDINATEL S. A. y de ETAPA, o sea que terminen en las redes celulares de PORTA y BELL SOUTH. Eso es verdad y PACIFICTEL se comprometió a ello en virtud de que tiene CONTRATO DE INTERCONEXION suscritos con todas las referidas empresas telefónicas en el Ecuador.- OCTAVO.- El casacionista ha fundamentado su recurso de casación en las causales Primera, Tercera y Cuarta del Art. 3 de la ley de la materia, por tanto, corresponde a este Tribunal analizar la procedencia o improcedencia de dichas causales, pues como se ha reconocido en los fallos de casación del Tribunal Supremo, el impugnante es quien aporta con los elementos de juicio necesarios y pertinentes para la aceptación o no aceptación del recurso interpuesto. Al respecto, el orden en el cual se deben examinar las causales de casación, corresponden en primer lugar a la causal segunda, luego a las causales quinta y cuarta, continuar con la tercera y concluir con el análisis o examen de la primera, por ser este el orden lógico que el juez debe aplicar al resolver. En tal sentido, cuando se refiere a la causal cuarta, por vicios de ultra petita, extra petita o infra petita, que la parte recurrente manifiesta que el Tribunal arbitral se excedió de los límites de la controversia, concediendo más allá de lo solicitado por las partes, esto es el vicio de ultra petita, es oportuno citar de la obra del doctor Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, lo siguiente: "La causal cuarta del Art. 3 de la

Ley de Casación, es la que recoge los vicios de ultra y extra petita, así como los de citra petita o mínima petita, ya que estos vicios implican in consonancia o incongruencia resultante de la confrontación de la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas. Esta incongruencia, que es un error in procedendo, puede tener tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita), por lo tanto para analizar si existe uno de estos vicios habría que hacer una comparación entre lo demandado, las excepciones presentadas y lo resuelto en sentencia. Resolución No. 507 de 20 de diciembre del 2000. Registro Oficial No. 284 de 14 de marzo del 2001. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Otra de las causales que los recurrentes han expuesto es la tercera, al considerar que ha existido falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Al respecto, de la misma obra del doctor Santiago Andrade Ubidia, citamos lo siguiente: “La causal tercera recoge la llamada en la doctrina violación indirecta, que permite casar el fallo cuando el mismo incurre en el error al inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado; el recurrente en su fundamentación deberá demostrar el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación del error de hecho en la valoración de prueba, como causal de casación, ya que pertenece al llamado sistema de casación puro en el que, para que el Tribunal del recurso pueda alcanzar la uniformidad de la interpretación jurisprudencial, solo debe examinar las cuestiones de derecho que puedan generar diversidad de la jurisprudencia, y queda, en principio, excluido de su competencia el examen de todas las cuestiones de hecho, cuya resolución, derivada de circunstancias absolutamente propias de la relación singular controvertida, como lo advierte CALAMANDREI, no puede nunca, por su naturaleza constituir un precedente capaz de introducir en la jurisprudencia peligrosas tendencias a la analogía”. Y la otra causal que han invocado los recurrentes es la primera del Art. 3, que contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutive. En el fallo dictado en la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, publicado en el Registro Oficial No. 201 de 10 de noviembre del 2000, con la Resolución No. 323 del 31 de agosto del 2000, trata en forma amplia sobre las características de esta causal, y dice: “En el recurso de casación por la causal primera del Art. 3 de la ley de la materia no cabe consideración en cuanto a los hechos, ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la norma o normas de derecho sustantivo que les sean aplicables. A esta operación se llama en la doctrina subsunción del hecho en la norma. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: La primera un supuesto, y la segunda una consecuencia. Muchas veces

una norma no contiene esas dos partes sino que se complementa con una o más normas, con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación táctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotético contenido en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar el caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto táctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene...”. Cuando el casacionista ha expuesto en su fundamentación del Recurso de Casación, que se han infringido o vulnerado normas constitucionales, esta alegación debe tener fundamento por su gravedad y trascendencia, pues su inobservancia estaría resquebrajando la estructura misma de la sociedad, por tanto esta violación debe demostrarse adecuadamente. En este contexto, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil en su Resolución No. 50, de 11 de marzo del 2002, publicada en el Registro Oficial No. 575 de 14 de mayo del 2002, manifiesta: “...Se examinará la presunta violación de los principios constitucionales establecidos en los numerales 26 (Derecho a la Seguridad Jurídica) y 27 (Derecho al Debido Proceso y a una justicia sin dilaciones) del Art. 23; y numeral 17 del Art. 24 de la Carta Política (Derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión). Estos principios, y otros que constan en los artículos mencionados, constituyen garantías básicas sobre las cuales se construye el sistema jurídico del país y, particularmente, el sistema judicial. Son guías para que el legislador dicte las normas que los van desarrollando, y para que estas se interpreten y apliquen en forma cotidiana y permanente en los casos concretos que están en conocimiento de los jueces. Pueden estos violar tales principios, pero al mismo tiempo se violarán las normas secundarias que son la aplicación concreta de estas garantías, de tal manera que si se alega que en una resolución judicial se ha producido tal violación, ésta debe ser probada puntualmente, determinando con absoluta precisión en qué parte de la sentencia se desconoce el principio constitucional invocado. No cabe la violación en abstracto de tales principios, ni puede constituir el fundamento de la alegación, la insatisfacción que puede sentir un litigante si el juez no acepta su pretensión o la acepta parcialmente, porque considera, con la plenitud de su potestad de juez que no existen en el proceso los fundamentos de derecho o de hecho que sustenten la reclamación formulada...”.- **NOVENO.-** Esta Sala de Casación observa que al dictar el Auto que rechaza la acción de nulidad, la Segunda Sala de lo Civil de la Corte de Guayaquil, no motivó el alcance del contenido en los considerandos segundo y tercero, del auto referido, cuando sostiene que el objeto que debe dilucidarse en esta clase de causas es exclusivamente sobre la validez del proceso y tiene relación solamente sobre el incumplimiento de los requisitos señalados que dicen relación a la capacidad para acudir al arbitraje; y a las causales de inobservancia del

