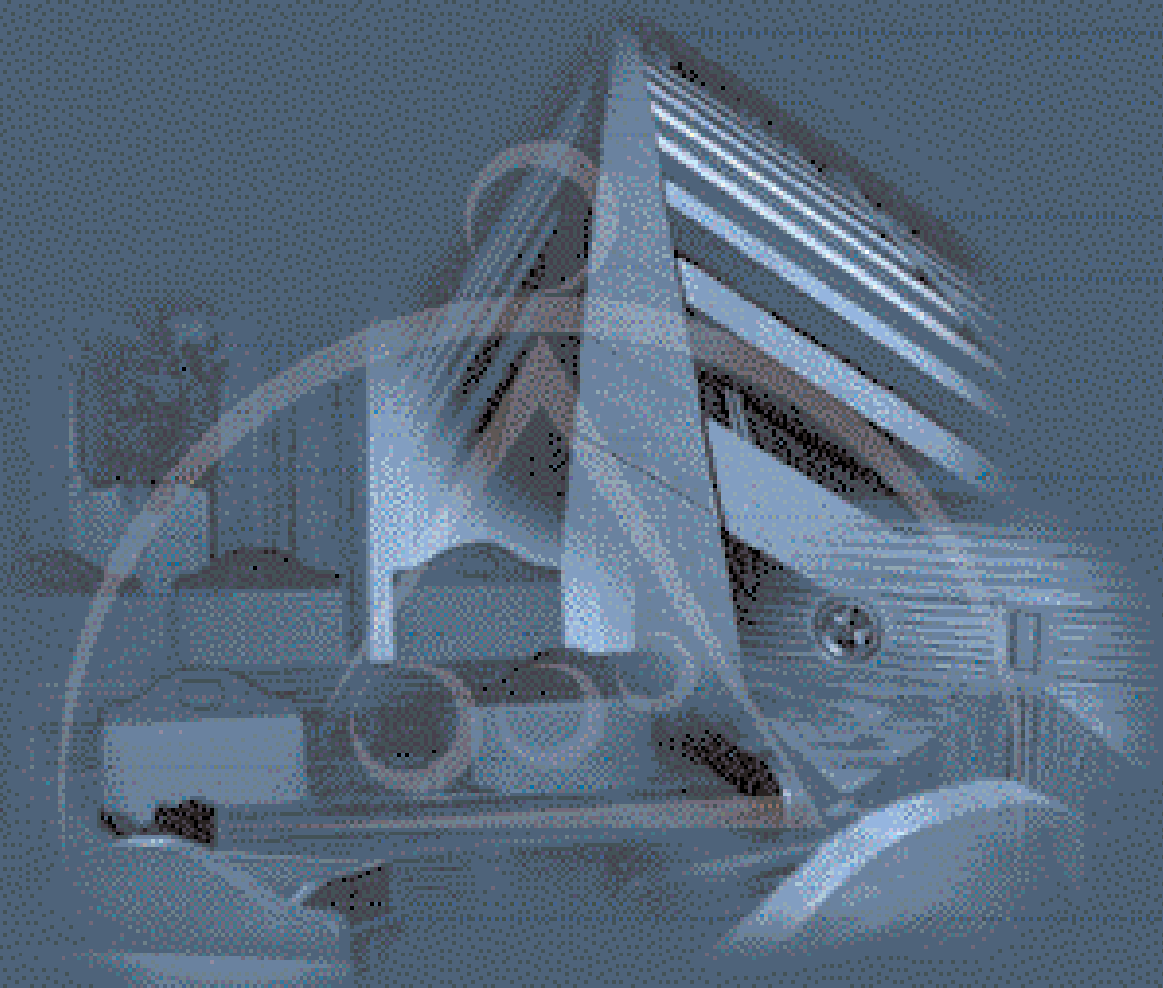
REGISTRO OFICIAL

Organo del Gobierno del Ecuador



Suplemento del Registro Oficial

Año II- Quito, Martes 24 de Junio del 2008 - Nº 366

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

REGISTRO OFICIAL
ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año II -- Quito, Martes 24 de Junio del 2008 -- Nº 366

DR. RUBEN DARIO ESPINOZA DIAZ
DIRECTOR

Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez
Dirección: Telf. 2901 - 629 -- Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540
Distribución (Almacén): 2430 - 110 -- Mañosca Nº 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 -- 96 páginas -- Valor US$ 2.50

SUPLEMENTO

SUMARIO:

Págs.

FUNCION JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL:

Recursos de casación en los juicios seguidos por las siguientes personas e instituciones:

0137-05 **Amada Briceño Reati en contra de Rafael Wong Naranjo …….. 3**

189-05 **Verónica Soraya Drouet Sigcho en contra de FILANBANCO S.A. ……... 4**

0198-05 **Cristóbal Guaycha en contra de la Compañía Unión de Bananeros Ecuatorianos S.A., UBESA ……. 5**

245-05 **Juan de la Cruz Montaño en contra de la Subcomisión Ecuatoriana de la Comisión Mixta Ecuatoriana Peruana para el Aprovechamiento de las Cuencas Hidrográficas Binacionales Puyango-Túmbez y Catamayo-Chira, PREDESUR y otro ……. 6**

Págs.

0303-05 **Mariana de Jesús Ledesma Córdova en contra del Hospital de Paute y otro ……... 7**

0323-05 **Carmen Leonor Coronel Mendoza en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS …… 7**

330-05 **Otto Ariel Amador Peñafiel en contra de la Compañía POLIMPER S.A. y otras ….. 9**

448-05 **Víctor Mosquera Guevara en contra de la Empresa Cantonal de Agua Potable del Guayas, ECAPAG ……... 10**

0128-06 **Vanessa Samaniego Romero en contra del Banco de Machala …… 11**

0316-06 **Fausto Cañaz Andrade en contra de la Compañía Cervezas Nacionales C.A. y otra …… 12**

0466-06 **Pedro José Solórzano en contra de la Compañía Standard Fruit Company y otra …… 13**

SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL:

145-2007 Mercedes Agripina González Bermeo en contra de Piedad Picón Tuesta y otros ….. 14

Págs.

153-2007 Edmundo Malo Harris y otra en contra de Ruth Castro Piedra y otros ……. 16

159-2007 Aurora Adelma Encalada viuda de Encalada y otros en contra de Santos Tomás Encalada Encalada y otra ……... 17

170-2007 José Vivanco Quevedo y otra en contra de Teresa Vivanco de Vivanco ……. 18

173-2007 Licenciado Remigio Aguirre Vargas en contra de Segundo Vásquez Illescas ……... 20

181-2007 Cecilia Gómez Iturralde Vda. de Pareja en contra de la Compañía Kairuan S.A. y otras …….. 21

190-2007 Jorge Eduardo Rivas Silva en contra de la abogada Patricia Robles Ruiz …… 23

192-2007 El Fénix del Ecuador S.A. en contra de la Comandancia General del Ejército …… 24

193-2007 PETROPRODUCCION en contra de SERAMIN CIA. LTDA. …….. 35

203-2007 Rosa María Ruiz Cárdenas en contra de Vicente Aparicio Siguenza Montaño …….. 47

204-2007 Mesías Cedillo Berrezueta en contra de Daniel Salvador Barzallo y otros …… 49

210-2007 Marta Rodríguez Cicero, en contra de Carlos Nicolás Endara Medina …….. 51

211-2007 Ab. Glenda Avecillas Estrella en contra de Doris Noraida Mora Fernández ……. 56

215-2007 Olmedo Indalecio Ruiz Maldonado y otro en contra de Enrique Martinod Hidalgo y otros …….. 58

216-2007 Isaura Rebeca Játiva en contra de Manuel Mesías Valenzuela …… 59

220-2007 Banco del Pacífico S.A., en contra de Luis Miguel Astudillo Astudillo …….. 61

221-2007 Luis Salomón Arce Arévalo en contra de Rodolfo Eduardo Rodríguez Cruz y otra .. 65

225-2007 Sergio Garavito Carvajal en contra del arquitecto Carlos Ochoa Quezada ……. 67

226-2007 Jaime Rodrigo Coronel Salcedo en contra de Laura Eugenia Freire Guerrero …… 68

SEGUNDA SALA DE LO PENAL:

Recursos de casación, revisión y apelación en los juicios penales seguidos en contra de las siguientes personas:

917-06 Carlota Litardo García y otro por el delito tipificado y reprimido por el Art. 409 del Código Penal, en perjuicio del Lcdo. Jimmy Patricio Fierro Carriel …… 70

Págs.

918-206 Diego Jefferson Beltrán Rojas por el delito previsto en el Art. 550 y sancionado en el Art. 552 numeral 2 del Código Penal en perjuicio de Víctor Hugo Acurio Miranda 71

923-06 Milton José Jiménez Castillo por el delito de corretaje o intermediación, tipificado y sancionado en el Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas 73

928-06 Jorge Geovanny Santacruz Lapo por el delito de violación en perjuicio de Paola Cristina Pineda Ortega …….. 75

929-06 Manuel Gavino Peralta Peralta por considerarle autor de la infracción prevista y sancionada por el Art. 450 (reformado) del Código Penal con los agravantes 1 y 7 del mismo artículo …….. 77

930-06 María Auxiliadora Paredes Ubidia por el delito previsto en el Art. 490 y sancionado en el Art. 491 del Código Penal, en perjuicio de la Dra. Sonia Judith Ojeda Rivera …… 79

932-06 César Enrique Tejena Mendoza por el delito tipificado y sancionado en el Art. 450, con las circunstancias agravantes de los numerales 1, 4, 5 y 8 del Código Penal 80

933-06 Hernán Alonso González Trespalacios por la muerte de Nelson Laureano Angulo Vallejo, al considerarle cómplice de la infracción prevista y sancionada por el Art. 450 numeral 1 del Código Penal ……. 82

935-06 Nancy Carmita Sisa Silva por la muerte de Manuel Gonzalo Flores Aguilar …… 84

942-06 Luis Pascual Borbor Paz y otro por la muerte de Pedro Simón Bartolomé Pivaque ……. 85

944-06 **Esthela de Lourdes Izurieta y otro a fin de que se deje sin efecto el embargo ordenado en perjuicio del Dr. Gustavo Humberto Sánchez** **87**
…….

948-06 **Efrén Francisco Pidru Mamatu por el delito de lesiones en perjuicio de Daniel Gustavo Ayuy Shiqui y otros …….** **89**

953-06 **Segundo Amadeo Alvacora Alvacora por la muerte de María Francisca Coro Coro, delito tipificado en el Art. 449 del Código Penal y lesiones a Marcos Urquizo Chucuri** **91**

955-06 **Dorian Gómez de la Torre y otros por la conducta que se adecua al tipo penal del tercer artículo innumerado y añadido al Art. 257 del Código Penal ……...** **92**

959-06 **Héctor Julio Carrero Rico y otros por el delito de robo tipificado y sancionado en los Arts. 550, 551 y 552 del Código Penal** **94**

Pág.

ORDENANZA MUNICIPAL:

- **Cantón Paltas: Reglamento para el Funcionamiento de la Sala de Internet Municipal ……..……...** **95**

No. 0137-05

JUICIO LABORAL QUE SIGUE AMADA BRICEÑO CONTRA RAFAEL WONG.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, 23 de abril del 2007; a las 08h45.

VISTOS: La Sala de lo Civil, Mercantil y Laboral de la Corte Superior de Justicia de Machala, el 11 de febrero de 2005 a las 11h00, dicta sentencia en el juicio que por reclamos de origen laboral que sigue Amada Briceño Reati en su calidad de madre y representante del señor Carlos Dositeo Aguirre Briceño, en contra de Rafaél Wong Naranjo, sentencia que notificada a las partes ha merecido la insatisfacción de la actora que interpone el recurso de casación. Para resolver se considera: PRIMERO: La competencia de la Sala se encuentra establecida en el Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador; Art. 613 del Código del Trabajo; Art. 1 de la Ley de Casación; y sorteo de causas cuya razón obra de autos. La Sala en providencia de 30 de enero de 2006 a las 9h00, analiza el recurso y lo acepta a trámite. SEGUNDO: La recurrente sostiene que el fallo de segundo nivel infringe los Arts. 35 numeral 3 y 53 de la Constitución Política de la República del Ecuador; Arts. 5 y 497 del Código del Trabajo; y Art. 1490 del Código Civil. Funda su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Contrae su recurso a los siguientes puntos: 2.1.- El trabajador Carlos Dositeo Aguirre Briceño padece de sordomudez congénita que no le permite tomar decisiones, tratándose por tanto de un discapacitado que realizó trabajos agrícolas sencillos, que se encuentra representado por su madre, actora en la presente causa, hecho no tomado en cuenta por el juzgador de segundo nivel, en el fallo impugnado, estableciéndose una indebida valoración de la prueba. 2.2.- Los discapacitados se encuentran amparados por las garantías del Art. 53 de la Constitución Política de la República que dispone la integración social, la igualdad de oportunidades y la inserción laboral, que han sido ignoradas por el Tribunal ad quem. 2.3.- Que el fallo no aplica el principio protector del Estado al trabajador ni se sujeta a los principios del derecho social, como lo obliga el Art. 35 de la Norma Suprema del Estado. TERCERO: La confrontación realizada por la Sala entre el recurso, el fallo objetado y las normas jurídicas aplicables, previa revisión de los recaudos en garantía de la legalidad del proceso, le permite las siguientes reflexiones: 3.1.- Es indudable que la afección de sordomudez congénita certificada por un profesional de la medicina, Dr. Galo Ordóñez Q., cuyo criterio aparece en documento de fojas 1 del proceso, no permite al señor Carlos Dositeo Aguirre Briceño, desarrollar tareas complejas; característica que no tienen las tareas agrícolas realizadas en la hacienda Santa Elena. Cabe señalar que la certificación invocada también afirma que dicho trabajador "*no se encuentra en condiciones para tomar decisiones*". Concordante con el criterio anterior, la Tecnóloga Médica Esperanza Gia Beiduma,Terapista del Lenguaje del Instituto Fiscal de Educación Especial de El Oro, en documento que corre inserto a fojas 69 de los autos, certifica: "*Que el señor Carlos Dositeo Aguirre Briceño, portador de la cédula de Identidad No. 0702375510, presenta una comunicación limitada (no utiliza señas codificadas) solo se relaciona utilizando señas naturales con su familia y personas de su entorno demostrando capacidad para ejercer trabajos prácticos recibiendo la respectiva indicación*.". El Art. 3 del Reglamento General de la Ley Reformatoria de la Ley de Discapacidades, dispone que se considerará discapacitado a "*... toda persona que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas mentales y/o sensoriales congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente se vea restringida en al menos un treinta por ciento de su capacidad para realizar una actividad dentro del margen que se considera normal,...*". Queda claro por tanto, que Carlos Aguirre Briceño es una persona discapacitada, que no puede comunicarse en forma hablada ni escrita, por lo que no podía concurrir por si mismo ante el Juez a presentar su reclamación de índole laboral. Las experticias y disposición reglamentaria invocadas, necesariamente merecían el análisis y valoración de los magistrados del Tribunal ad-quem autores del fallo de mayoría objetado por el recurso, lo cual lamentablemente no ha ocurrido. 3.2.- Es necesario relievar que el informe del Perito Grafólogo, Ing. Richard Añasco Dávila, (fs. 88 - 90 del proceso) legal y debidamente designado por el Juez a quo para cotejar las firmas atribuidas a Carlos Dositeo Aguirre Briceño constantes en un contrato de trabajo (fs. 31-32) y acta de finiquito (fs. 33), con la firma constante en la cédula de identidad del indicado ciudadano, concluye señalando que las firmas de los documentos cotejadas con la de la cédula de identidad, ... "*no corresponden a la firma y rúbrica de*