procedimiento propiamente dicho, mas en el considerando quinto sí se pronuncia respecto a una situación jurídica que va más allá del mero incumplimiento de los requisitos que dicen relación a la capacidad para acudir al arbitraje y más allá de las causales de inobservancia del procedimiento propiamente dicho; cuando en el considerando quinto del auto referido, esa Sala manifiesta: “QUINTO.- El laudo se refiere a las cuestiones sometidas al Arbitraje y no concede más allá de lo reclamado y que fuera materia de la demanda que a su vez ha sido materia principal de la resolución...”.- **DECIMO.-** De acuerdo a lo expresado en el considerando quinto del auto recurrido, la Segunda Sala ha aceptado que la Ley de Arbitraje y Mediación, no solamente cubre el conocimiento de las causales de declaratoria de nulidad por el incumplimiento de los requisitos allí señalados referentes a la capacidad para acudir al arbitraje, y a las causales de inobservancia del procedimiento propiamente dicho; sino que va mucho más allá cuando se pronuncia respecto a que el laudo se refiere a las cuestiones sometidas al arbitraje para expresar a continuación que no concede más allá de lo reclamado y que fuera materia de la demanda, pues con esto comprueba que el alcance del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación va más allá de la consideración del cumplimiento o no de los requisitos referentes a la capacidad para acudir al arbitraje; y, va más allá de las causales de inobservancia del procedimiento arbitral. Lo anterior tiene sustento en lo establecido en la letra d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación que establece que cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado. Es decir, el alcance del artículo va más allá de lo meramente procedimental y más allá de las consideraciones sobre la capacidad para acudir al arbitraje. **DECIMO PRIMERO.-** El referido considerando quinto del auto que rechaza la acción de nulidad propuesta por la empresa actora, alude en forma genérica a que “el laudo se refiere a las cuestiones sometidas al arbitraje y no concede más allá de lo reclamado y que fuera materia de la demanda que a su vez ha sido materia principal de la resolución” para declarar seguidamente que rechaza el recurso de nulidad y declara la validez del proceso; sin que obviamente se cumpla en este pronunciamiento, con lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución de la República del Ecuador que manifiesta: “Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”; lo cual, sucede precisamente en este considerando quinto, pues el mismo, que contiene consideraciones de carácter sustantivo no ha sido motivado, ni se han enunciado normas o principios jurídicos en los que se explique la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, para rechazar la acción de nulidad y declarar la validez del proceso arbitral. Por otra parte y en aplicación de lo que dispone el artículo 273 de la Constitución, las cortes tienen la obligación de aplicar las normas constitucionales que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente. En este contexto, y por mandato Constitucional el Juez debe motivar sus resoluciones judiciales en forma razonada y ajustada a las pretensiones ejercitadas en el proceso. En consecuencias las resoluciones judiciales que contengan contradicciones internas, arbitrariedades o errores lógicos

que las conviertan en manifiestamente irrazonable, se las considerará carente de motivación y por tanto vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva. Para que se considere cumplido el requisito de la motivación, es necesario que lleve a cabo la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que este responde a una determinada interpretación del Derecho, y, de permitir, de otro su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos o recursos. Es necesario pues, que las sentencias judiciales en lo posible estén debidamente fundamentadas, reforzando el aspecto decisorio y no tanto priorizando la parte dispositiva. La resolución impugnada no ha realizado un pronunciamiento respecto a la petición de la actora, - planteada dentro de la demanda de arbitraje- en el sentido de que se devuelva a la misma, lo que sostiene la actora haber pagado en exceso; por cuanto sostiene la misma actora que hubo discriminación ejercida en su contra respecto de las tarifas que le fueron aplicadas, en forma discriminatoria contra ella, por ser más altas que las aplicadas a otras contratistas; eludiendo el Tribunal que conoció el arbitraje pronunciarse sobre el derecho de reliquidar las cuentas del contrato por un servicio que a otros se cotizaba más barato; y sin pronunciarse, sobre el derecho que tienen las personas de que se les respete la garantía de igual tratamiento ante la ley, conforme lo dispone el numeral 3 del artículo 23 de la Constitución; por otra parte, sobre el principio de tratamiento igualitario de la inversión nacional y de la extranjera contenido en el numeral 1 del artículo 244 de la Constitución de la República, la Sala de instancia no hace un análisis motivado y fundamentado respecto a las referidas garantías constitucionales que debieron ser materia de su pronunciamiento en el considerando QUINTO del auto del 18 de abril del 2005; ni cumple la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque. El mismo auto signado no hace un pronunciamiento sobre los antecedentes de hecho, respecto a lo alegado por la actora con relación, a que las partes sometieron a arbitraje las diferencias surgidas con relación al Acuerdo Operativo de Servicio de Telecomunicaciones Internacionales, celebrado el 11 de octubre del año 2000; y, no el acuerdo inicial previo al contrato definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002, que es de fecha posterior a la de presentación de la acción deducida por la actora contra PACIFICTEL el 25 de octubre del 2002, como se observa de los autos. No se analiza sobre, el “Acta de Imposibilidad de Acuerdo” suscrita por las partes sometidas al arbitraje, celebrada el 16 de diciembre del 2002, a las 11h30 (fs. 552 del proceso arbitral) mediante la cual, con la presencia del Conciliador del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, en su artículo único ha expresado lo siguiente: “queda clara la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio.”; resolución posterior al “ACUERDO INICIAL PREVIO AL CONTRATO DEFINITIVO QUE SE CELEBRARA ENTRE LATIN AMERICAN TELECOM y PACIFICTEL S. A.” con relación a su negocio de tráfico internacional y que se ha suscrito el 15 de noviembre del año 2002; acuerdo definitivo no concretado y acuerdo inicial previo que en todo caso es anterior a la resolución constante en el Acta de imposibilidad de acuerdo conciliatorio, celebrada con fecha posterior al mismo, esto es el 16 de diciembre del año 2002. No existe un análisis sobre estos antecedentes y elementos de hecho y la pertinencia o no de su aplicación dentro de las normas y principios jurídicos en que se haya

podido fundar el referido auto, tal como lo dispone la Ley Suprema del Estado.- **DECIMO SEGUNDO.-** El auto impugnado no hace referencia a la alegación de la actora de la acción de nulidad propuesta, respecto a que la controversia se basó en que la aplicación del “ACUERDO OPERATIVO DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES INTERNACIONALES”, suscrito el 11 de octubre del año 2000, se fundamenta en la pretensión de devolución de lo pagado en exceso, reclamado por la actora, no obedecía a una cláusula expresa del contrato, sino al derecho que tienen las partes de repetir cuando se ha pagado en exceso, ya que ninguna de ellas se puede enriquecer sin causa. Además no se ha pronunciado, sobre la alegación de la actora respecto a que el Tribunal de arbitraje se excedió, al declarar modificado el acuerdo operativo, dándole valor jurídico a una PROMESA DE CONTRATO, suscrita con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda arbitral, que de cualquier manera queda sin sustento, al haberse firmado el “Acta de Imposibilidad de Acuerdo” que resuelve en su “ARTICULO UNICO.- Queda clara la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio”. (SIC), suscrita el 16 de diciembre del 2002 (fs. 552 del cuaderno arbitral). Tal antecedente, ha dejado sin sustento, en consecuencia, el “ACUERDO INICIAL PREVIO AL CONTRATO DEFINITIVO QUE SE CELEBRARA ENTRE LATIN AMERICAN TELECOM y PACIFICTEL S. A. CON RELACION A SU NEGOCIO DE TRAFICO INTERNACIONAL”, suscrito el 15 de noviembre del 2002, esto es, con fecha anterior al “Acta de Imposibilidad de Acuerdo” que es de fecha posterior (diciembre 16, 2002).- **DECIMO TERCERO.-** El auto referido no motiva, ni explica en el considerando quinto, el señalamiento de normas o principios jurídicos en que se fundó, ni explica la pertinencia de la aplicación de normas respecto a los antecedentes de hecho que tienen que ver con las alegaciones de la actora en los siguientes aspectos: **13.1.** Al exceso en el que ha incurrido el Tribunal arbitral, -según la actora sobre la interpretación que hace el aludido Tribunal de que los mutuos incumplimientos equivalen a la voluntad de las partes de dar por terminado el acuerdo operativo del 2000, excediéndose el Tribunal de los límites de la controversia, concediendo más de lo solicitado por las partes, pues PACIFICTEL ha demandado la terminación del acuerdo operativo por incumplimiento de la actora; mas, al haber declarado el propio Tribunal que “ninguna de las partes incurrió en mora”, la pretensión de PACIFICTEL, en su reconvencción, queda desestimada; y, en su lugar reemplazada por una, que no fue parte de la controversia que responde a la interpretación que hace el Tribunal arbitral, de que los mutuos incumplimientos equivalen a la voluntad de ambas partes de terminar el acuerdo operativo (año 2000). **13.2.** A la interpretación hecha por el Tribunal arbitral, respecto a que la voluntad de ambas partes es interpretada por el Tribunal, por la falta de suscripción de un contrato prometido en el acuerdo inicial, han suscrito varios días después de presentada la demanda y que no ha formado parte de la pretensión del actor de la demanda arbitral; ni ha formado parte de la reconvencción propuesta por PACIFICTEL, por lo que no ha sido materia de la controversia su interpretación, ejecución, terminación, etc. de dicho convenio. **13.3.** A que PACIFICTEL ha demandado la terminación del contrato por incumplimiento de la actora, y el Tribunal arbitral concediendo más de lo solicitado ordena la terminación del acuerdo operativo por mutuos incumplimientos, incorporando una nueva fuente de extinción de

obligaciones no contemplada en la demanda, ni menos en el Código Civil. **13.4.** La indemnización que ha reclamado la actora por Abuso del Derecho (Abuso de Posición Dominante). **13.5.** El rechazo de la aplicación de la Cláusula Penal, contemplada en la Cláusula Décima del Contrato de Concesión de PACIFICTEL, que según el Tribunal de arbitraje, ha sido purgada por los incumplimientos mutuos. La actora sostiene que no demandó esta COMPENSACION (pena) por el incumplimiento del contrato por parte de PACIFICTEL, sino por el hecho mismo de la suspensión, lo cual si ha reconocido el laudo arbitral. **13.6.** A que la cláusula compromisoria no admite que el Tribunal arbitral falle sobre la terminación de acuerdo operativo. **13.7.** A que el laudo resuelve temas no sometidos a arbitraje cuando se pronuncia sobre la validez del acuerdo operativo suscrito el año 2000; sobre la vigencia de la Promesa de Contrato, denominado “Acuerdo Inicial”, suscrito el 15 de noviembre del 2002. (PUNTO PRIMERO DEL CAPITULO III del LAUDO ARBITRAL), documento que se ha suscrito después de presentada la demanda arbitral por la actora; habiendo declarado el Tribunal arbitral terminado y además incumplido por ambas partes el acuerdo operativo del año 2000, único documento materia de esta controversia. **13.8.** Al pronunciamiento sobre la aplicación de los pliegos tarifarios de los servicios de los consumidores finales, que ni el actor, ni PACIFICTEL han demandado. **13.9.** Al hecho de que el laudo arbitral se ha expedido sin la práctica de pruebas, según consta de fs. 17 del propio laudo, de que a fs. 801 del proceso arbitral y en providencia dictada el 16 de junio del 2003, a las 12h00, el Tribunal ha ordenado, como parte de la prueba solicitada por la actora, que la demandada -PACIFICTEL- remita siete (7) documentos justificativos de hechos controvertidos en el proceso, prueba que no se ha practicado por negativa tácita de PACIFICTEL, al haber desatado dicha orden. **13.10.** Al incumplimiento por parte de PACIFICTEL respecto a la no presentación de cuatro (4) documentos y un informe sobre la desconexión del servicio hacia el territorio de ANDINATEL; orden que ha dispuesto el Tribunal arbitral en providencia de 1 de octubre del 2003, a las 16h00, como prueba solicitada por la actora, lo cual consta de fs. 25 del laudo arbitral. **DECIMO CUARTO.-** En la especie, la Segunda Sala de lo Civil de la Corte de Guayaquil, al dictar el auto de 18 de abril del 2005, a las 15h35, no lo ha motivado, especialmente en el considerando QUINTO; sin que se haya analizado los fundamentos de hecho y de derecho propuestos por la actora de la acción de nulidad, ni se haya motivado los antecedentes que la llevaron a rechazar el recurso de nulidad y a declarar la validez del proceso arbitral, sin haber considerado además la procedencia o no de las alegaciones de la actora de la demanda arbitral, y a la vez la actora de la acción de nulidad del laudo; inaplicando la Segunda Sala de lo Civil de Guayaquil, lo dispuesto en el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución de la República, así como el artículo 273 de la misma, en relación el Art. 31, letra d) de la Ley de Arbitraje y Mediación, incurriendo por tanto en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, al darse los presupuestos de ultra petita, cuando el laudo arbitral ha otorgado más de lo pedido, esto es pronunciar su resolución tomando como antecedente el acuerdo inicial previo al contrato definitivo, de fecha 15 de noviembre del 2002, cuando el punto de sometimiento al arbitraje constituye las diferencias surgidas con relación al Acuerdo Operativo de Servicio de Telecomunicaciones Internacionales, signado con el