Carlos Dositeo Aguirre Briceño.". Y con respecto al documento que contiene la renuncia del trabajador (fs. 34), concluye el informe diciendo: "*Por lo que se estima que el contenido del mencionado documento fue llenado en una hoja de papel firmado en blanco*." Informe que valorado con el conjunto de la prueba y bajo las reglas de la sana crítica, permiten considerar a dicha prueba, como carente de idoneidad y credibilidad, por lo que no debió tomarse en cuenta, como bien lo hace el voto salvado de la Magistrada Bertha Elvira Romero Tandazo, con cuyas consideraciones concuerda esta Sala. 3.4.- La actora Amada Briceño Reati, con la partida de nacimiento de Carlos Dositeo Aguirre Briceño (fs. 3) justifica su condición de madre del discapacitado, que no se ha emancipado por la imposibilidad que le determina su condición congénita de sordomudo, por lo que, observando los principios del Derecho Social que inspiran el carácter protector del Estado al trabajador por considerarlo la parte débil de la relación laboral, y al discapacitado como parte de los grupos vulnerables, (Arts. 35 y 53 de la Constitución Política de la República) en concordancia con lo dispuesto en el Art. 490 (ex 497) del Código del Trabajo, que prohíbe sacrificar la justicia por la sola omisión de solemnidades legales, se considera procedente la representación de la actora en el presente juicio. Por las razones expuestas, la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia de mayoría del Tribunal ad-quem quedando en firme el de minoría que se lo acoge en todas sus partes. Sin costas ni honorarios que regular. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Abril Olivo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, 4 de julio del 2007.

f.) Secretario de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia.

No. 189-05

JUICIO LABORAL QUE SIGUE VERONICA DROUET CONTRA FILANBANCO.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, 9 de mayo del 2007; a las 09h45.

VISTOS: La Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil el 26 de junio de 2003 a las 15h55, dicta sentencia en el juicio que por reclamaciones de origen laboral sigue Verónica Soraya Drouet Sigcho, en contra de FILANBANCO S.A. en las personas del Ing. Com. Antonio Bejarano Trujillo y Econ. Robert Lee Rice Pita, sentencia que notificada a las partes ha merecido el desacuerdo de la actora Verónica Soraya Drouet Sigcho, quien interpone el recurso de casación. Para resolver se considera: PRIMERO: La competencia de este Tribunal se encuentra determinada por el Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador; Art. 613 del Código del Trabajo; Art. 1 de la Ley de Casación; y sorteo de causas cuya acta obra de autos. La Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia con providencia de 10 de septiembre de 2003 a las 11h00, analiza el recurso y lo acepta a trámite. En cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 3 de la Resolución Obligatoria dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 7 de diciembre de 2005, esta causa fue sorteada el 12 de los mismos mes y año, correspondiéndole a este Tribunal su conocimiento como ocurre en providencia de 11 de enero de 2006 a las 11h50. SEGUNDO: La casacionista sostiene que el fallo impugnado infringe los Arts. 95, 590 (actual 593) y 592 (actual 595) del Código del Trabajo; y Arts. 115 (ex 119), 127 (ex 131), 123 (ex 127) y 140 (ex 144) del Código de Procedimiento Civil. Funda su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Contrae su recurso a los siguientes puntos: 2.1.- El fallo atacado no ha tomado en cuenta las comisiones que percibía la recurrente para determinar los componentes de la remuneración, que de conformidad con lo establecido en el Art. 95 del Código del Trabajo, lo conforman para la liquidación de las indemnizaciones. 2.2.- La confesión ficta de los demandados no ha sido tomada en cuenta para determinar que las comisiones que percibía como parte de mi remuneración para el cálculo de las indemnizaciones, lo que determina una falta de valoración de la prueba en la forma ordenada por el Art. 144 del Código de Procedimiento Civil. 2.3.- El fallo impugnado no valora el juramento deferido para establecer el tiempo de servicio y la última remuneración percibida para los efectos de la liquidación de las indemnizaciones, con lo que se inaplica la norma del Art. 593 del Código del Trabajo. 2.4.- El no haber considerado el error de cálculo incurrido en el acta de finiquito que no incluyó entre los rubros que conforman la remuneración para la liquidación de las indemnizaciones, a las comisiones percibidas, se produjo una indebida interpretación del Art. 592 (actual 595) del Código del Trabajo. 2.5.- Falta de valoración conjunta de la prueba al no haber analizado los estados de cuenta emitidos por el Banco La Previsora en los que se registran los depósitos realizados por comisiones a la casacionista. TERCERO: Al confrontar el texto del recurso de casación con el fallo objetado y las normas jurídicas aplicables, previo examen de los recaudos procesales, la Sala concluye lo siguiente: 3.1.- El numeral 14 del Art. 35 de la Constitución Política de la República del Ecuador establece que rubros de los ingresos que percibe el trabajador deberán considerarse componentes de la remuneración para efectos del cálculo indemnizatorio. En concordancia con este precepto constitucional, el Art. 95 del Código del Trabajo trae igual determinación de los rubros que han de componer la remuneración para los efectos señalados; y efectivamente, las comisiones que se le reconozca forman la remuneración. En el caso, de la revisión de las piezas procesales probatorias no se encuentra una sola en la que se demuestre que la actora recibía como parte de su remuneración mensual rubro adicional por comisiones; pues ni siquiera en las copias simples, que por tales no tienen valor probatorio por no reunir los requisitos determinados en el último inciso del Art. 121 del Código de Procedimiento Civil, (fs. 27 a 33 del primer cuerpo del primer nivel) consta rubro alguno con el nombre de comisiones. 3.2.- La confesión tácita o ficta,

deberá ser valorada por el juzgador según las circunstancias que hayan rodeado al acto, y apreciada con libre criterio judicial (Arts. 121 y 131 del Código de Procedimiento Civil) para darle o no la calidad de prueba. El Tribunal ad quem en la valoración conjunta de la prueba no encuentra prueba suficiente capaz de enervar la remuneración con la que se ha practicado la liquidación al momento de celebrarse el finiquito, razonamiento con el que la Sala se encuentra de acuerdo. 3.3.- El Art. 593 (ex 590) del Código del Trabajo claramente ordena que el juzgador se apoyará en el juramento deferido del trabajador para establecer la cuantía de la última remuneración percibida y el tiempo laborado para el empleador, siempre que del proceso no aparezca otra prueba capaz y suficiente para comprobar tales particulares; de la propia declaración de la actora en su libelo de demanda, así como del texto del acta de finiquito (fs. 69 y 70 de los autos) se establece que la última remuneración básica de la casacionista era de un millón quinientos cincuenta y dos mil quinientos ochenta y dos sucres mensuales; y que la remuneración para el cálculo de las indemnizaciones con todos sus componentes, fue de dos millones seiscientos noventa y cuatro mil ochocientos veinte y siete sucres; por lo que, al no haberse presentado los presupuestos determinados en el Art. 593 del Código del Trabajo, era improcedente aceptar el juramento deferido, cuando existe prueba instrumental que da fe de ese hecho. 3.4.- Las impugnaciones a las actas de finiquito han sido aceptadas por esta Sala cuando dichas actas no se han suscrito ante autoridad competente, no se las ha elaborado en forma pormenorizada, o se ha demostrado la existencia de error de cálculo o renuncia de derechos; en el caso, el acta de finiquito cuya copia debidamente certificada corre inserta a fojas 69 y 70 de los autos, ha sido suscrita ante el Inspector Provincial del Trabajo del Guayas, autoridad competente que suscribe con los comparecientes y se encuentra pormenorizada, sin que para esta Sala se encuentre demostrado el error de cálculo que según la casacionista existe, por las reflexiones expuestas a lo largo del presente fallo, y que el juzgador de segundo nivel analiza en el considerando quinto de su sentencia. 3.5.- En cuanto a las copias simples de los Estados de Cuenta (fs. 31 a 33) además de no encontrarse certificadas, en ellas no se encuentra registro alguno que señale depósito de valores por comisiones pagadas por el empleador a la casacionista. Por otro lado, cabe anotar que este tipo de memorias bancarias solamente demuestran el movimiento de la cuenta corriente. Por último la Sala deja constancia de no haber encontrado en el proceso hecho alguno que le permita presumir la existencia de los vicios acusados por la casacionista. Por las razones expuestas, la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza el recurso de casación y confirma la sentencia del Tribunal ad quem.- Sin costas ni honorarios que regular.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Isabel Abril Olivo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, 4 de julio del 2007.

f.) Secretario de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia.

No. 0198-05

JUICIO LABORAL QUE SIGUE CRISTOBAL GUAYCHA CONTRA UBESA S.A.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, 26 de abril del 2007; a las 08h50.

VISTOS: La Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Machala, expide el 25 de agosto del 2005 sentencia que confirma en todas sus partes la de primer nivel en el juicio de trabajo que sigue Cristóbal Guaycha contra Jorge Palacios Ordóñez y Nena Rosa Serrano G., por sus propios derechos y por los que representan en la Compañía Unión de Bananeros Ecuatorianos S.A. -UBESA-. Inconformes con el fallo, los demandados interponen recurso de casación. Para resolver se considera: PRIMERO: La competencia de esta Sala se fundamenta en los artículos 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador, 613 del Código de Trabajo, 1 de la Ley de Casación, y en la razón de sorteo constante en autos de 12 de diciembre de 2005. La admisibilidad del recurso fue declarada por la Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, el 14 de noviembre de 2003, las 15h00. SEGUNDO: Los demandados afirman que el fallo impugnado infringe el Art. 117 (hoy 113) del Código de Procedimiento Civil. Fundan su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación "tanto por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho", afirmación que no toma en cuenta que las tres posibilidades antes indicadas son excluyentes entre si. El principal aspecto censurado por los demandados se sintetiza en el hecho de que se estima que se ha violado el Art. 113 (ex 117) del Código de Procedimiento Civil, porque en el considerando quinto de la sentencia impugnada se manifiesta "que era obligación del empleador justificar que se ha pagado los beneficios sociales, como bonificación complementaria, etc.". TERCERO: La Sala luego de cotejar la sentencia dictada por el Tribunal ad - quem con el ordenamiento jurídico vigente, con el propósito de verificar si se ha producido la imputación de ilegalidad que hacen los demandados, expresa: 3.1.- El Art. 113 del Código de Procedimiento Civil dice en sus tres primeros incisos: "Art. 113.- Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa. El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada." 3.2.- En el considerando PRIMERO de la sentencia impugnada se expresa: "… el demandado contesta la demanda y dice que como el actor impugna el acta de finiquito que ha firmado, por lo que esta impugnando el pago, propone la reconvención conexa para que le devuelva los valores indebidamente recibidos.". 3.3.- Igualmente en el considerando quinto de la sentencia referida se consigna que "era obligación del empleador justificar que se ha pagado los beneficios sociales como: bonificación complementaria, compensación por el alto costo de la vida y vacaciones, no existiendo prueba de ello, procede su pago."; y en considerando séptimo, al estimar que existe prueba sobre el despido intempestivo, dispone el

pago de las indemnizaciones correspondientes. De lo anterior se colige que el Tribunal ad-quem no ha infringido el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil que determina las obligaciones de los litigantes en materia probatoria y en contrario sensum, este Tribunal de Casación considera que en la sentencia ha existido una correcta aplicación e interpretación de las normas procesales y de los artículos respectivos del Código de Trabajo y particularmente se ha cumplido con el Art. 5 que establece la obligación de jueces y funcionarios administrativos de proteger a los trabajadores. Por lo expuesto, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados y confirma la sentencia del Tribunal ad-quem.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 12 de la Ley de Casación, entréguese al actor el valor de la caución rendida por la parte demandada.- Sin costas ni honorarios que regular.- Notifíquese y devuélvase.
Fdo.) Dres. Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Abril Olivo y Rubén Bravo Moreno. Certifico.- Dra. María Consuelo Heredia Y.

Es fiel copia de su original.- Quito, 4 de julio del 2007.

f.) Secretario de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia.

No. 245-05

JUICIO LABORAL QUE SIGUE JUAN DE LA CRUZ MONTAÑO CONTRA PREDESUR.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, 26 de abril del 2007; a las 08h35.