número VPJCONT-282/2000, que la parte demandada admite haber celebrado con fecha once de octubre del 2000. Además, el auto impugnado incurre en el vicio de citra petita, cuando el Tribunal de instancia ha dejado de resolver sobre los aspectos que este Tribunal de Casación menciona en el considerando décimo tercero de este fallo, inaplicando la disposición del artículo 31 literal d) de la Ley de Arbitraje y Mediación. Consecuentemente la invocación de la parte recurrente de que se ha infringido normas sustantivas por vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, se ha configurado por cuanto el juzgador ha dejado de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar (no aplicó el Art. 31 literal d) de la Ley de Arbitraje y Mediación) y que de haberlo hecho habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. Adicionalmente, la Sala no ha cumplido con la obligación de expresar en su resolución la **valoración de todas las pruebas producidas** con relación al laudo que se refiere a las cuestiones sometidas al arbitraje, ni fundamentar si el referido laudo concede o no más de lo reclamado y que fuera materia de la demanda, inaplicando de esta forma el artículo 115 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, especialmente en su inciso segundo que establece que “el Juez tendrá la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas” (sic); lo cual la Segunda Sala no ha cumplido, al dictar el auto generador de la presente acción de nulidad; ni lo ha hecho el Tribunal arbitral; ora porque se han tomado en consideración documentos sobre los que no se ha propuesto la litis; ora porque sobre otro celebrado con posterioridad a la presentación de la demanda, no obstante haber sido considerado por el Tribunal de arbitraje, éste nada ha dicho sobre el mismo, consistente en el “Acta de Imposibilidad de Acuerdo”, suscrita el 16 de diciembre del 2002 (fs. 552 del cuaderno arbitral); esto es posterior a la PROMESA DE CONTRATO, contenido en el “Acuerdo Inicial Previo al Contrato Definitivo,” que se suscribió el 15 de noviembre del 2002; ora porque no se han analizado pruebas solicitadas y ordenadas que se presenten, según lo ha dispuesto el Tribunal arbitral, pues PACIFICTEL no ha presentado las pruebas ordenadas, incumpliendo dicha orden, obstruyendo de alguna manera la atribución de los árbitros. Al respecto, cabe acudir a la doctrina y citar la obra “EL ARBITRAJE: La Justicia Alternativa” del autor Ernesto Salcedo Verduga (Editorial Jurídica Márquez Mosquera, pág. 150: “Si las partes por culpa no atribuida a negligencia de ellas- no han podido ofrecer ni producir pruebas durante el trámite del juicio arbitral a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse, el laudo adolece de nulidad, porque los árbitros solo pueden resolver sobre la base de pruebas ofrecidas y producidas por las partes”.- DECIMO QUINTO.- El arbitraje de derecho obliga a los árbitros a actuar con sujeción a formas legales y deben decidir las cuestiones litigiosas según el derecho positivo, esto es, que resuelven el caso sometido a arbitraje del mismo modo que lo haría un juez o Tribunal de la justicia ordinaria. Este carácter jurídico obliga a los árbitros de derecho a sustentar su decisión en el derecho de fondo. Adicionalmente, la doctrina aún discute sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, sin encontrar un consenso, pero este Tribunal estima que el arbitraje de derecho, si encaja en esta naturaleza, pues su finalidad es la de equiparar su decisión a una sentencia ordinaria y su procedimiento está normado en nuestra Ley de Arbitraje y Mediación (Derecho Positivo). Por tales motivos, se

considera que un Tribunal arbitral ejerce funciones jurisdiccionales, una vez que se desprende de su origen convencional, en tanto y en cuanto su laudo adquiere las características de una sentencia judicial. Esta institución nace de un acuerdo de voluntades de las partes, remitiendo determinadas cuestiones litigiosas a la decisión de particulares, prescindiendo de la justicia ordinaria, éste debe ser lícito y posible, que no se oponga a la libertad de las acciones y que solucione a satisfacción de las partes un conflicto o un desacuerdo existente. De dicho acuerdo arbitral debe haber satisfacción mutua de las partes, caso contrario éstas se hubiesen sometido a la justicia común. El árbitro entonces, debe actuar con equidad e imparcialidad o neutralidad, siendo su resolución fruto del buen criterio, de la confiabilidad y la eficacia o acierto en percibir la intención de las partes. Y, las partes al someter una divergencia producida entre ellas, toman conciencia de las consecuencias generales de desplazar la competencia judicial hacia el arbitraje. En este contexto de ideas, el laudo es la decisión emanada de los árbitros que pone fin a un litigio que las partes han sometido, imponiendo a éstas una solución para las diferencias que los separaban, y es el acto que se fijaron como meta al pactar el arbitraje como medio de resolución de sus conflictos. Y, siendo el laudo, la forma en que los árbitros cumplen su cometido, éste (el laudo) debe pronunciarse sobre todas las cuestiones que las partes sometieron a juicio de los árbitros y solo sobre ellos. Ese límite que es objeto de la litis, no puede excederse al dictarse el laudo, caso contrario, se habrá producido su nulidad. Por tal motivo, la ley prevé, como causa de nulidad de un laudo emanado de un Tribunal arbitral, el hecho de haberse pronunciado sobre puntos no comprometidos; por eso, se hace necesario que la fundamentación de la decisión arbitral esté revestida de una lógica y una motivación, exponiendo las razones que impulsaron a dictarlo en la forma que se lo a hecho sin prescindencia de la elemental correspondencia entre las cuestiones planteadas y la decisión misma. No olvidemos que el laudo arbitral está destinado a ser cumplido por las partes. El consentimiento prestado inicialmente a someterse a un Tribunal arbitral se proyecta a la sentencia que éste dicta, existiendo una suerte de compromiso con la parte contraria y con los propios árbitros, de aceptar pacíficamente la decisión que estos impongan. Es necesario que el laudo arbitral confirme la confianza que las partes han depositado en ellos, debiendo tender al objetivo final de convencer a los litigantes de que la decisión adoptada se basó en el principio de equidad y justicia, porque al creerse con derecho, cada litigante presume que la sentencia le será favorable; pero, si le es adversa a sus intereses, al menos pretenderá que se le dé una explicación satisfactoria de las razones por las que no se atribuyó el derecho que creía tener al litigar. Lo anteriormente expresado corrobora con lo expresado por el propio laudo arbitral, en el que los árbitros dejan constancia de que en atención a que no se proporcionaron las pruebas fundamentales para resolver la materia de la controversia, en el período de ejecución, se proporcionen las pruebas que permitan la fijación de tarifas y liquidaciones. De la amplia exposición de los antecedentes del recurso interpuesto y de la revisión de la resolución dictada por el Tribunal de instancia, se concluye que dicho Tribunal no motivó ni fundamentó en debida forma su resolución, quedando las partes en estado de indefensión, pues éstos, no conocen con certeza y amplitud los argumentos que permitieron al juzgador desechar la acción propuesta, esto es, de nulidad de laudo arbitral, auto que ha