VISTOS: La Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Loja, el 25 de marzo de 2004 a las 11h20, dicta sentencia en el juicio que por reclamaciones de índole laboral sigue el señor Juan de la Cruz Montaño en contra de la Subcomisión Ecuatoriana de la Comisión Mixta Ecuatoriana Peruana para el aprovechamiento de la cuencas hidrográficas binacionales Puyango-Túmbez y Catamayo-Chira (PREDESUR) y del Procurador General del Estado, sentencia que notificada a las partes ha merecido el desacuerdo de PREDESUR que a través de su representante legal Ing. Eduardo Orellana Ochoa, interpone el recurso de casación. Para resolver se considera: PRIMERO: La competencia de la Sala se encuentra determinada en el Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador; Art. 613 del Código del Trabajo; Art. 1 de la Ley de Casación; y sorteo de causas cuya razón obra de autos. La Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia en providencia de 25 de mayo de 2004 a las 10h00, analiza el recurso y lo acepta a trámite. En cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 3 de la resolución obligatoria dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 7 de diciembre de 2005, se sortea la causa el 12 de los mismos mes y año, correspondiendo a esta Primera Sala de lo Laboral y Social su conocimiento y tramitación, lo que ocurre con providencia de 9 de enero de 2006 a las 11h50. SEGUNDO: La casacionista afirma que el fallo objetado infringe los Arts. 188 y 233 (ex 239) del Código del Trabajo; Art. 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial; y Resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 138 de 1 de marzo de 1999. Funda su recurso en las causales primera y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación. Contrae su objeción a los siguientes puntos: 2.1.- Niega que el actor haya sido despedido intempestivamente de su trabajo, pues lo que hizo la institución es incluir un rubro con dicha categoría con fines de liquidación en el acta de finiquito aplicando el contrato colectivo, situación no tomada en cuenta por el juzgador de segundo nivel en la sentencia, aplicando en forma indebida el Art. 188 del Código del Trabajo. 2.2.- El fallo confunde los términos sueldo o salario con *remuneración* para efectos de liquidación de la indemnización determinada por el Art. 239, actual 233 del Código del Trabajo. 2.3.- El fallo no se encuentra debidamente fundamentado ni determina el valor que debe pagar el demandado, como lo ordena la resolución obligatoria de la Corte Suprema en concordancia con el Art. 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. TERCERO: De la confrontación realizada por la Sala entre el texto del recurso, el fallo atacado y las normas jurídicas aplicables al caso, previa revisión de los autos en garantía de la legalidad del proceso, concluye en lo siguiente: 3.1.- El autor Guillermo Cabanellas en su "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual," (Editorial Heliasta, 1998, Edición 26ava., Tomo III, pág. 208) conceptualizando el despido laboral anota: "*... por despido se entiende estrictamente la ruptura o disolución del contrato o relación de trabajo por declaración unilateral del patrono o empresario, que de tal modo extingue el vínculo jurídico que lo une con el trabajador a su servicio.*". En el caso, PREDESUR aplicando un proceso de modernización institucional resuelve elaborar un plan de reducción de personal como lo declara en la cláusula primera del acta de finiquito suscrita con el actor (fs. 2 a 5 de los autos) evidenciándose la voluntad unilateral de la institución PREDESUR de dar por terminada la relación laboral, acto por el que, asumiendo la responsabilidad que acarrea la violación de la ley, cancela los valores que corresponden al despido intempestivo como consta en el documento señalado, tomándose el despido intempestivo en un hecho indiscutible como bien lo determina el fallo del Tribunal ad-quem. 3.2.- La casacionista afirma que la sentencia objetada confunde los términos de sueldo o salario con el de remuneración, para el cálculo de la indemnización establecida en el Art. 239 (actual 233) del Código del Trabajo. Al respecto, es menester recordar que para efectos indemnizatorios, el numeral 14 del Art. 35 de la Constitución Política del Estado determina los componentes que conforman la remuneración, norma constitucional que se encuentra en concordancia con lo que dispone el Art. 95 del Código del Trabajo que fuera aplicado correctamente por el Juzgador de segundo nivel en su sentencia. 3.3.- El fallo objetado por el recurso de casación expresa en forma clara los hechos que han sido probados dentro de la estación respectiva por las partes, señalando las normas jurídicas aplicadas y expresando en el análisis la valoración conjunta de la prueba, lo que, junto con las reglas de la sana crítica, ha inclinado su convicción en los términos resolutivos. Es

necesario aclarar que al confirmar la sentencia del Juez a-quo, la liquidación realizada por aquél es la que debe pagar el accionado. En suma, la Sala no encuentra hecho alguno que permita determinar la existencia de los vicios que acusa el casacionista a la sentencia impugnada. Por estas razones, esta Primera Sala de lo Laboral y Social, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza el recurso de casación quedando en firme el fallo del Tribunal ad-quem. Sin honorarios ni costas que regular. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Abril Olivo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.- Quito, 4 de julio del 2007.

f.) Secretario de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia.

No. 0303-05

JUICIO LABORAL QUE SIGUE MARIANA LEDESMA CORDOVA CONTRA HOSPITAL CANTON PAUTE.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, 26 de abril del 2007; a las 08h40.

VISTOS: La Sala Especializada de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, el 23 de julio de 2004, dicta sentencia en el juicio que por reclamos provenientes de la relación laboral sigue Mariana de Jesús Ledesma Córdova en contra del Hospital de Paute, en las personas de su Director doctor Edgar Zúñiga Feijoó y del delegado de la Procuraduría General del Estado, sentencia que notificada a las partes ha merecido el desacuerdo de la parte demandada y de la Procuraduría, las que, a través de sus representantes, interponen recurso de casación. Para resolver se considera: PRIMERO: La competencia de la Sala se encuentra determinada en el Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador; Art. 613 del Código del Trabajo; Art. 1 de la Ley de Casación, y sorteo de causas cuya razón obra de autos. La Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, en providencia de 8 de noviembre de 2004 a las 11h30, analiza el recurso y lo acepta a trámite. En cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 3 de la resolución obligatoria dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 7 de diciembre de 2005, se procedió al sorteo de causa, el 12 de diciembre de 2005, correspondiéndole conocer a esta Primera Sala, la misma que avocó conocimiento de esta causa en providencia de 9 de enero de 2006 a las 08h35. SEGUNDO: Aseveran los recurrentes que el fallo atacado infringe los Arts. 120, 121, 277, 278, 280, 283 del Código de Procedimiento Civil; Arts. 185 inciso 2do. y 621 del Código del Trabajo en concordancia con el Art. 96 del Código de Procedimiento Civil. Fundan su recurso en las causales primera, tercera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación. Los principales puntos a los que se contrae el recurso son: 2.1.- No se cumplió con el plazo de 15 días que debió laborar la actora, desde la notificación con el desahucio al empleador para que sea procedente el pago de bonificación establecida en el Art. 185, inciso 2do. del Código del Trabajo. 2.2.- No se ha dado cumplimiento a lo que dispone el Art. 624 (ex 621) del Código de Trabajo, porque no se realizó la notificación con la solicitud de desahucio dentro de las 24 horas previstas en la indicada norma legal, que está en concordancia con el Art. 94 (ex-96) del Código de Procedimiento Civil. 2.3.- No se aplicaron los Arts. 273 (ex-277), 274 (ex-278), 276 (ex-280), 279 (ex-283), 116 (ex-120) y 117 (ex-121) del Código de Procedimiento Civil, porque en la sentencia no se deciden todos los puntos sobre los que se trabó la litis. TERCERO: De la confrontación realizada entre el fallo atacado, el recurso de casación y las normas aplicables, previa revisión de los recaudos en garantía de la legalidad del proceso, esta Sala llega a las siguientes conclusiones: 3.1.- El Art. 185, inciso 2do. del Código de Trabajo, dice: "Mientras transcurra el plazo de treinta días en el caso de la notificación de terminación del contrato de que se habla en el artículo anterior pedido por el empleador, y de quince días en el caso del desahucio solicitado por el trabajador, el inspector de trabajo procederá a liquidar el valor que representan las bonificaciones y la notificación del empleador no tendrá efecto alguno si al término del plazo no consignare el valor de la liquidación que se hubiere realizado". Al respecto, la actora ha presentado el 22 de agosto del 2003, ante el Inspector de Trabajo del Azuay, una solicitud (fjs. 2 del cuaderno de primer nivel), para dar por terminada la relación laboral con su empleador, acogiéndose a lo señalado en el No. 9 del Art. 169 del Código de Trabajo.- El empleador notificado con la mencionada solicitud acepta el desahucio y luego señala que la última remuneración percibida por la actora era de $ 330,65, aceptando de esta forma el derecho de la trabajadora, el cual no depende de la falta de acuerdo en el cálculo de la bonificación por desahucio, ni de la falta de pago oportuno por parte del demandado, tanto más que el Inspector de Trabajo procedió a establecer la cuantía de tal bonificación en $ 3.141,17, la misma que debió ser pagada en razón de la orden impartida, por esta autoridad administrativa, lo cual no aconteció y motivó la presentación de la correspondiente demanda ante el Juez Laboral de primer nivel que la acogió, al igual que el Tribunal ad -quem. Lo expuesto en líneas anteriores, permite a esta Sala concluir que, sobre este asunto, el Tribunal ad-quem, en los considerándoos tercero y cuarto de la sentencia ha realizado el examen correcto de las pruebas aportadas y la aplicación precisa de las normas procesales relativas a la apreciación de las pruebas, que según nuestra normativa se debe sustentar en la sana crítica, así como las del Código del Trabajo, para con base en ello confirmar la sentencia del inferior. 3.2.- La trabajadora en el libelo de su demanda pidió principalmente, el pago, por parte del empleador de la bonificación de $ 3.141,17, que constituye la bonificación por desahucio, establecida en el Art. 185 del Código de Trabajo, y la sentencia impugnada, confirmando la de primera instancia, dispone que la parte demandada pague a la actora, la cantidad de dinero antes citada, sin que por lo mismo se acepte el argumento del accionado en cuanto a que la sentencia impugnada no ha decidido todos los puntos sobre los cuales se trabó la litis. Por lo expuesto, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima los recursos de casación interpuestos y confirma la sentencia del Tribunal ad -quem.- Sin costas ni honorarios que regular.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Abril Olivo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.- Quito, 4 de julio del 2007.

f.) Secretario de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia.

No. 0323-05

JUICIO LABORAL QUE SIGUE CARMEN CORONEL MENDOZA CONTRA IESS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, 12 de abril del 2007; a las 14h45.

VISTOS: Mediante el fallo de 9 de septiembre del 2004, la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior del Azuay desecha el recurso de apelación interpuesto por Carmen Leonor Coronel Mendoza dentro de la demanda que ha iniciado en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social -IESS- confirmando íntegramente la sentencia de primer nivel. En desacuerdo con esta decisión, la actora presenta recurso de casación. Para resolver se considera: PRIMERO: La competencia de la Sala se encuentra establecida en el Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador; Art. 613 del Código del Trabajo; Art. 1 de la Ley de Casación; y sorteo de causas cuya razón obra de autos. La admisibilidad del recurso fue declarada por la Tercera Sala de lo Laboral y Social en providencia de 2 de diciembre de 2004, a las 15h00. En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 3 de la resolución obligatoria dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 7 de diciembre de 2005, esta causa se sorteó el 12 de los mismos mes y año, correspondiendo a esta Primera Sala de lo Laboral y Social. SEGUNDO: En el memorial de casación se afirma que la sentencia de segundo nivel infringe los artículos: 23 numeral 3, 35 numerales 3 y 12, Disposición Transitoria Segunda de la Constitución Política; 119 del Código de Procedimiento Civil; Disposición Transitoria Novena de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador; 6 y 8 del Contrato Colectivo Unico de Trabajo a nivel nacional celebrado el 2 de febrero de 1999.- Funda su recurso en la primera causal del artículo 3 de la Ley de Casación.- Los principales aspectos que censura son: 2.1. Desconocimiento del derecho de la actora para: a) recibir una indemnización adicional por el despido intempestivo; y, b) elegir entre el pago de las indemnizaciones y el reintegro a su puesto de trabajo, conforme a las estipulaciones contenidas en los artículos 6 y 8 del contrato colectivo; 2.2. Negación del derecho a percibir las reliquidaciones salariales en función de las diferencias existentes basándose en la aseveración de que el IESS es una institución pública, lo que afirma la recurrente, carece de fundamento: 2.3. Inaplicación de la prueba debidamente actuada, al tenor del Art. 119 del Código de Procedimiento Civil. TERCERO: Para cumplir con el control de la legalidad, esta Sala ha cotejado las acusaciones con el ordenamiento jurídico a partir del texto del fallo del Tribunal ad quem, encontrando: 3.1. El Contrato Colectivo Unico de Trabajo a nivel nacional que ha invocado la recurrente establece en su artículo 6 la estabilidad de todos los trabajadores amparados por tal instrumento por un período de cinco años, reconociendo la facultad del empleador para aplicar el artículo 172 del Código del Trabajo, con sujeción a los procedimientos reglamentarios, pero sancionando la terminación unilateral del vínculo laboral con indemnizaciones que constan detalladas según el tiempo trabajado. La estipulación contiene una garantía de estabilidad y una penalización por contravenirla, en el caso que se analiza se ha producido la ruptura de las relaciones laborales por mandato constitucional contenido en la disposición transitoria quinta, que en su parte final obliga a la institución demandada a pagar "las indemnizaciones que, por la terminación de la relación, estén vigentes en la ley y contratos, a la fecha en que dejen de prestar sus servicios" y es precisamente lo que ha cumplido el IESS cuando le ha cancelado los derechos que nacen por causa del despido intempestivo. El reconocimiento y pago de tales indemnizaciones libera al IESS de otra responsabilidad, en contra de lo que reclama la actora, tal como consta a fs. 23, 142, 177 y 178 del cuaderno de primer nivel, porque no se puede duplicar el pago por el mismo concepto, excepto que así lo dijera de manera expresa la disposición contractual, que además de las indemnizaciones previstas en la ley de la materia, se debe cancelar otros valores, por lo que se concluye que bien ha hecho el fallo de segundo nivel al negar este pedido. 3.2. El artículo 8 ibídem determina que si una sentencia ejecutoriada ha declarado ilegal la terminación de una relación laboral por parte del IESS, el trabajador tiene la facultad de elegir entre el pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 6 del mismo contrato o, ser reintegrado al mismo cargo u otro equivalente más la percepción de los haberes que le correspondían mientras duró la separación. Este acuerdo contractual ha superado los límites que establece la Carta Política para el caso de que la relación laboral termine unilateralmente, volviéndose por tanto inejecutable para la institución empleadora, pues así lo han establecido fallos de triple reiteración de la Corte Suprema de Justicia en los que se expresa la ineficacia jurídica de aquellos acuerdos (incluidos los contratos colectivos) que no guarden estricta sujeción a las normas constitucionales, fallos que siendo de triple reiteración se constituyen en precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante, como consta en el Tomo II de la obra "Fallos de Triple reiteración" publicada por el Consejo Nacional de la Judicatura, páginas 57 a 66: "*Ningún ordenamiento legal, llámese contrato colectivo, u otro, puede estar por encima o contrariar los dictados de la Constitución Política de la República*" A) Francisco Campodónico - IESS, Registro Oficial 179 de 23 de octubre de 1997; B) Vicente Batallas - IESS, Registro Oficial 116 de 25 de julio de 1997; C) Rodolfo Villavicencio - IESS, Registro Oficial 179 de 23 de octubre de 1997. 3.3. En relación al reclamo que hace la actora sobre su derecho a percibir las reliquidaciones salariales en función de las diferencias que resultan entre lo percibido y los salarios establecidos por ley, la sentencia de segundo nivel lo ha negado basándose en dos argumentos: i) Que "*la actora ha venido ganado salarios superiores a los fijados por la Tabla Sectorial para su rama*"; y, ii) Que el IEES es una institución de derecho público por lo que no le corresponde observar la remuneración sectorial unificada de auxiliar de enfermería en virtud de que la Novena Disposición Transitoria de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador dispone que tales disposiciones se aplican únicamente en el sector privado. El reproche de la casacionista se orienta a afirmar que el IESS no es una institución de derecho público, afirmación que la Sala rechaza con base en la naturaleza jurídica del instituto, que nace del artículo 118 de la Norma Suprema y de la historia de su conformación. La norma referida dice: "Son

instituciones del estado [...] 5. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado", pudiendo verificar que "*Los orígenes remotos del sistema del Seguro Social en el Ecuador se encuentran en las leyes dictadas en 1905, 1915, 1918 y 1923 para amparar a los empleados públicos, educadores, telegrafistas y dependientes del poder judicial*" y que evolucionó con diferentes denominaciones "Caja de Pensiones", Instituto Nacional de Previsión, Caja del Seguro Social hasta que en 1970 se transforma en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (Tomado de la red http://www.iess.gov.ec, el 30 de marzo de 2007). En concordancia con lo anotado, la Ley de Seguridad Social vigente, en su artículo 16 dice: "*Naturaleza jurídica.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) es una entidad pública descentralizada, creada por la Constitución Política de la República, dotada de autonomía normativa, técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, con personería jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto indelegable la prestación del Seguro General Obligatorio en todo el territorio nacional*", normas que permiten concluir que el IESS es una institución de derecho público y que por lo tanto no se encuentra ningún vicio de ilegalidad en la afirmación del considerando séptimo del fallo del Tribunal ad-quem 3.4. Por otra parte, la casacionista afirma que en el fallo que recurre "no se ha aplicado la prueba debidamente actuada al tenor del Artículo 119 del Código de Procedimiento Civil". La Sala anota que: a) La reclamación efectuada en los términos que se ha transcrito es insuficiente para fundamentar un punto que se pretende convertir en casable porque no menciona de qué manera se ha vulnerado la norma de derecho que asevera los juzgadores han dejado de aplicar; y, b) De todas formas, se deja constancia de que el precepto mencionado se refiere al sistema de valoración de la prueba, sustentándolo en la aplicación de las reglas de la sana crítica, sin que en ninguna norma de la ley procedimental se haga constar de manera taxativa tales reglas, por lo que el juzgador ha de sujetarse al concepto doctrinario de que la sana crítica es la posición ecléctica entre la libre valoración y la prueba tasada, que permite ejecutar un proceso lógico jurídico que a través de la tasación de las pruebas y el conocimiento personal permite guiar el hilo conductor del examen hasta conformar el criterio, enfatizando eso sí que en el pronunciamiento se debe incluir el análisis de las pruebas que abonaron a la decisión, todo lo cual nos conduce a concluir que no tiene fundamento el reproche que hace la casacionista. Por las razones expuestas, la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima el recurso interpuesto por Carmen Leonor Coronel Mendoza. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Abril Olivo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, 4 de julio del 2007.

f.) Secretario de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia.

No. 330-05

JUICIO LABORAL QUE SIGUE OTTO AMADOR PEÑAFIEL CONTRA CIA. RELIFA S.A.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, 9 de mayo del 2007; a las 09h10.

VISTOS: La Primera Sala de lo Laboral, la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el 22 de junio del 2004 a las 11h30, dicta sentencia en el juicio que por reclamaciones de origen laboral sigue Otto Ariel Amador Peñafiel en contra de las compañías POLIMPER S.A. en la persona de su Gerente General Oscar Alfonso Vásconez Valarezo, RELIFA S.A. en la persona de su Gerente General y representante legal Hugo Ignacio Flores Martínez, BARDISA S.A. en la persona de su Gerente General Edgar Gonzalo Villacrés Intriago; y solidariamente, a la Compañía Azucarera Valdez S.A. en las personas de sus representantes legales: Presidente, Ricardo Rivadeneira Dávalos, y Vicepresidente Ejecutivo, José Icaza Coronel, sentencia que al ser notificada a las partes, ha merecido el desacuerdo de la demandada Compañía RELIFA S.A., que a través de su representante legal abogado Hugo Flores Martínez interpone el recurso de casación. Para resolver se considera: PRIMERO: La competencia de la Sala se encuentra determinada por el Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador; Art. 613 del Código del Trabajo; Art. 1 de la Ley de Casación; y sorteo de causas cuya razón obra de autos. La Tercera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, en providencia de 18 de enero del 2005 a las 10h15, analiza el recurso y lo acepta a trámite. En cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 3 de la resolución obligatoria dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 7 de diciembre del 2005, se procedió al sorteo de la causa el 12 de los mismos mes y año, correspondiéndole a esta Primera Sala su conocimiento y trámite, lo cual consta en providencia de enero 9 de 2006 a las 15h40. SEGUNDO: El recurrente sostiene que el fallo impugnado infringe los Arts. 72 (ex 76) y 113 (ex 117) del Código de Procedimiento Civil; Art. 19 de la Ley de Casación; y Art. 17 del Código del Trabajo. Funda su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. Contrae su recurso a los siguientes puntos: 2.1.- El actor no ha sido despedido por la empresa casacionista, pues no aportó prueba sobre esta afirmación realizada en la demanda, lo que determina la no aplicación del Art. 113 (ex 117) del Código de Procedimiento Civil. 2.2.- El fallo impugnado no observa lo dispuesto en el Art. 72 (ex 76) del Código de Procedimiento Civil, ya que acepta la demanda incoada en contra de más de dos personas en un mismo libelo por actos y contratos diversos. 2.3.- La relación laboral mantenida entre el casacionista y el actor es de carácter eventual. TERCERO: De la confrontación realizada por la Sala entre el fallo impugnado, el texto del recurso de casación y las normas jurídicas aplicables, previa revisión de los autos en salvaguarda de la legalidad del proceso, concluye en lo siguiente: 3.1.- La relación laboral mantenida por la casacionista y el actor, es de carácter temporal y se encuentra establecida en el inciso cuarto del Art. 17 del Código del Trabajo, en virtud de la periodicidad y cíclica

actividad, que constituye la zafra en los cañaverales de propiedad de la Compañía Azucarera Valdez, en cuyo proceso el actor ha prestado sus servicios en las tareas de riego. 3.2.- El documento denominado "DECLARACION DE VOLUNTAD" que corre inserto a fojas 23 y 24 de los autos, suscrito el 28 de julio de 2000 entre los representantes legales de las empresas: POLIMPER S.A., RELIFA S.A., BARDISA S.A. y AZUCARERA VALDEZ S.A., con representantes de los trabajadores dedicados a las tareas de riego, constituye una transacción mediante la que los trabajadores se comprometen a desistir de un pliego de peticiones presentado a las autoridades del trabajo, poniendo fin a un posible conflicto laboral, y las empresas mencionadas, se comprometen a respetar la estabilidad de los trabajadores en los términos establecidos en el Art. 17 del Código del Trabajo. Convenio irrespetado por el empleador al exigir la suscripción de un contrato por horas (fs. 21 de los autos) violando la prohibición establecida en el Decreto Legislativo 2000.4 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 34 de 13 de marzo de 2000 de trasladar a la nueva modalidad de contratación a los trabajadores que mantuvieren relación laboral amparada por la ley, como ocurre en el caso, situación que a todas luces configura el despido intempestivo por disposición de la última parte del inciso cuarto del Art. 17 del Código del Trabajo, además de que, el abogado Hugo Flores Martínez fue declarado confeso de conformidad con el pliego de absoluciones (fs. 58 y vta. de los autos) y las preguntas sobre el despido intempestivo que se han de tener como contestadas afirmativamente, corroboran de este modo la configuración del despido intempestivo. Hechos debidamente tomados en cuenta por el Tribunal ad quem para fundamentar su fallo. 3.3.- El documento denominado "ACUERDO DE VOLUNTADES" suscrito por los representantes legales de las empresas demandadas y los representantes de los trabajadores, determina que en el caso no se reúnen los presupuestos jurídicos establecidos en el segundo inciso del Art. 72 del Código de Procedimiento Civil, por existir identidad en los actos, contratos y obligaciones surgidos de los mismos, con lo que se demuestra la inexistencia del vicio señalado por el casacionista al fallo de segundo nivel. Por las razones expuestas, esta Primera Sala de lo Laboral y Social, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza el recurso de casación y confirma el fallo del Tribunal ad quem.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 12 de la Ley de Casación se dispone la entrega del valor consignado como caución por el casacionista al actor.- Sin costas ni honorarios que regular.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Isabel Abril Olivo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, 4 de julio del 2007.

f.) Secretario de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia.

No. 448-05

JUICIO LABORAL QUE SIGUE VICTOR MOSQUERA GUEVARA CONTRA ECAPAG S.A.

CORTE SUPREMA DE JUSTICA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, 16 de mayo del 2007; a las 08h35.

VISTOS: En el juicio de trabajo deducido por Víctor Mosquera Guevara en contra de la EMPRESA CANTONAL DE AGUA POTABLE DEL GUAYAS, ECAPAG, el actor inconforme con la sentencia de mayoría dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez, y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que revoca la sentencia dictada por el Juez de primera instancia y declara sin lugar la demanda interpone recurso de casación.- Luego del sorteo de ley, y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: La competencia de esta Sala se halla radicada en virtud de lo dispuesto en el Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador y del Art. 1 de la Ley de Casación y de la razón del sorteo que consta de autos.- SEGUNDO: El impugnante considera que en la sentencia se infringieron las siguientes normas jurídicas: Arts. 35, 272, 274, de la Constitución Política; 17 y 78 del contrato colectivo; precedentes jurisprudenciales, juicios de: José Sumba, Alejandro Sánchez, Marco Sánchez y Pedro Fuentes contra ECAPAG; inciso segundo del Art. 19 de la Ley de Casación; Art. 42 numeral 1ero. y 95 del Código del Trabajo. Invoca las causales 1ª y 2ª del Art. 3 de la Ley de Casación, argumenta que existe falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales citados, errónea interpretación de los artículos del contrato colectivo y de los artículos de la Constitución mencionados así como de los artículos del Código del Trabajo. TERCERO: Para determinar si se infringieron o no las normas de derecho precisadas por el casacionista, la Sala procede a revisar la sentencia impugnada y las piezas procesales pertinentes en relación con la normativa legal y luego hace las siguientes anotaciones: a) En el presente caso la sentencia considera que el finiquito ha sido debidamente pormenorizado y practicado ante la autoridad competente. Sobre el punto la Sala expresa que conforme al actual Art. 595 del Código del Trabajo, el documento de finiquito es impugnable cuando se dan estas dos situaciones: si la liquidación no ha sido practicada ante el Inspector del Trabajo y cuando dicha liquidación no haya sido pormenorizada, pormenorización que debe abarcar todos los rubros y beneficios que le corresponden al trabajador, para evitar que desconozcan derechos o que implícitamente se renuncie a ellos, lo cual debe ser cuidado y protegido obligatoriamente por los funcionarios judiciales y administrativos según lo determina el Art. 5 ibídem. b) En el caso, la liquidación no ha tomado en cuenta la remuneración efectiva que percibió el trabajador, pues no se ha considerado que forman parte de la misma los rubros correspondientes a los subsidios de comisariato y de transporte, según lo dispuesto por el Art. 95 ib., lo que determina que los juzgadores de instancia no aplicaron el Art. 42 N.1 y el 95 del Código del Trabajo y el 35 N.14 de la Constitución Política de la República, al igual que los Arts. 17 y 78 del contrato colectivo de trabajo; por lo que es procedente la impugnación efectuada por el casacionista. CUARTO: La Sala considera que el voto salvado constante a fs. 16 y vta. del cuaderno de segunda instancia responde a la realidad procesal y se halla ceñido a la normativa social y laboral que rige en nuestro país, por lo que lo acoge en todas sus partes. En virtud de lo

manifestado, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia del Tribunal ad quem y acogiendo el recurso de casación confirma el fallo de primera instancia. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Isabel Abril Olivo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, 4 de julio del 2007.

f.) Secretario de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia.

No. 0128-06

JUICIO LABORAL QUE SIGUE VANESSA SAMANIEGO ROMERO CONTRA EL BANCO DE MACHALA S.A.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, 27 de abril del 2007; a las 08h00.

VISTOS: La parte demandada interpone recurso de casación en contra de la sentencia que ha expedido la Sala de lo Civil y Laboral de la Corte Superior de Machala el 31 de agosto de 2005, que revoca la sentencia de mayoría venida en grado y declara parcialmente con lugar la demanda propuesta por Vanessa Samaniego Romero en contra del Banco de Machala. Para resolver se considera: PRIMERO: La competencia de esta Sala se fundamenta en los artículos 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador, 613 del Código del Trabajo, 1 de la Ley de Casación y en razón del sorteo constante en autos. El recurso de casación fue admitido al trámite el 12 de enero del 2007, a las 08h35. SEGUNDO: El casacionista abogado Freddy Johnny Bello Sotomayor en su calidad de Procurador del Banco de Machala S.A., asevera que el fallo impugnado adolece de vicio de legalidad porque infringe los artículos: 590, 592 y 593 del Código del Trabajo y el Art. 23 del Décimo Quinto Contrato Colectivo suscrito entre el Banco de Machala S.A. y el comité de empresa de los trabajadores de la mencionada entidad. Funda su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Los principales aspectos de censura son: 2.1.- Errónea interpretación del Art. 23 del Décimo Quinto Contrato Colectivo, ya que se ha mandado a pagar al Banco de Machala por el rubro "Renuncia Voluntaria", una cantidad "simplemente absurda", otorgando a dicha disposición contractual un significado equivocado, opuesto a la real intención de la norma y de los contratantes. 2.2.- Indebida aplicación del Art. 590 (hoy 593) del Código de Trabajo, al aceptar como prueba el juramento deferido de la demandante, a pesar de existir dos documentos debidamente certificados que desmienten lo dicho por la actora en cuanto a su remuneración. 2.3.- Falta de aplicación del Art. 593 del Código de Trabajo, porque los certificados y documentos emitidos por el Banco de Machala (fjs. 60 y 61) no fueron tomados en cuenta ni valorados al dictar sentencia. TERCERO: Con el objeto de cumplir con el control de la legalidad, la Sala ha examinado los aspectos objeto de la censura en comparación con el ordenamiento jurídico vigente, sobre lo cual manifiesta: 3.1.- A fjs. 151 del segundo cuaderno del primer nivel se encuentra el Art. 23 del contrato colectivo que se refiere a la "Bonificación por retiro voluntario" de los trabajadores del Banco de Machala, que en su parte pertinente dice: "Art. 23.- BONIFICACION POR RETIRO VOLUNTARIO.- Cuando un trabajador en forma voluntaria se retire de laborar del banco y éste haya observado honradez durante el tiempo que haya laborado para el mismo se le entregará una Bonificación de acuerdo a la siguiente tabla … 5 a 10 años DOS SUELDOS + USD $ 10,oo por cada año de servicio". En consecuencia, interpretando literalmente el texto trascrito, que es lo suficientemente claro, por el rubro de "Bonificación por retiro voluntario" la actora debía recibir: Dos sueldos $ 260 x 2 = $ 520 más $ 10 x 6 años, 7 meses = 65, 30 lo cual da la suma total de $ 520 + $ 65,30 = 585,30. Pero como la actora ya ha recibido $ 520,00, la diferencia que se le adeudaría es: $ 585,30 – 520 =$ 65,30. Si se toma en cuenta que el contrato colectivo es ley para las partes tenemos que concluir que cuando su sentido es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (Art. 18, No. 1, inciso 1ro. del Código Civil). 3.2.- El Art. 590 (actualmente 593) del Código del Trabajo, señala que en los juicios laborales, el Juez y los tribunales deben referirse al juramento del trabajador cuantas veces éste necesite probar el tiempo de servicios y la remuneración percibida, siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto, capaz y suficiente para comprobar tales particulares. Al respecto, si bien es verdad que a fjs. 60 y 61 del primer cuaderno del primer nivel aparecen dos documentos elaborados por el Banco de Machala el 15 de noviembre del 2004, que han sido presentados el 23 de los mismos mes y año, no constituyen prueba válida, por cuanto lo hacen extemporáneamente, en cumplimiento a la orden del Juez del Trabajo constante en el No. 4 de la providencia expedida el 28 de junio del 2004, (fjs. 20) en donde se ha dispuesto que la parte demandada en el término de 24 horas remita al Juzgado o exhiba los roles de pago. No siendo idóneos los documentos antes señalados, es lícito que el Tribunal de alzada se haya referido al juramento deferido de la actora (fjs. 322) para fijar su remuneración en $ 260, luego de que el Banco de Machala no exhibió los roles de pago dentro del término que le fijó el Juez, infringiendo así el mandato del Art. 593 (actualmente 596) del Código del Trabajo. Por las razones antes expuestas, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se acepta parcialmente el recurso de casación presentado por la parte demandada, acogiendo la liquidación efectuada en el voto salvado de la Ministra abogada Bertha Romero Tandazo, liquidación a la que se hace mención en el No. 3.1 de este fallo.- Sin costas ni honorarios que regular.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 12 de la Ley de Casación, entréguese a la actora el 50% del valor de la caución rendida por la parte demandada. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfredo Jaramillo Jaramillo, Rubén Bravo Moreno y Ana Isabel Abril Olivo (Voto Salvado).