inobservado la garantía contenida en el numeral 27 del artículo 23 de la Constitución de la República, en concordancia con el numeral 13 del artículo 24 de la misma, al no haber motivado la resolución que tomó, pues no enunció principios jurídicos en los que ha fundamentado su resolución, y no ha explicado la pertinencia de la aplicación de los mismos, cuando lo ha hecho, respecto a los antecedentes de hecho propuestos en la demanda. Existe, en el auto impugnado falta de aplicación de lo dispuesto en el Art. 273 de la Ley Suprema del Estado, pues las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tienen la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes aunque la parte interesada no las invoque expresamente. Además, la Sala de instancia ha inaplicado el Art. 31, letra d) de la Ley de Arbitraje y Mediación, al haberse el laudo arbitral referido a cuestiones no sometidas al arbitraje y al haber concedido más allá de lo reclamado, conforme se ha explicado en los considerandos que anteceden. Por las consideraciones anteriormente anotadas, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa el auto dictado por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Otras Materias Residuales de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil que rechazando el recurso de nulidad propuesto por la actora LATIN AMERICAN TELECOM INC. declaró la validez del proceso arbitral. En aplicación de la disposición del artículo 14 de la ley de la materia, entréguese a la parte actora la caución consignada ante el Tribunal de instancia. Sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces; Manuel Sánchez Zuraty, Conjuuez Permanente (V.S.) y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

Es fiel copia de su original.- Quito, 7 de febrero del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator Segunda Sala Civil y Mercantil Corte Suprema de Justicia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 26 de octubre del 2007, las 10h00.

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de conjuueces permanentes designados por el Pleno de la Excma. Corte Suprema de Justicia en sesión ordinaria de 29 de agosto del 2007. En lo principal, por cuanto dentro de la presente causa, este Tribunal dictó sentencia el 11 de julio del 2007, las 9h30 (fs. 71 a 103 vta., expediente de casación), la que fue legalmente notificada a las partes el mismo día a las nueve horas con cuarenta minutos (fs. 104, expediente de casación), niégase por extemporánea la solicitud de envío del proceso a la Sala de Conjuueces presentada por LATIN AMERICA TELECOM INC., el once de julio de dos mil siete a las diez horas con veinte minutos (fs. 105 a 109, expediente de casación).- Pese a que las peticiones de aclaración y

ampliación que indistintamente presenta la parte impugnante en su escrito de 16 de julio del 2007, son confusas y carecen de claridad, que algunas de las citas que realiza LATIN AMERICA TELECOM INC., de la sentencia dictada por esta Sala no son exactas, y que varias de ellas han sido tomadas fuera del contexto en que fueron pronunciadas, para resolver tales peticiones, se considera lo siguiente: **PRIMERO.-** El Art. 282 del Código de Procedimiento Civil establece que *“La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas (...)”*.- **SEGUNDO.-** En la especie, LATIN AMERICA TELECOM INC., solicita aclarar en qué se basó este Tribunal de Casación para declarar **“PALADINAMENTE”** que el acuerdo inicial previo al contrato definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002, fue introducido legalmente por PACIFICTEL S. A. al proceso arbitral, si tal acuerdo no fue materia de la demanda arbitral propuesta por LATIN AMERICA TELECOM INC.- El adverbio **“PALADINAMENTE”**, utilizado por la compañía actora significa **“públicamente, claramente, sin rebozo”** (Diccionario de la Lengua Española), por lo que coincidimos con la parte impugnante de que nuestra sentencia ha sido paladina (pública, clara y patente).- Debemos señalar, sin embargo, que de conformidad con el citado Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, la aclaración cabe cuando la sentencia es oscura. La impugnación que al respecto realiza LATIN AMERICA TELECOM INC., no señala oscuridad alguna en que hubiere incurrido el fallo de mayoría o al menos no se lo hace de manera concreta, circunstancia pese a la cual, se reitera que, a decir de LATIN AMERICA TELECOM INC., en su exposición en la Audiencia de Sustanciación (fs. 617), su demanda arbitral era *“para que el Tribunal interprete el contrato”*. Entre las normas relativas a la interpretación de los contratos, el actual Art. 1580 del Código Civil establece en sus dos primeros incisos que las cláusulas de un contrato se interpretan unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad y que también podrán interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. A criterio de esta Sala, la norma legal referida facultaba al Tribunal arbitral el interpretar las provisiones contractuales del Acuerdo Operativo de Servicio de Telecomunicaciones Internacionales de 11 de octubre del 2000, por aquéllas contenidas en el acuerdo inicial previo al contrato definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002, y viceversa, ya que este último fue suscrito por las mismas partes, sobre la misma materia y refleja la voluntad de éstas de cambiar, delimitar y concretar, a partir de su suscripción, nuevas condiciones comerciales que a la larga también fueron incumplidas. Por otro lado, el acuerdo inicial previo al contrato definitivo celebrado el 15 de noviembre del 2002 fue introducido legalmente al proceso arbitral (fs. 824 a 825) durante la práctica y el despacho de una válida diligencia probatoria ordenada debidamente por el Tribunal arbitral. Finalmente, esta Sala constató que el laudo del Tribunal arbitral no se fundamentó en el acuerdo inicial previo del 2002 para dar por terminado el Acuerdo Operativo de Servicio de Telecomunicaciones Internacionales de 11 de octubre del 2000, como sostiene LATIN AMERICA TELECOM INC., en el libelo de su acción de nulidad de laudo arbitral (fs. 1687), ya que la declaratoria arbitral de terminación, solicitada por PACIFICTEL S. A. en su reconvención, tuvo su

fundamento en los recíprocos incumplimientos de las partes.- **TERCERO.-** LATIN AMERICA TELECOM INC., solicita aclarar en qué se basa este Tribunal para decir que el recurso de casación y el de hecho estuvieron mal planteados al invocar la causal 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación, cuando lo que pretendía la empresa recurrente era subsanar mediante dichos recursos la falta de pronunciamiento de la Corte Superior respecto de una situación que no fue materia del litigio.- Al respecto, cabe reiterar que LATIN AMERICA TELECOM INC., al intentar fundamentar la causal 4ª, lo que se encuentra dispuesto en el numeral 4 del Art. 6 de la Ley de Casación, expresa que el Tribunal ad-quem, a efectos de resolver la acción de nulidad del laudo arbitral, se limitó a aprobar las actuaciones del Tribunal arbitral sin analizar los fundamentos de hecho y derecho de la acción presentada por LATIN AMERICA TELECOM INC., al establecer de manera simple en el considerando “QUINTO” del auto dictado por el Tribunal ad-quem: *“El laudo se refiere a las cuestiones sometidas al arbitraje y no concede nada más allá de lo reclamado y que fuera materia de la demanda, que a su vez ha sido materia principal de la resolución (Art. 70 Código de Procedimiento Civil, concordante con Art. 37 de la Ley de Mediación y Arbitraje)...”* por lo que el Tribunal ad-quem, a decir de la compañía recurrente, omitió resolver todos los puntos de la litis. Tal fundamentación de la causal 4ª, realizada por la compañía recurrente, refiere principalmente una falta de motivación en el fallo recurrido que habría justificado la invocación de la causal 5ª, y no de la causal 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación.- **CUARTO.-** Solicita LATIN AMERICA TELECOM INC., que se aclare y amplíe el por qué esta Sala, pese a haber advertido la falta de motivación del auto recurrido, no aplicó el Art. 280 del Código de Procedimiento Civil según el cual los jueces deben suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, a efectos de aceptar el recurso por la causal de casación que prevé la falta de motivación en la sentencia. Este Tribunal señala que, respecto del recurso formalísimo y extraordinario de casación no cabe suplir las omisiones de derecho en que incurran las partes, precisamente por lo establecido por el tratadista colombiano Hernando Devis Echeandía en su obra “Compendio de Derecho Procesal”, Tomo I, “Teoría General del Proceso” al decir que *“La Corte no puede examinar causales no alegadas, ni errores de la sentencia no alegados aunque puedan corresponder a una de las causales escogidas por el recurrente.”* (Devis Echeandía Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso, pág. 573); este principio lo ha recogido la jurisprudencia ecuatoriana en fallos de triple reiteración según los cuales la fundamentación realizada por el recurrente constituye el límite dentro del cual la Sala, como Tribunal de Casación, debe resolver (Ver Resolución No. 687-97, publicada en el Registro Oficial No. 261 de 19 de febrero de 1998; Resolución No. 402-98, publicada en el Registro Oficial No. 34 de 25 de septiembre de 1998; Resolución No. 438-98, publicada en el Registro Oficial No. 39 de 2 de octubre de 1998). Claramente el Dr. Santiago Andrade Ubidia lo señala en su obra: *“Quizá, con demasiada frecuencia, los recurrentes señalan supuestas violaciones pero no las encuadran en la causal correspondiente sino en otra. En este caso, al ser el recurso de casación de derecho estricto y en virtud del principio dispositivo, el tribunal no puede corregir el error de derecho, que constituye el fundamento de la acción de casación, sino que debe rechazarlo por indebida fundamentación”* y cita la Resolución No. 229 de

la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, de 19 de junio del 2001 dictada dentro del juicio Ceballos vs. Palacio (Santiago Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, pág. 282).- **QUINTO.-** En cuanto a la solicitud de que se aclare a quién corresponde pronunciarse sobre la acción de nulidad (de laudo arbitral) planteada, al haberse contravenido normas legales por parte del Tribunal arbitral; y para qué sirve lo contenido en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación (fs. 107 y 108, expediente de casación), esta Sala reitera que el objetivo del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que regula el procedimiento de la acción de nulidad de laudo arbitral, no es otro que el verificar la existencia o no de determinados vicios anulatorios en el procedimiento arbitral (literales a), b), c) y e), Art. 31 Ley de Arbitraje y Mediación) y/o determinar si la resolución arbitral fue o no extra o ultra petita (literal d), ibídem) lo cual impide al órgano jurisdiccional que conoce tal acción (el Presidente de la respectiva Corte Superior de Justicia), el dictaminar sobre el fondo del asunto sometido al procedimiento arbitral ya que lo que en éste se resuelve, de conformidad con el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada. Al Presidente de la Corte Superior respectiva o al Tribunal de Casación que encontrare procedente el recurso de casación (Art. 16, inciso 1º de la Ley de Casación), corresponde analizar la acción de nulidad de laudo arbitral a la luz de las causales del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación que hubiere invocado el accionante, que se refieren, como ya se ha dicho, únicamente a vicios anulatorios en el procedimiento arbitral y al laudo arbitral en cuanto éste resulte *ultra o extra petita*.- **SEXTO.-** Finalmente, se señala que en el considerando CUARTO del fallo de mayoría, cuya aclaración y ampliación se está absolviendo, se acogió la causal 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación invocada por la compañía recurrente, por lo que, de conformidad con el Art. 16 de la Ley de Casación, se procedió a dictar la sentencia que en lugar de la dictada por el Tribunal ad-quem, correspondía. En este contexto, *“la sala de casación se convierte momentáneamente en tribunal de instancia y procede a dictar dos fallos, el uno revocando (anulando o dejando sin efecto) la resolución impugnada y el otro que contendrá la nueva decisión sobre el asunto de fondo, aunque debe aclararse que en la práctica judicial se expide en un solo acto tanto la resolución de casación como la de instancia”* (Santiago Andrade Ubidia, Ob. Cit., pág. 288). En la especie, habiéndose aceptado una de las causales de casación invocadas por la compañía recurrente, se procedió momentáneamente como Tribunal de instancia y se entró al estudio de la acción de nulidad de laudo arbitral planteada por LATIN AMERICA TELECOM INC., analizando las causales que previstas en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, invocó dicha empresa en su acción de nulidad. Es por esta razón que, dentro de los límites que las causales del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación imponen, esta Sala procedió a pronunciarse exclusivamente sobre los aspectos que involucraron la acción de nulidad de laudo arbitral iniciada por LATIN AMERICA TELECOM INC., en contra de PACIFICTEL S. A.- Por todo lo expuesto, se desecha por improcedente la solicitud de aclaración y ampliación presentada por LATIN AMERICA TELECOM INC.- De conformidad con los oficios No. 2014-SP-CSJ y 2015-SP-CSJ del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, se encuentran actuando los señores conjuces permanentes de la Segunda

Sala de lo Civil y Mercantil doctores Freddy Ordóñez Bermeo y Rigoberto Barrera Carrasco. Actúe la doctora Lucía Toledo Puebla, Secretaria de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil por ausencia del titular. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Ministro Juez, Freddy Ordóñez Bermeo y Rigoberto Barrera Carrasco, Conjueces Permanentes y Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora Encargada que certifica.