VOTO SALVADO DE LA SEÑORA MINISTRA MAGISTRADA DOCTORA ANA ISABEL ABRIL OLIVO.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, 27 de abril del 2007; a las 08h00.

VISTOS: Por cuanto mi criterio sobre este proceso es distinto del contenido en el fallo de mayoría, me aparto del texto a partir del numeral 3.1. inclusive, que debe decir: 3.1. El artículo 18 del Código Civil establece en su primera regla que "*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu[…]*", por lo que al analizar el artículo 23 del Décimo Quinto Contrato Colectivo, se debe estar a lo escrito en la estipulación contractual "*Cuando un trabajador en forma voluntaria se retire de laborar del Banco y éste haya observado honradez durante el tiempo que haya laborado para el mismo se le entregará una bonificación de acuerdo a la siguiente tabla: [...] 5 a 10 años Dos sueldos + USD$10,oo por cada año de servicio [....]*" disposición que matemáticamente graficada en la especie, considerando que la actora ha laborado 9 años, es: (2 x 260 + 10) x 9, en donde se obtiene el **multiplicador** de la ecuación que proviene de los dos sueldos sumado 10 dólares y el **multiplicando** del número de años que en el caso es de 9, con lo que numéricamente significa 530 x 9 = 4.770, advirtiendo que la conceptualización de la operación deviene de la ausencia de todo signo que separe los 3 elementos que por lo tanto quedan incluidos y se los coloca en el paréntesis para demostrar gráficamente esa inclusión, conformando la cantidad que ha de multiplicarse por el número de años que es 9, razonamientos que corroboran el considerando quinto del fallo recurrido y que por lo tanto es ratificado por la Sala. 3.2.- El Art. 590 (actualmente 593) del Código del Trabajo, señala que en los juicios laborales, el Juez y los tribunales deben referirse al juramento del trabajador cuantas veces éste necesite probar el tiempo de servicios y la remuneración percibida, siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto, capaz y suficiente para comprobar tales particulares. Al respecto, si bien es verdad que a fjs. 60 y 61 del primer cuaderno del primer nivel aparecen dos documentos elaborados por el Banco de Machala el 15 de noviembre del 2004, que han sido presentados el 23 de los mismos mes y año, no constituyen prueba válida, por cuanto lo hacen extemporáneamente, en cumplimiento a la orden del Juez del Trabajo constante en el No. 4 de la providencia expedida el 28 de junio del 2004, (fjs. 20) en donde se ha dispuesto que la parte demandada en el término de 24 horas remita al Juzgado o exhiba los roles de pago. No siendo idóneos los documentos antes señalados, es lícito que el Tribunal de alzada se haya referido al juramento deferido de la actora (fjs. 322) para fijar su remuneración en $260, luego de que el Banco de Machala no exhibió los roles de pago dentro del término que le fijó el Juez, infringiendo así el mandato del Art. 593 (actualmente 596) del Código del Trabajo. Por lo expuesto, la Primera Sala de lo Laboral y Social, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima el recurso de casación interpuesto por la institución demandada y declara la validez legal de la sentencia expedida por el Tribunal ad quem.- En virtud de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley de Casación, se entregará a la actora el valor total de la caución rendida por la demandada en el segundo nivel.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ana Isabel Abril Olivo (Voto Salvado), Alfredo Jaramillo Jaramillo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.- Quito, 4 de julio del 2007.

f.) Secretario de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia.

No. 0316-06

JUICIO LABORAL QUE SIGUE FAUSTO CAÑAZ ANDRADE CONTRA CERVEZAS NACIONALES C.A.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL

Quito, 24 de abril del 2007; a las 10h00.

VISTOS: La Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el 25 de abril del 2005 a las 14h00, dicta sentencia en el juicio que por reclamaciones de índole laboral sigue Fausto Cañaz Andrade contra la Compañía Cervezas Nacionales C.A., en la persona del Ing. Edgardo Báez y solidariamente contra la Compañía CASDACE S.A., al señor Arturo Cervantes R., Gerente General, sentencia que al ser notificada a las partes ha merecido el desacuerdo del Dr. Edgardo Báez Noguera, p.s.p.d. y p.l.d.q.r., de la Compañía Cervezas Nacionales C.A., quien interpone recurso de casación. Para resolver se considera: PRIMERO: La competencia de la Sala se encuentra establecida en el Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 613 del Código del Trabajo, 1 de la Ley de Casación y en virtud del sorteo de causas, cuya acta consta de autos. Este Tribunal mediante providencia de 6 de marzo de 2007 a las 10h00, analiza el recurso y lo acepta a trámite. SEGUNDO.- El recurrente afirma que el fallo impugnado infringe los Arts. 359, 38 y 42 # 3, 392, 394 y 413 del Código del Trabajo; 155, 156 y 158 de la Ley de Seguridad Social; Art. 35 # 11 de la Constitución Política de la República y el Art. 119 del Código de Procedimiento Civil. Menciona además como principales vicios de ilegalidad los siguientes: 2.1. Que el empleador no está obligado a indemnizar al trabajador que hubiere sufrido un accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando se hallare comprendido dentro del régimen del Seguro Social y protegido por éste; 2.2. Que la Ley de Seguridad Social establece la subrogación del IESS en la obligación patronal de responder por los riesgos del trabajo, cuando el trabajador ha sido asegurado al IESS; 2.3. Que en la sentencia se interpretan erróneamente normas de derecho, tales como el # 11 del Art. 35 de la Constitución Política de la República, al condenar a su representada por responsabilidad solidaria con el obligado principal; cuando se ha cumplido con la obligación de afiliar al actor al IESS, y de encontrarse al día en el pago de sus obligaciones; 2.4. Que el actor no observó el procedimiento de calificación del supuesto riesgo de trabajo por él sufrido, porque nunca fueron notificados con su reclamación, como tampoco ha existido la correspondiente denuncia de la enfermedad profesional, ante el Inspector del Trabajo y la comprobación de la veracidad de la denuncia por parte de dicha autoridad administrativa, ni de la Comisión Calificadora de Riesgos; 2.5.- Que ha existido aplicación indebida de los preceptos jurídicos aplicables para la valoración de la prueba, con lo que se ha infringido el Art. 119 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, que de una simple evaluación de enfermedad, supuestamente efectuada por un médico del

IESS, se pretende endilgarle una responsabilidad solidaria, y que se han desatendido las pruebas que obran de autos. TERCERO.- De la confrontación realizada por la Sala entre el recurso de casación, el fallo atacado y las normas jurídicas aplicables al caso previa revisión de los recaudos procesales en garantía de la legalidad del proceso, se concluye lo siguiente: 3.1.- El pago de indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional adquirida por el trabajador como producto de su desempeño, es procedente en el supuesto de que éste se encontrare desprotegido de las prestaciones que concede el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a sus afiliados. En el caso, el actor se encontró debidamente afiliado al ente asegurador, y por tanto, protegido por el paquete prestacional que brinda a sus asegurados, lo que le exime al empleador de responsabilidad al tenor de lo dispuesto en el Art. 353 (ex 359) del Código del Trabajo, encontrándose que el fallo de mayoría impugnado inaplica la norma jurídica mencionada. 3.2.- Los certificados conferidos por el Departamento de riesgos del Trabajo y Hospital Teodoro Maldonado Carbo de Guayaquil que corren de fojas 50 a 52 de los autos corresponden a exámenes médicos posteriores a la terminación de la relación laboral, y en ningún caso señalan que se trate de dolencias calificadas como enfermedad profesional. Es menester señalar que los trámites para la calificación y determinación técnico - médica de la enfermedad profesional, debieron realizarse ante la Comisión Calificadora de Riesgos, como lo ordena el Art. 376 del Código del Trabajo; y el trámite administrativo mediante denuncia ante el Inspector del Trabajo por disposición del Art. 386 ibídem, aspectos que no han sido cumplidos, conforme a las pruebas constantes en el proceso. 3.3.- La responsabilidad solidaria dispuesta en el Art. 35 numeral 11 de la Constitución Política de la República es aplicable para el caso de incumplimiento de una obligación patronal que no existe en el evento que se juzga, puesto que la empresa intermediaria cumplió con la obligación de afiliar al trabajador al IESS, como bien lo analiza el voto salvado del Dr. Rodrigo Saltos Espinoza. Por las razones expuestas, esta Primera Sala de lo Laboral y Social, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia de mayoría y acoge el voto salvado del Dr. Rodrigo Saltos Espinosa en todas sus partes.- Sin costas ni honorarios que regular.- Se llama la atención del Tribunal ad quem por haber aceptado con el carácter de caución, un documento bancario que sirve de garantía por tiempo definido, el mismo que no sirve para los fines y derechos procesales a protegerse.- Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Isabel Abril Olivo y Rubén Bravo Moreno.

Es fiel copia de su original.

Quito, 4 de julio del 2007.

f.) Secretario de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia.

No. 0466-06

JUICIO LABORAL QUE SIGUE JOSE SOLORZANO CONTRA UBESA S.A.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA LABORAL Y SOCIAL

Quito, 23 de abril del 2007; a las 08h40.

VISTOS: La Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Machala, el 19 de enero de 2006 a las 10h30, dicta sentencia en el juicio que por reclamaciones de índole laboral sigue Pedro José Solórzano contra la Compañía Standard Fruit Company y Unión de Bananeros Ecuatorianos UBESA, en contra de su Gerente General y representante legal Renato Acuña Delcore, sentencia que al ser notificada a las partes ha merecido el desacuerdo de Renato Acuña Delcore, representante de Standard Fruit Company o Unión de Bananeros Ecuatorianos S.A., UBESA, quien interpone recurso de casación. Para resolver se considera: PRIMERO: La competencia de la Sala se encuentra establecida en el Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 613 del Código del Trabajo, 1 de la Ley de Casación y en virtud del sorteo de causas, cuya razón consta de autos. Este Tribunal mediante providencia de 6 de marzo de 2007 a las 10h00, analiza el recurso y lo acepta a trámite. SEGUNDO: El recurrente afirma que el fallo impugnado infringe los Arts. 376, 377 y 397 del Código de Procedimiento Civil, Art. 592 del Código Laboral y Art. 277 del Código Penal vigente. Además dice que se ha omitido una solemnidad sustancial, cual es la citación con la demanda al demandado, numeral 4 del Art. 346 del Código de Procedimiento Civil. Funda su recurso en las causales 1 y 4 del Art. 3 de la Ley de Casación. Los principales aspectos que se mencionan como vicios de ilegalidad son: 2.1. Que se demanda a dos compañías diferentes y solo se cita a una de ellas, omitiéndose de esta forma una solemnidad sustancial. 2.2. Que ha alegado como excepción cosa juzgada, porque existe otro juicio, en que el mismo actor demanda a los mismos demandados, con los mismos reclamos, terminando con un acta de finiquito y acta de desistimiento de la acción, aceptada por el Juez que manda a archivar la causa. TERCERO: De la confrontación realizada por esta Sala del fallo objetado, el memorial de casación y las normas aplicables, con revisión de los recaudos en garantía de la legalidad del proceso, se encuentra lo siguiente: 3.1. El recurrente sostiene que se demanda a dos compañías distintas y diferentes y solo se cita a una de ellas, con lo que se omite la solemnidad 4ta., del Art. 346 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo de los recaudos procesales se observa que Standard Fruit Company es también conocida como la Compañía de Unión de Bananeros Ecuatorianos S.A. 3.2. En relación a lo dicho por el recurrente y constante en líneas anteriores, en el numeral 2.2, es preciso manifestar que desistir, según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas, significa "*abandonar una acción o un recurso...desistimiento..abandono o abdicación de un derecho...*". El Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, en la Sección 11a., Art. 373 [Facultad de separarse del recurso o instancia] instituye al desistimiento como una de

sus formas y en el Art. 377 (ex 386) establece que: "El que desistió de una demanda, no podrá proponerla otra vez contra la misma persona, ni contra las que legalmente la representan...". En la etapa probatoria, de fs. 19 del primer cuaderno consta efectivamente la demanda propuesta por Pedro José Solórzano contra Standard Fruit Company, reclamando expresamente su derecho a la jubilación patronal, y otros haberes, **por haber trabajado veintiséis años en dicha empresa, que en el acta de finiquito hecha ante el Inspector del Trabajo le han hecho un cálculo caprichoso de su tiempo de servicio y sus remuneraciones**. De esta demanda, a fs. 22 del cuaderno de primera instancia, consta el desistimiento de la acción y la petición de archivo de la misma; y a fs. 23, el reconocimiento de las firmas y rúbricas de esta renuncia legal, hecha ante la Jueza Segunda de Trabajo de El Oro, abogada Carmen Carchipullas A. y la Secretaria Lic. María Inés Jaramillo, desistimiento que en sentencia de 29 de octubre de 1999, las 17h19 es aceptado y aprobado en todas sus partes y ordenado su archivo, por la mencionada Jueza de primera instancia (fs. 24). 3.3. De estas copias certificadas y anexadas al proceso en calidad de pruebas de la parte demandada, se evidencia tanto la identidad de los litigantes, de la cosa y de la acción, lo que nítidamente concuerda con los requisitos de la excepción perentoria de cosa juzgada señalada por Guillermo Cabanellas, en su "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" (Tomo III, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003, pág. 617), que dice que la excepción perentoria de cosa juzgada "*... exige la concurrencia de tres requisitos para que pueda ser opuesta; a) identidad de las persona; b) identidad de cosas; c) identidad de acciones...*". En relación a esta figura el diccionario antes mencionado, dice: "**La excepción de cosa juzgada, o privilegiado argumento y alegato de que se puede valer un ex litigante contra el de igual especie, si pretende renovar lo ya juzgado definitivamente**." , tesis de la que se ha valido Renato Acuña Delcore, para hacer prevalecer sus intereses, pero que ha sido soslayada por los jueces inferiores, configurándose entonces la causal cuarta del Art. 3 de la ley de la materia, alegada por el recurrente, que es la "*omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis...*". En esta virtud, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia venida en grado y se desecha la demanda. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Abril Olivo, Rubén Bravo Moreno.
Es fiel copia de su original.