CERTIFICO:

Que las treinta y cinco (35) copias que anteceden, son tomadas de sus originales constantes en el juicio No. 113-2006 ER (Resolución No. 242-2007) que sigue LATIN AMERICAN TELECOM INC. contra PACIFICTEL S. A. Quito, 7 de febrero del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator Segunda Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia.

No. 243-2007

Juicio No. 323-2003 BTR

ACTOR: Luis Basabe Bustos.

DEMANDADO: Víctor Hugo Muñoz Muñoz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, julio 11 del 2007; las 15h15.

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de magistrados titulares de esta Sala, designados por el Comité de Calificación, Designación y Posesión de Magistrados y Conjueces de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución No. 199 de 29 de noviembre del 2005, publicada en el Registro Oficial No. 165 de 14 de diciembre del mismo año. En lo principal, la parte actora, Ing. Luis Basabe Bustos, interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, que confirma la del Juez a quo y rechaza la demanda, en el juicio ordinario que, por daño moral, sigue en contra de Víctor Hugo Muñoz Muñoz. Por concluido el trámite del recurso, al resolver, la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERA.-** La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador en relación con el Art. 1 de la Ley de Casación; así como por el sorteo de 17 de noviembre del 2003; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de

24 de marzo del 2004, por cumplir los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación, fue admitido a trámite.- **SEGUNDA.-** El casacionista funda el recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación por las siguientes formas de vicio: "...no aplica..." (sic) las disposiciones contenidas en el Art. 24 numeral 13 de la Constitución de la República y el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil y el primer artículo innumerado después del Art. 2258 del Código Civil; incorrecta aplicación de la norma jurídica contenida en el Art. 358 del Código de Procedimiento Civil; e, incorrecta interpretación del Art. 19 de la Ley de Casación.- **TERCERO.-** 3.1. El vicio contenido en la causal primera es el de violación directa de normas sustantivas incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha producido o no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma. La doctrina lo llama vicio de juzgamiento o in iudicando. Las formas o modos en que se puede cometer este vicio son: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; mas se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta cuando el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley. La causal se configura cuando estos modos del vicio son determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. 3.2. El casacionista estima que en la sentencia que impugna no se ha aplicado el Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República y el Art. 277 (actual 273) del Código de Procedimiento Civil que establecen requisitos que debe observar la sentencia: esto es el de la motivación y las circunstancias que debe decidir la sentencia, es decir únicamente los puntos sobre que se traba la litis. Más, es la causal quinta la que contempla el vicio de violación de normas relativas a la estructura, al contenido y a la forma de la sentencia o auto, que se manifiesta a través de dos formas: a) Defectos en la estructura del fallo, que se da por la falta de requisitos exigidos por la ley para la sentencia o auto; b) Incongruencia en la parte dispositiva del fallo, en cuanto se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles. El tratadista colombiano Hernando Devis Echeandía ha sostenido que: "*La Corte no puede examinar causales no alegadas, ni errores de la sentencia no alegados aunque puedan corresponder a una de las causales escogidas por el recurrente*" (Hernando Devis Echeandía, Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso, pág. 573). Por lo expuesto en los numerales 3.1. y 3.2. de este considerando no se puede hacer el control de la legalidad que pretende el casacionista. 3.3. Aduce que en la sentencia que objeta no se aplica el primer artículo innumerado después del Art. 2258 del Código Civil (actual 2232), en tanto -dice- "...se establece que el demandado no tendría responsabilidad civil frente al compareciente por cuanto él no me habría causado daño moral sino, a través de él, la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica". En el considerando Tercero de la sentencia impugnada el Tribunal ad quem declara que: "No suscribe el documento el Msc. Víctor Hugo Muñoz por sus propios derechos, sino como Director Ejecutivo de la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica, lo que torna improcedente la demanda, existiendo, por

tanto, falta de legitimación en la causa del demandado, porque éste no suscribió la acción de personal No. 000892 de 97-05-07, de la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica, por sus propios derechos, sino como Director Ejecutivo de esa institución y de existir cualquier daño o perjuicio, debió demandársele en tal calidad y no por sus propios derechos, al igual que debió dirigirse la demanda en concurrencia y en contra del Estado...”, declaración que es correcta y no infringe las normas del anterior Art. 2258.1 del Código Civil, puesto que el pronunciamiento que motiva este juicio lo hace como Director de la institución y en uso de las atribuciones que como tal posee.

3.4. Otro cargo es el que en la sentencia objetada existe “incorrecta aplicación” de la norma jurídica contenida en el Art. 358 del Código de Procedimiento Civil e “incorrecta interpretación” del Art. 19 de la Ley de Casación. Según el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, incorrecto significa indebido, erróneo; de tal manera que en el caso se entiende que el casacionista invocó el vicio de indebida aplicación del Art. 358 del Código de Procedimiento Civil (actual Art. 349). Esta disposición establece que los jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no hubieren alegado la omisión, cuando se trate, entre otras, de la solemnidad número 3 del Art. 346 (ex 355) del Código de Procedimiento Civil, esto es la “legitimidad de personería”. Al respecto, es necesario aclarar que el vicio de violación de normas procesales que producen el efecto de nulidad procesal insanable o provoca indefensión del agraviado corresponde a la causal segunda, que tampoco ha sido invocada por el casacionista. Por otra parte, es correcta la afirmación del casacionista, en la exposición en la que trata de fundamentar el cargo que se analiza, cuando dice que “La legitimación ad causam no debe ser confundida con la legitimación ad processum o ilegitimidad de personería”; pero existe confusión cuando afirma “consecuentemente, para que esta excepción sea atendida, el demandado debió alegarla expresamente y bajo ninguna circunstancia podía de oficio argumentarla y fundamentarse en ella para rechazar mi demanda”. Al respecto procede el siguiente análisis: 3.4.1. Es necesario distinguir entre legitimidad de personería y legitimación en causa. La legitimidad de personería (*legitimatío ad processum*) establecida como solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias por el Art. 346, No. 3 del Código de Procedimiento Civil, constituye la capacidad procesal para comparecer en juicio por sí mismo, como actor o demandado. Todos pueden comparecer a juicio, por regla general, con las excepciones que establece el Art. 33 del Código de Procedimiento Civil. La ilegitimidad de personería es entonces causa de nulidad procesal. La legitimación en causa se refiere a la calidad que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en el proceso. Es decir que, para que exista la legitimación en la causa el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por la ley a contradecir la demanda mediante las excepciones. Por lo dicho: “...no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas; y, b) Cuando aquéllas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso” (Hernando Devis Echeandía, *Teoría General del Proceso*, 3ª Edición, Buenos Aires, Editorial Universal, 2004, pág. 259); es decir,