Quito, 4 de julio del 2007.

f.) Secretario de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia.

No. 145-2007

ACTORA: Mercedes Agripina González Bermeo.

DEMANDADOS: Piedad, Esmeralda, Rufo Augusto e Inda Picón Tuesta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

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

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 de 2005, publicada en el R. O. No. 165 de 14 de diciembre del mismo año. La actora Mercedes Agripina González Bermeo interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada por la Corte Superior de Justicia de Napo, en el juicio ordinario que, por prescripción adquisitiva de dominio sigue contra Piedad, Esmeralda, Rufo Augusto e Inda Picón Tuesta. Fallo que confirma la sentencia del inferior y declara sin lugar la demanda. Encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, se considera: PRIMERO: Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa, en virtud del mandato constitucional constante en el Art. 200 de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el Art. 1 de la Codificación de la Ley de Casación. SEGUNDO: Previamente a resolver el recurso de casación interpuesto por la accionada, la Sala se pronuncia sobre el escrito presentado por Ruth Esmeralda Picón Tuesta, en la calidad de procuradora común de los demandados el 21 de mayo de 2003, a las 15h00, en el que solicita se declare el abandono de la causa, al amparo de lo dispuesto en el Art. 210.1 reformado de la Ley Orgánica de la Función Judicial, publicado en el R. O. S. 201 de 25 de noviembre de 1997. En la especie, la figura del abandono que en nuestro sistema legal está tratada en los artículos 380 y siguientes de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, así como en el artículo innumerado a continuación del artículo 210 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, es conocido en la doctrina como caducidad o perención de la instancia. Se estima que el recurso de casación es un verdadero proceso, por lo que se estaría ante la posibilidad del abandono del proceso de casación o de la instancia de casación. Y si el Tribunal de Casación declara el abandono, éste deberá disponer el archivo de la causa o instancia de casación, es decir, el proceso relativo a este recurso, pero en ningún caso podría declarar el abandono de la causa o instancia o de lo actuado ante los juzgadores inferiores, por cuanto ya existe una sentencia ejecutoriada, pasada en autoridad de cosa juzgada, la que no puede ser anulada sino por una sentencia de mérito del Tribunal de Casación, mas no por un auto interlocutorio que declara el abandono. La caducidad o abandono de una instancia de casación, se produce por la inactividad de los sujetos procesales, produciendo la extinción de la relación procesal, en la causa o instancia de casación, mas no extingue la acción. Para que opere la caducidad o el abandono del recurso de casación se requiere el transcurso de un determinado lapso de tiempo y la inacción procesal. El artículo innumerado a continuación del artículo 210 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, establece el transcurso de tiempo de dos años, que parte de la última diligencia practicada o solicitud de las partes presentada. En el presente caso, la última petición presentada a la Sala corresponde al 4 de octubre de 2006, encontrándose que, a la presente fecha, no ha transcurrido el

plazo de dos años previsto en el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 210 de la Ley Orgánica de la Función Judicial en concordancia con los Arts. 380 y siguientes de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, en consecuencia se niega la petición de abandono solicitada por la procuradora común de los actores. TERCERO: En lo principal, la recurrente sostiene que se han violado las siguientes disposiciones: Arts. 220, 248, 262 y 871 del Código de Procedimiento Civil; y, Art. 2434 del Código Civil vigentes a la época de interposición del recurso y fundamenta su recurso en la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación. CUARTO: La Corte Suprema de Justicia en reiteradas resoluciones ha expresado que constituye obligación inexorable de quien recurre en casación, establecer de forma clara y específica la violación o violaciones que asegura se han producido, ya sea en las normas sustantivas o adjetivas, así como los precedentes jurisprudenciales obligatorios, unidos a las causales que basen sobre extra y mínima petita, y finalmente sobre las decisiones contradictorias o incompatibles, ya que el marco de acción del Tribunal de Casación está dado por la delimitación de la materia y los puntos a que el recurrente contrae su recurso, no pudiendo aceptarse válida una exposición de forma genérica e imprecisa. Así, la recurrente textualmente manifiesta: "*2.- CONCRESION DE LAS NORMAS DE DERECHO INFRINGIDAS Y LAS SOLEMNIDADES DE PROCEDIMIETNO OMITIDAS El Art. 2434 del Código Civil en su parte pertinente señala que quien alega la Prescripción Extraordinaria debe probar haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción el predio Casación por el lapso de quince años. Hecho que se encuentra...(sic)…/…En definitiva señores Ministros con esta actuación se violan algunas disposiciones legales como las establecidas en el Art. 220 del Código Adjetivo Civil, 262 del Código de Procedimiento Civil. 248 del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte señores Ministros el señor Abogado Virgilio Quimi jamás pudo haber conocido esta causa, por haber fallado en un juicio de perjurio que derivo de este juicio Ordinario violando así lo establecido en el art. 871 del Código de Procedimiento Civil…*", luego en el apartado 3 de su escrito, titulado: "*DETERMINACION DE LAS CAUSALES EN LAS QUE SE FUNDA EL RECURSO*", dice: "*Este Recurso de Casación lo fundamento en la causal 4 del art. 3 de la Ley de Casación, puesto que al dictar la sentencia tanto el juez inferior como la H. Corte superior no han valorado las pruebas aportadas por la actora…/…Además no se toma en cuenta al dictar la sentencia la prueba plena emanada a mi favor por parte de los mismos demandados…*" y concluye manifestando: "*La errónea interpretación del art. 2434 del Código Civil, cuando determina que para la prescripción extraordinaria se tomará en cuenta los quince años de posesión tranquila e ininterrumpida…*". La transcripción claramente permite establecer que el recurrente no ha determinado, singularizado o especificado qué tipo de violación se ha producido en las normas legales que estima infringidas, a lo que se une la falta de correspondencia de las normas invocadas como infringidas con la causal cuarta que el recurrente cita como fundamento de su recurso, careciendo de capacidad la Sala de Casación para suplir esta deficiencia, tanto más que la ley de la materia no prevé la casación de oficio. "*…la casación es un recurso eminentemente extraordinario, puesto que la ley prevé o determina los específicos motivos o circunstancias no sólo para la admisión sino también para la procedencia de este medio de impugnación. Y hemos afirmado, además que el carácter extraordinario de ese recurso produce como consecuencias ciertas limitaciones, que se proyectan en diferentes órbitas*" (Recurso de Casación Civil, Humberto Murcia Ballén, Tercera Edición, Librería El Foro de la Justicia, Bogotá-Colombia, 1983, pág. 25). QUINTO: Como ha quedado antes dicho, la casacionista fundamenta su recurso en la causal cuarta del Art. 3 de la ley de la materia, que dispone: "*Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis*"; causal conocida por la doctrina y jurisprudencia como causal de incongruencia que se configura cuando el Juez de instancia otorga más de lo pedido por una de las partes (*Ultra petita*) o cuando el Juez confiere algo diferente a lo solicitado (*Citra petita*), y por último, cuando el Juez concede menos de lo pedido (*Infra petita*). El Art. 273 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil dispone: "*La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella*". Por lo tanto, al Juez le está absolutamente vedado decidir en la sentencia puntos diversos de los que constan en la traba de la litis; no puede introducir punto alguno que no fuera materia exclusiva de la resolución. En la especie, las normas que la recurrente afirma han sido infringidas en la sentencia recurrida, Arts. 220, 248, 262 del Código de Procedimiento Civil, de su texto se aprecia que se trata de normas procesales que tienen que ver con la valoración de la prueba y que por tanto no corresponden a la causal cuarta. Por otra parte, la norma del Art. 2434 del Código Civil, que según el impugnante ha sido también infringida en la sentencia recurrida, también es una disposición ajena a la causal cuarta, igual cosa ocurre con la norma contenida en el Art. 871 del Código de Procedimiento Civil. Por tanto, la Sala no puede entrar a conocer las violaciones imputadas a la sentencia en relación con la causal 4ta. invocada por la recurrente por no estar debidamente fundamentada conforme la Ley de Casación. SEXTO: Por último, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 6 de la Ley de Casación, la recurrente está obligada a determinar los fundamentos en los que se apoya el recurso, pues, sin fundamentación, esto es sin razonar las infracciones denunciadas, no existe fundamentación. Esta fundamentación no se realiza en el recurso que se examina, puesto que la recurrente se limita a decir que: "*4.- ESPECIFICACION DE LA FUNDAMENTACION DEL RECURSO La errónea interpretación del Art. 2434 del Código Civil, cuando determina que para la prescripción extraordinaria se tomará en cuenta los quince años de posesión tranquila e ininterrumpida sin violencia…/…*". En consecuencia, no es admisible el recurso de casación cuando quien lo interpone se limita a afirmar que ha existido errónea interpretación de una norma procesal; puesto que la sola consideración de esta violación sin el debido fundamento no es razón suficiente para entrar a conocer el recurso. En el caso que es materia de esta resolución, no realiza la recurrente la fundamentación del recurso en la forma expresada en la jurisprudencia de las distintas salas de Casación y la ley. Sin necesidad de otras 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 recurrida, por falta de base legal. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Ramón Jiménez Carbo y Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces y Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

Certifico que las tres copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 165-2000 F.I. (Resolución No. 145-2007) que, sigue Mercedes Agripina González Bermeo contra Piedad, Esmeralda, Rufo Augusto e Inda Picon Tuesta.

Quito, junio 28 del 2007.

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

No: 153-2007

ACTORES: Edmundo Malo Harris y María Eulalia Pozo Vega.

DEMANDADOS: Ruth Castro Piedra viuda de Hermida y sus hijos Fabiola Lucía y Pedro Mauricio Hermida Castro.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 25 de abril del 2007; a las 10h00.

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 de 2005, publicada en el R. O. No. 165 de 14 de diciembre de 2005. En el juicio ordinario que por nulidad de contrato de compraventa de un inmueble, sigue Edmundo Malo Harris y María Eulalia Pozo Vega, en contra de Ruth Castro Piedra viuda de Hermida y sus hijos Fabiola Lucía y Pedro Mauricio Hermida Castro, la Tercera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Cuenca, en fallo de mayoría, rechaza los recursos de apelación interpuestos y confirma en todas sus partes la sentencia del Juez Quinto de lo Civil de Cuenca, que declara sin lugar la demanda, y la reconvención, y ordena el archivo de la causa. Como el juicio se encuentra en estado de resolución, para hacerlo, se considera: PRIMERO: La Sala es competente para conocer el recurso de casación interpuesto por Edmundo Malo Harris y María Eulalia Pozo Vega, en virtud de lo dispuesto en el Art. 200 de la Constitución Política de la República, en relación con el Art. 1 de la Codificación de la Ley de Casación, y puesto que el juicio fue sorteado el 7 de enero de 2004, habiéndose admitido a trámite y calificado el recurso mediante auto de 26 de julio de 2004, por considerar que cumple con los requisitos de procedencia, legitimación y de formalidades que prescribe el Art. 6 de la Codificación de la Ley de Casación, en concordancia con el artículo 2, 4 y 5 ibídem, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 299 de 24 de marzo de 2004. SEGUNDO: En el recurso de casación interpuesto por Edmundo Malo Harris y María Eulalia Pozo Vega, se expresa que en la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca ha existido violación, por errónea interpretación, de las siguientes normas: Arts. 1484 (actual 1457) y 1487 (actual 1460) del Código Civil referentes al contrato oneroso o conmutativo, y a la naturaleza de las cosas en cada contrato; Arts. 1724 (actual 1697) y 1725 (actual 1698) del Código Civil, referentes a la nulidad absoluta y relativa; y, Arts. 1759 (actual 1732), 1774 (actual 1747) y 1775 (actual 1748) del Código Civil, referidos, el primero, a la compraventa y los dos siguientes al precio. Consideran que en el fallo recurrido existe: "…errada interpretación de las pruebas…" con violación del Art. 119 (actual 115) del Código de Procedimiento Civil. Basan su recurso en el Art. 2, inciso primero, y en el Art. 3 numerales 1 y 3 de la Codificación a la Ley de Casación. TERCERO: Los fundamentos en que apoyan el recurso son: 3.1. Que existe una errada interpretación de las normas de derecho antes mencionadas, las cuales se refieren al contrato oneroso y conmutativo o aleatorio; a la nulidad absoluta y relativa; al contrato de compraventa, al precio y a la apreciación de la prueba en su conjunto. 3.2. Los recurrentes pretenden que se declare nulo y sin valor alguno el contrato de compraventa contenido en la escritura pública celebrada el 28 de octubre de 1991 mediante la cual vendieron a favor de la señora Ruth Castro Piedra un inmueble en la ciudad de Cuenca denominado "Chiflón", y como parte de pago la mencionada compradora debía transferirles el dominio de otro inmueble ubicado en la Av. Paucarbamba, sector Las Chirimoyas de la ciudad de Cuenca. CUARTO: Los recurrentes manifiestan que el precio de la compraventa del inmueble de cuya escritura se pide la nulidad, resultó ficticio, irreal, indeterminado: "porque se lo mencionó y no se lo cumplió". Es procedente entonces, analizar si la sentencia recurrida ha infringido los artículos relativos a la compraventa y al precio, invocados por los recurrentes. En el acápite séptimo de la sentencia recurrida se expresa que, en base a la confesión judicial rendida por el señor Edmundo Malo Harris (fs. 476 vta.), el precio que se pactó por el inmueble del contrato de compraventa cuya nulidad se demanda, fue de cuarenta millones de sucres; y, que dicho pago se realizó, parte con dinero en sucres, parte en dólares, con una camioneta y un inmueble en la Av. Paucarbamba de la ciudad de Cuenca, conforme se desprende de la confesión judicial rendida por la señora Ruth Castro (fs. 351 del proceso). Del mismo modo, su acápite sexto establece que en el término probatorio, los actores no presentaron la copia escrituraria que contiene el contrato cuya nulidad demandan, por lo que la Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca acepta la excepción de negativa de los fundamentos de la demanda. El acápite séptimo del mencionado fallo, expresa que de las constancias procesales se llega a la conclusión que el señor Edmundo Malo Harris recibió el precio directamente de su comprador, el difunto Hernán Hermida, y que éstos, es decir ambos a la vez, lo recibieron de la Unión Nacional de Periodistas. Por último, se expresa en el mismo acápite, que la Presidenta de dicho gremio señala que la señora Ruth Castro Piedra, Fabiola Lucía y Pedro Mauricio Hermida Castro han hecho ya el traspaso de la propiedad a la mencionada institución, por lo que la Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, acepta también la excepción de falta de derecho de los actores. En el acápite octavo de la sentencia recurrida, se establece que lo que ha habido en el contrato: "…es simulación relativa en cuanto al precio, pues éste en realidad no ha sido en SIETE MILLONES CIEN MIL SUCRES... sino en aproximadamente cuarenta millones de sucres o treinta y seis millones de sucres, con lo que se ha evadido el pago de gran parte de derechos y tributos, y no se manda a liquidar éstos, en razón de que por el tiempo transcurrido, han prescrito, sin que dicha simulación pueda ser causa de nulidad válida para ser