cuando no existe la litis consorcio necesaria, pues la legitimación estaría incompleta y no sería posible la sentencia de fondo. La falta de legitimación en la causa implica el rechazo de la demanda, no la nulidad procesal. Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que: “*El Tribunal de instancia ha confundido lamentablemente lo que es la ilegitimidad de personería con lo que es la falta de legítimo contradicтор o falta de legitimación en la causa (legitimatío ad causam), que consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el Juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial. Sobre este tema, el profesor Hernando Devis Echeandía expresa que para que haya legitimatío ad causam ‘No se necesita ser el titular o el sujeto activo o pasivo del derecho o de la relación jurídica material (lo que supondría que ésta siempre existiera), sino del interés en que se decida si efectivamente existe (y por lo tanto, aún cuando en realidad no exista)... Se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido (por ejemplo, quien reclama una herencia o un inmueble para sí, tiene la legitimación en la causa por el solo hecho de pretender ser heredero o dueño; pero puede que no sea realmente heredero o dueño y por ello la sentencia será de fondo, pero adversa a su demanda)... Si además de existir la legitimación en la causa, resulta que el derecho o la relación jurídica sustancial existe en verdad, que el demandante es su titular y el demandado el sujeto pasivo, entonces el demandante obtendrá sentencia favorable de fondo; mas, en caso contrario, la sentencia será de fondo o de mérito, pero desfavorable a aquél’ (Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del proceso. Tomo I. pág. 269-270, 14ª edición, editorial ABC, 1996). Por otra parte, la legitimación en la causa o legitimatío ad causam ‘Determina no sólo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurren determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible. Esto no significa que siempre sea necesaria la presencia en el proceso de todos los sujetos legitimados para el caso concreto, sino que en algunos casos la ausencia en él de ciertas personas impide la decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda... puede suceder que el demandante y el demandado estén legitimados para obrar en la causa y que su presencia en esas condiciones sea correcta, pero que por mandato legal expreso o tácito no tengan ellos solos el derecho a formular tales pretensiones o a controvertir la demanda. En este caso, la legitimación estaría incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo. Se trata de litis consorcio necesario... Como ejemplo pueden mencionarse las demandas de nulidad o rescisión de un contrato, que deben comprender a quienes figuran como partes en el mismo contrato y a sus causahabientes a título singular o universal (compradores o cesionarios del primer comprador), ya que la decisión produce efectos contra todos. En el caso inverso, es decir, el de concurrencia necesaria para demandar, se presenta cuando son varios los vendedores o*

cedentes y se quiere demandar para que se declare nula la venta o cesión; pero si alguno de ellos se niega a demandar, los otros pueden hacerlo y pedir que se les cite al proceso, en el auto admisorio de la demanda, para que la sentencia los vincule, con lo cual se produce el correspondiente litis consorcio... Es decir, no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso' (Ob. citada, pág. 268-269)..." (Sentencia de 25 de junio de 1999 de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, año XCIX, serie XVII, No. 1, pág. 63). 3.4.2. De acuerdo al análisis realizado en el numeral anterior, existe confusión y error en la afirmación que hace el Tribunal ad quem en el considerando Cuarto de su sentencia cuando dice: "La falta de legítimo contradictor, sea activa como pasiva, no debe ser alegada como excepción, sino que debe ser declarada de oficio", de hecho, la doctrina y jurisprudencia que invoca dicho Tribunal, no da lugar a afirmar que la falta de legitimidad ad causam deba ser declarada necesariamente de oficio. Sin embargo, este

pronunciamiento no incide en la parte dispositiva del fallo, puesto que confirma la sentencia subida en grado. Por lo expuesto, no existe la violación de normas que invoca el casacionista. Por estas consideraciones, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito. Notifíquese. Devuélvase. Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Ramón Jiménez Carbo y Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces.- Certifico.- f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

CERTIFICO:

Que las cuatro copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el juicio No. 323-2003 BTR (Resolución No. 243-2007) que, sigue LUIS BASABE BUSTOS contra VICTOR HUGO MUÑOZ MUÑOZ.

Quito, 7 de febrero del 2008.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

SUSCRIPCIONES ABIERTAS AÑO 2009

REGISTRO OFICIAL (FISICO): Comprende un ejemplar diario, suplementos adicionales, así como los índices mensuales. El valor por suscripción es de USD 300 para la ciudad de Quito. Para el resto del país es de USD 340 incluye gastos de envío quincenal (a la sucursal Guayaquil y demás provincias) Valor unitario USD 1,25 por ejemplar.	REGISTRO OFICIAL (VIRTUAL): Contiene La veracidad de la información. Información en la página Web: www.corteconstitucional.gov.ec www.tribunalconstitucional.gov.ec o Info@tc.gov.ec. Teléfonos: (593) 2 2565 163 / 2 565 177 (Quito) El costo por este servicio es de USD 200 + IVA.
--	--



INFORMACIÓN SUSCRIPCIONES Y VENTAS

Quito: Av. 12 de Octubre y Pasaje Nicolás Jiménez, Edif. Corte Constitucional **Telf.: 2234 540**

Almacén Editora Nacional:
Mañosca 201 y Av. 10 de Agosto. **Telf. 2430110**

Almacén Sucursal Guayaquil:
En Malecón 1606 y 10 de Agosto, Edif. Municipalidad de Guayaquil. **Telf. (04) 2527107**



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