alegada por las partes, por haber intervenido en el acto a sabiendas de que perjudicaban a la Municipalidad". En conclusión, la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, rechaza el recurso de apelación de los ahora recurrentes y acoge las excepciones de falta de derecho y negativa de los fundamentos de la demanda. QUINTO: La Sala considera que en la sentencia recurrida no ha existido errónea interpretación de los siguientes artículos del Código Civil: 1484 (actual 1457) y 1487 (actual 1460) referentes al contrato oneroso y conmutativo, y a los elementos que son de la esencia, naturaleza y accidentales de los contratos, ya que en el caso sí existió contrato debidamente otorgado. Tampoco existe errónea interpretación de los Arts. 1724 (actual 1697) y 1725 (actual 1698), referentes a la nulidad absoluta y relativa, ni del Art. 1759 (actual 1732) referido a la compraventa, puesto que el contrato fue válidamente celebrado. Tampoco existe errónea interpretación de los Arts. 1774 (actual 1747) y 1775 (actual 1748) referidos al precio, porque tal como lo menciona la sentencia recurrida, lo que existe es una simulación en cuanto al precio, como queda señalado en el considerando anterior. SEXTO: En mérito de los precedentes razonamientos y sin que sean necesarios otros, al no haberse comprobado en la sentencia recurrida la violación de las normas de derecho invocadas por los recurrentes que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia para que proceda la casación, 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, desecha el recurso de casación interpuesto por el señor Edmundo Malo Harris y María Eulalia Pozo Vega, por falta de fundamento legal. Devuélvase el proceso y cúmplase con lo ordenado en el Art. 19 de la Ley de Casación. Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Dr. Ramón Jiménez y Dr. Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces, f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

Certifico que las tres copias que anteceden son tomadas de su original, constante en el Juicio No. 09-2004-k.r. (Resolución No. 153-2007), que por nulidad de compraventa sigue: Edmundo Malo Harris y María Eulalia Pozo Vega contra Ruth Castro Piedra viuda de Hermida y sus hijos Fabiola Lucía y Pedro Mauricio Hermida Castro.

Quito, 28 de junio de 2007.

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

No. 159-2007

ACTORES: Aurora Adelma Encalada viuda de Encalada, Santos Marcos, Angel Fernando, Quintiliano Darío, Digna Orfelina, Carmita de Jesús, Narcisa de Jesús, Edith Imelda, Dionisio Victoriano, Victoria Avelina, María Eudolina, Enma Cecilia y María Margarita Encalada Encalada.

DEMANDADOS: Santos Tomás Encalada Encalada y Esther Maza Mora.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, mayo 2 del 2007; a 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 de 2005, publicada en el Registro Oficial No. 165 de 14 de diciembre del mismo año. En lo principal, en el juicio de nulidad de sentencia que siguen Aurora Adelma Encalada viuda de Encalada, Santos Marcos, Angel Fernando, Quintiliano Darío, Digna Orfelina, Carmita de Jesús, Narcisa de Jesús, Edith Imelda, Dionisio Victoriano, Victoria Avelina, María Eudolina, Enma Cecilia y María Margarita Encalada Encalada, en contra de Santos Tomás Encalada Encalada y Esther Maza Mora, con el fin de que se declare la nulidad absoluta de la sentencia del juicio de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en el cual mediante sentencia pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Loja se confirma en todas sus partes el fallo pronunciado por el Juez Décimo Sexto de lo Civil de Loja con sede en Celica, que rechaza la demanda y declara que no cabe la nulidad de la sentencia toda vez que la misma ha sido ya ejecutada. Como el juicio se encuentra en estado de resolución, para hacerlo, se 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, que está en relación con el Art. 1 de la Ley de Casación, pues el juicio fue sorteado el 26 de agosto de 2002, habiéndose admitido al trámite y calificado el recurso mediante auto de 2 de octubre de 2002, por considerar que cumple con los requisitos de procedencia, legitimación y oportunidad que establecen los Arts. 2, 4 y 5 y las formalidades previstas en el Art. 6 de la Ley de Casación. SEGUNDO: El recurso de casación tiene lugar dentro del juicio de nulidad de sentencia que sigue Santos Marcos Encalada Encalada por sus propios derechos y como procurador común de su madre Aurora Adelma Encalada y de sus hermanos en contra de Santos Tomás Encalada Encalada y Esther Maza Mora, éstos dos últimos quienes adquirieron el dominio o propiedad sobre los predios Piedra Grande, Naranjapamba, y tres lotes de terreno rústicos ubicados en el sitio Porotillo de la parroquia Pózul, cantón Celica, provincia de Loja, por prescripción adquisitiva de dominio. El recurrente Santos Marcos Encalada Encalada, manifiesta que se han infringido las normas contempladas en las siguientes disposiciones: Art. 23, numerales 23 y 27; Art. 24, numeral 17 y Art. 30 de la Constitución Política; Arts. 9, 10, 736 (actual 717), 738 (actual 719), ordinal 3º; 740 (actual 721), 743 (actual 724), 745 (actual 726), 746 (actual 727) y 747 (actual 728) del Código Civil. Funda su recurso en las causales 1ª y 3ª de la Ley de Casación, alegando que existe falta de aplicación del Art. 23 numeral 27 de la Constitución que dispone: "El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones", disposición que concuerda con el Art. 24 numeral 17, que dispone: "Toda persona

tendrá 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". El demandado en el juicio de prescripción extraordinaria de dominio, en ningún momento manifiesta que la propiedad pertenece a la sucesión intestada Encalada-Encalada; sólo indica, que está en posesión de las propiedades referidas y que se proceda a citar por la prensa por desconocer el domicilio, tanto de la madre como de los hermanos, afirmación que la hace bajo juramento, sin mencionar la relación consanguínea. Este hecho, -afirma el recurrente-, fue ratificado por la Sala ad quem a pretexto de la disposición legal contenida en el Art. 305 (actual 301) del Código Adjetivo Civil, la cual según el recurrente es inaplicable porque infringe las disposiciones constitucionales que quedan señaladas. Además se afirma que no se ha aplicado los Arts. 9 y 10 del Código Civil. Inclusive se ha seguido un juicio penal en contra de los demandados por actuar en forma dolosa, ya que éstos pidieron que se cite por la prensa a los actores y, aunque conociendo su domicilio, juraron desconocerlo, en el juicio de prescripción. Existiría además -según el recurrente-, falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba y que no fue apreciada en su conjunto como lo prevé el Art. 119 (actual 115) del Código de Procedimiento Civil, lo cual ha conducido -en su opinión- a que no se apliquen las normas contenidas en los Arts. 736 (actual 717), 738 (actual 719) ordinal 3º, 740 (actual 721), 743 (actual 724), 745 (actual 726), 746 (actual 727) y 747 (actual 728) del Código Civil, disposiciones que configuran la nulidad de la sentencia, pues el Art. 736 (actual 717) trata de la buena fe de la posesión y se ha probado lo contrario. Además recalca el recurrente Santos Marcos Encalada Encalada, que la posesión que está ratificando la Sala fue violenta y clandestina (fs. 116 cuaderno de segunda instancia), y como tal no pudo ser tomada en cuenta para la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Finalmente, continúa manifestando el casacionista, que la posesión ratificada y reconocida por la H. Sala es un desconocimiento absoluto, una violación flagrante a todo el Libro Tercero del Código Civil, en lo que se refiere a la sucesión abintestato y que se desconoce la herencia de doce hermanos y de una madre arrebatada de sus gananciales (fs. 116 cuaderno de segunda instancia). TERCERO: Los bienes cuya prescripción demandaron el heredero Santos Tomás Encalada Encalada y Esther Maza Mora, son los denominados "Piedra Grande", "Naranjapamba", y los lotes ubicados en el sitio "Porotillo", de la parroquia Pózul, cantón Celica, provincia de Loja, prescripción que fue declarada por el Juez Décimo Sexto de lo Civil con sede en Celica, disponiéndose su inscripción en el Registro de la Propiedad. Las propiedades se encuentran en la parroquia Pózul, y fueron inscritas con fecha 29 de julio de 1993, con el Nº 102 del Registro, conforme certificado de la Registradora de la Propiedad fs. 83. CUARTO: Para efectos de la prescripción extraordinaria de dominio, los demandantes Santos Tomás Encalada Encalada y su esposa Esther Maza Mora, a cuyo favor se dio dicha prescripción, argumentaron ser poseedores por más de dieciocho años de los predios "Piedra Grande", "Naranjapamba" y tres lotes de terrenos rústicos ubicados en el sitio Porotillo, de la parroquia Pózul del cantón Celica, posesión que dicen mantuvieron en forma pacífica, tranquila e ininterrumpida con ánimo de señores y dueños. Sin embargo para efectos de la demanda, bajo juramento manifestaron desconocer el domicilio de los demandados, los cuales eran su madre y sus hermanos, citándoles así por la prensa en la ciudad de Loja, citación de la cual nunca tuvieron conocimiento los demandados en el juicio de prescripción. QUINTO: El Art. 305 (actual 301) del Código de Procedimiento Civil dispone que no se puede pedir la acción de nulidad de sentencia cuando está ejecutada. La jurisprudencia confirma y ratifica este precepto cuando afirma que: "Es necesario señalar que una de las prohibiciones para el ejercicio de la acción de nulidad previstas en el ordinal primero del Art. 305 del Código de Procedimiento Civil corresponde al caso en que la sentencia ha sido ya ejecutada. Para una mejor comprensión, cabe distinguir la sentencia ejecutoriada de la ejecutada. La primera se produce por una cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 300 (actual 296). La segunda equivale a poner la sentencia en acción, como su propia expresión lo indica: ejecutarla, a fin de que su decisión tenga imperio en el derecho de la parte que le fue favorable" (Gaceta Judicial, Año LXXXIX, Serie XV, Nº 5, pág. 1338). En la presente causa la sentencia se encuentra ejecutada al quedar inscrita en el Registro de la Propiedad el 29 de julio de 1993, por lo que no procede la acción de nulidad solicitada. Por las consideraciones 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, no casa la sentencia pronunciada el 7 de mayo de 2002 por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Loja. Sin costas. Publíquese y notifíquese.

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 tres copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el juicio ordinario N° 188-2002 B.T.R. (Resolución No. 159-2007) que, por nulidad de sentencia sigue Aurora Adelma Encalada Viuda de Encalada, Santos Marcos, Angel Fernando, Quintiliano Darío, Digna Orfelina, Carmita de Jesús, Narcisa de Jesús, Edith Imelda, Dionisio Victoriano, Victoria Avelina, María Eudolina, Enma Cecilia y María Margarita Encalada Encalada contra: Santo Tomás Encalada Encalada y Esther Maza Mora.

Quito, junio 28 del 2007.

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

No. 170-2007

ACTORES: José Vivanco Quevedo y Desidora del Rosario Carrión.

DEMANDADA: Teresa Vivanco de Vivanco.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 8 de mayo del 2007; a las 10h00.

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 de 2005, publicada en el R. O. No. 165 de 14 de diciembre de 2005. En lo principal, Teresa Vivanco de Vivanco, por sus propios derechos y en su calidad de procuradora común de la parte demandada, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 28 de junio de 1999 por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Loja que, confirma en todas sus partes la dictada por el Juez Séptimo de lo Civil de Loja quien acepta la demanda ordinaria de reivindicación iniciada por José Vivanco Quevedo y Desidora del Rosario Carrión. Del Art. 3 de la Ley de Casación, la recurrente invoca la causal 1ª por falta de aplicación de los Arts. 67, 111 y 134 de la Ley de Reforma Agraria y Arts. 9, 10, 1724, 1725 y 1726 del Código Civil; asimismo, invoca la causal 3ª por aplicación indebida de los Arts. 118 y 119 del Código de Procedimiento Civil; finalmente, señala la causal 4ª por cuanto en la sentencia se estaría resolviendo lo que no fue materia del litigio contraviniendo de esa manera lo prescrito en el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil. Encontrándose el juicio 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 20 de septiembre de 1999 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 14 de diciembre de 1999, las 09h30. SEGUNDO: La recurrente ha acusado las causales primera, tercera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación, por lo que según la técnica jurídica, corresponde a este Tribunal analizarlas y resolverlas en el siguiente orden lógico: a) la causal cuarta, b) la causal tercera y, c) la causal primera. TERCERO: La causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación se refiere a la resolución, en la sentencia impugnada, de lo que no fuere materia del litigio (*ultra petitio*) u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis (*infra petitio*). En la especie, la recurrente considera que la sentencia impugnada, que confirmó la dictada por el Juez a-quo en que se estableció el derecho de los demandados a que se les reconozcan las mejoras introducidas en el inmueble cuya reivindicación se demanda, resuelve algo que no fue materia de la litis. Sin embargo, este Tribunal ha verificado que en la contestación a la demanda (fs. 14 y 14 vta. del expediente de primera instancia), la parte demandada señala que se introdujeron mejoras en los inmuebles reivindicados y las enumera; que a fs. 38 de dicho expediente la parte demandada solicitó el avalúo de las mejoras de buena fe introducidas en los lotes controvertidos; y, que en el informe pericial que obra a fs. 120 y 121 del mismo expediente, se establecen y valoran las mejoras conforme lo solicitaron las partes, en tal virtud, de conformidad con el actual Art. 953 del Código Civil, los poseedores vencidos tendrían derecho a que se les abone las mejoras útiles, conforme lo decretó el Juez a-quo en su sentencia, por lo que el cargo analizado en este considerando se lo rechaza. CUARTO: En cuanto a la alegada aplicación indebida de los Arts. 118 y 119 (actuales Arts. 114 y 115, respectivamente) del Código de Procedimiento Civil, esta Sala observa que el anterior Art. 118 no es un precepto jurídico que deba aplicar el Juez a la valoración de la prueba, sino una norma de procedimiento relativa a la carga de la prueba que deben observar los litigantes, por lo que la recurrente equivoca la causal invocada al respecto y este Tribunal, por el carácter formalista, dispositivo y restrictivo del recurso de casación, se encuentra impedido de analizar causales no alegadas ni errores en la sentencia no invocados. Por su parte, el anterior Art. 119 del Código de Procedimiento Civil tampoco contempla un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba como lo explica el criterio vertido por la Corte Suprema de Justicia al decir que "*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 la tarifa legal. Esta soberanía significa que el mérito valorativo que de tales medios desprenda el Tribunal de Instancia o su desestimación al considerarlos 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 desconozca la evidencia manifiesta que de ellos aparezca. El artículo 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 lo tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado*" (Sentencia de 31 de octubre de 1995, publicada en la Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 4, págs. 894 a 895, citada por Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil* en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, pág. 152), criterio que comparte esta Sala. Por lo anotado en este considerando, se niega el cargo analizado. QUINTO: En cuanto a la alegación de la causal 1ª por una supuesta falta de aplicación de los Arts. 67, 111 y 134 de la Ley de Reforma Agraria, esta Sala realiza el siguiente análisis: 1) Consta a fojas 14 del expediente de primera instancia que los demandados reconvienen a los actores alegando la nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado el 24 de julio de 1991 entre Ibelia Quevedo Carrión y el actor José de Jesús Vivanco Quevedo, que les habría otorgado el dominio en base al cual demandan la reivindicación de los lotes materia del litigio. 2) La regla 18ª del actual Art. 7 del Código Civil establece que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. 3) A la época de la celebración del mencionado contrato de compraventa se encontraba vigente la Ley de Reforma Agraria (actualmente derogada por la Ley –No. 54- de Desarrollo Agrario publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 461 de 14 de junio de 1994) cuyo Art. 67 establecía en su parte pertinente que "*El IERAC (Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización) autorizará la transferencia del minifundio, únicamente cuando ésta sea a favor de uno de los colindantes o con fines de integración asociativa (…)*", al respecto, en la especie no se encuentra demostrado que los lotes cuya reivindicación se demanda hayan tenido la calidad de minifundios en los términos que

lo establecía el Art. 66 de la derogada Ley de Reforma Agraria -*Se entiende por minifundio la unidad de explotación de tierras rústicas cuya superficie no permita: 1. El empleo de la capacidad productiva de la familia campesina; 2. La generación de un excedente agropecuario comercializable; y, 3. La obtención de un nivel de ingresos compatibles con las necesidades vitales de la familia*- de manera que la aplicabilidad del Art. 67 de la derogada ley en la especie, debía ser alegada partiendo del hecho comprobado que aquellos terrenos eran minifundios, de lo cual no existe constancia probatoria en el proceso. 4) Por su parte el Art. 111 de la derogada Ley de Reforma Agraria, disponía que "*Cuando se trate de transferir tierras que el vendedor hubiese adquirido directamente del IERAC, los notarios exigirán la autorización de esta entidad. En la transferencia de dominio de tierras rústicas de cualquier origen, el notario agregará a la respectiva escritura el Certificado del Registrador de la Propiedad, correspondiente a los últimos quince años. El Registrador de la Propiedad no inscribirá tales títulos, si no se llenaren estas formalidades*", texto legal del cual se desprende que la autorización del IERAC no era un requisito ni una solemnidad para la validez del contrato de compraventa de inmuebles -*como lo es la capacidad de las partes, el consentimiento libre de vicios, la causa lícita, el objeto lícito y el otorgamiento del contrato mediante escritura pública por tratarse de inmuebles*- sino un requisito habilitante de la escritura de compraventa de inmuebles adjudicados por dicha entidad y que debía ser exigido por el notario respectivo, al igual que el certificado del Registrador de la Propiedad de los últimos quince años, y cuya omisión impedía su inscripción en el Registro de la Propiedad respectivo, siendo ésta la sanción prevista en la norma y no la nulidad, como sostiene la recurrente. 5) Si bien el Art. 134 de la derogada Ley de Reforma Agraria, disponía que sería nulo "*…y de ningún valor todo acto o contrato que se comprobare fue realizado para evadir el cumplimiento de esta Ley, sin perjuicio de la sanción penal correspondiente*", en la especie, como se ha establecido en los numerales 3 y 4 de este considerando, no se advierte que el contrato de compraventa de 24 de julio de 1991 entre Ibelia Quevedo Carrión y el actor José de Jesús Vivanco Quevedo se haya celebrado con el objeto de evadir el cumplimiento de la derogada Ley de Reforma Agraria. Por lo expresado en este considerando se rechazan los cargos analizados. SEXTO: No existiendo vicio que invalide el contrato de compraventa celebrado el 24 de julio de 1991 entre Ibelia Quevedo Carrión y el actor José de Jesús Vivanco Quevedo, como se ha establecido en el considerando que antecede, no procedía en la especie la aplicación de los actuales Arts. 9 y 10 del Código Civil que se refieren a la nulidad de los actos prohibidos por la ley y a la ilegalidad de los actos nulos; y, tampoco resulta pertinente la aplicación de los anteriores Arts. 1724, 1725 y 1726 del Código Civil, que abarcaban el tema de la nulidad absoluta de los actos o contratos, razón por la cual se rechaza el cargo respecto de dichas normas sustantivas. Sin ser necesario abundar en otras consideraciones y vistas las que se han expuesto, 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, rechaza el recurso de casación interpuesto por Teresa Vivanco de Vivanco, por sus propios derechos y en su calidad de procuradora común de la parte demandada. Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Dr. Ramón Jiménez Carbo y Dr. Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces.- f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

Certifico que las cuatro copias que anteceden son tomadas de su original, constante en el juicio No. 229-99-k.r. (Resolución No. 170-2007), que por reivindicación sigue: José Vivanco Quevedo y Desidora del Rosario Carrión contra Teresa Vivanco de Vivanco.

Quito, 28 de junio de 2007.

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

No. 173-2007

ACTOR: Licenciado Remigio Aguirre Vargas, en calidad de Gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Educadores de El Oro Ltda. COOPEDUCORO.

DEMANDADO: Segundo Vásquez Illescas, Secretario General de la Federación Provincial de Trabajadores de El Oro filial de la Central de Trabajadores del Ecuador.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 10 de mayo del 2007; a las 10h15.

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 de 2005, publicada en el R.O. No. 165 de 14 de diciembre del mismo año. Segundo Vásquez Illescas interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Machala, en el juicio verbal sumario que, por terminación de contrato de arrendamiento sigue Licenciado Remigio Aguirre Vargas, en la calidad de Gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Educadores de El Oro, Ltda. COOPEDUCORO, contra Segundo Vásquez Illescas, Secretario General de la Federación Provincial de Trabajadores de El Oro filial de la Central de Trabajadores del Ecuador. Fallo que confirma la sentencia del inferior y declara con lugar la demanda. Encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, se considera: PRIMERO: Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa, en virtud del mandato constitucional constante en el Art. 200 en concordancia con el Art. 1 de la Codificación de la Ley de Casación y se ha radicado la competencia por sorteo de 19 de febrero de 2001. SEGUNDO: El recurrente sostiene que se han violado las siguientes disposiciones: Arts. 117, 119 y 179 del Código de Procedimiento Civil vigente a la época de interposición del recurso y fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: Estudiado el recurso de casación interpuesto (fs. 4 a 4 vta. del cuaderno de segunda instancia) por parte de la Sala se encuentra que

dicho recurso, no reúne los requisitos y las precisiones que la ley, la doctrina y la jurisprudencia exigen para la procedencia. El recurso se fundamenta en las causales primera y tercera del Art. 3 de la ley de la materia y de manera generalizada sostiene "*2.- Las normas de derecho que se han infringido, son: El Art. 179 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto, las compulsas que obran de fs. 2 a 23 vta., no fueron conferidas por orden judicial y con citación o notificación…/… El Art. 117 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto, en mis excepciones planteadas se encuentran: …/… Art. 119 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la prueba que he aportado en el proceso, no ha sido apreciada en conjunto, ni se ha aplicado las reglas de la sana crítica…*" y concluye manifestando: "*3. Fundamento mi recurso de casación en las causales 1ra. y 3ra. del Art. 3 de la Ley de Casación, por cuanto hay una falta de aplicación de las normas de derecho que tengo indicado, así como la errónea interpretación de las normas procesales, conforme tengo fundamentado en forma explícita, clara y categórica*". Sin determinar en qué consiste la violación que acusa, ni precisar en qué causales de las invocadas en el recurso (primera o tercera), se producen las transgresiones de las normas que considerada infringidas. Las normas que el recurrente considera violadas en la sentencia, requieren ser precisadas de manera clara y sucinta, lo cual no sucede en el escrito de interposición y fundamento del recurso; pues, como bien lo señala la doctrina procesal, la casación es considerada como un recurso extraordinario y eminentemente formal "*…puede ser calificado de extraordinario este recurso; porque, en relación con los demás, sólo se autoriza por motivos preestablecidos, que, como veremos en su sazón, constituyen un numerus clausus, y que no pueden ser ampliados ni extendidos por interpretación analógica; y porque, además, y también en contraste con los recursos ordinarios, limita los poderes del Tribunal ad quem, obligado a decidir dentro del círculo que el recurso le traza y que no le es posible rebasar. c)…es reflejo de su condición pública: me refiero al rigor formal que campea en el régimen procesal de la casación, que, dirigida a conseguir sus fines propios, con indudable preferencia sobre los más secundarios que los particulares puedan perseguir, si pon un lado, como acabamos de ver, limita extraordinariamente los poderes del organismo jurisdiccional, por otro, condiciona acuciosamente la actividad de las partes*." (La Casación Civil, Manuel de la Plaza, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pág. 35). En tal virtud, el recurrente debe formular en forma correcta las causales primera, segunda y tercera en relación a las normas de derecho, normas procesales y preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que estime aplicados indebidamente, erróneamente interpretados o no aplicados, circunstancias que deben quedar expuestas en forma clara para que proceda el recurso. La mera enunciación de las causales no constituye fundamentación del recurso, si no va acompañada del análisis del vicio en relación con la norma de derecho, norma procesal y precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba. En la especie, el recurso de casación interpuesto no contiene estas precisiones; pues, no señala exactamente el vicio o vicios que han recaído en las normas de derecho y en las de procedimiento que ha señalado. Tampoco determina el recurrente en cual causal se ha producido los yerros que imputa a la sentencia. CUARTO: Por otra parte, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 6 de la Ley de Casación, el recurrente está obligado a determinar los fundamentos en los que se apoya el recurso, pues, sin fundamentación, esto es sin razonar las infracciones denunciadas, no existe fundamentación. Esta fundamentación no se hace en el recurso de casación interpuesto por el demandado, pues se limita a decir que "*3. Fundamento mi recurso de casación en las causales 1ra. y 3era. del Art. 3 de la Ley de Casación, por cuanto hay una falta de aplicación de las normas de derecho que tengo indicado, así como la errónea interpretación de las normas procesales,…*". En consecuencia, no es admisible el recurso de casación cuando quien lo interpone se limita a afirmar que ha existido falta de aplicación de normas de derecho y errónea interpretación de normas procesales; puesto que la sola consideración del recurrente de que no se ha valorado debidamente la prueba presentada, o no se ha tomado en cuenta lo que el recurrente, contrariamente al criterio del Juez, considera pertinente sin el debido fundamento no es razón suficiente para admitir el recurso. En el caso que es materia de esta resolución, no realiza el recurrente la fundamentación del recurso en la forma expresada en la jurisprudencia de las distintas salas de Casación y la ley. Sin necesidad de otras 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, rechazando el recurso por indebidamente interpuesto, no casa la sentencia recurrida, por falta de base legal. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Ramón Jiménez Carbo, Carlos Ramírez Romero y Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces; y, Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

Certifico que las dos copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 51-2001 wg (Resolución No. 173-2007) que, sigue licenciado Remigio Aguirre Vargas, en calidad de Gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Educadores de El Oro Ltda. COOPEDUCORO contra Segundo Vásquez Illescas, Secretario General de la Federación Provincial de Trabajadores de El Oro filial de la Central de Trabajadores del Ecuador.

Quito, junio 28 del 2007.

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

No. 181-2007

ACTORA: Cecilia Gómez Iturralde Vda. de Pareja.

DEMANDADOS: Compañías Kairuan S. A., Polignoto S. A., Lula S. A. y Unysis S. A.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CONJUECES PERMANENTES DEL AREA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 18 de mayo del 2007; a las 09h45.

VISTOS: La señora Cecilia Gómez Iturralde Vda. de Pareja, en el juicio ordinario que, por falsedad de contrato, sigue contra las compañías Kairuan S. A., Polignoto S. A., Lula S. A. y Unysis S. A., dentro del término previsto en el artículo 5 de la Ley de Casación, presenta recurso de casación (fojas 120 de segunda instancia), del auto de nulidad dictado por los conjueces permanentes de la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el día 28 de noviembre de 2003, a las 15h55 (fojas 61 y vta. del cuaderno de segunda instancia), fundando su recurso en las causales primera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. La jurisdicción y competencia se encuentran radicadas en esta Sala de Conjueces Permanentes, por las razones actuariales constantes en el cuaderno de casación, la que, una vez concluida la etapa de sustanciación de este proceso, para resolver considera: PRIMERO: Este Tribunal de Casación es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud del mandato contenido en el Art. 200 de la Constitución Política de la República y en atención a lo dispuesto en el Art. 1 de la Ley de Casación. SEGUNDO: La casacionista invoca las siguientes causales y vicios contemplados en el Art. 3 de la Ley de Casación: 2.1. La causal primera, por aplicación indebida del Art. 184 del Código de Procedimiento Civil; 2.2. La causal cuarta, "por cuanto, al aplicar indebidamente la norma como se lo hace en el auto impugnado, se incurre en resolver sobre una situación extraña a la demandada (sic), que no es materia de litigio"; 2.3. La causal quinta, "por cuanto, al no haber demandado falsedad de Escritura Pública, y resolver en la forma que contiene el auto impugnado, se ha incurrido en el error legal de disponer de manera incompatible con la realidad legal, la realización de un acto imposible de realizar, debido a que JAMAS SE PODRIA COTEJAR ESCRITURA VALIDAD (sic) CON ESCRITURA FALSA, DADO QUE NO EXISTEN DOS ESCRITURAS PUBLICAS, YA QUE EL HECHO DEMANDADO SE LO CONOCE EN DOCTRINA COMO FALSEDAD IDEOLOGICA". TERCERO: Corresponde pronunciarse sobre la causal quinta invocada, la que tiene lugar "cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles". Esta causal contempla dos vicios: 1. Defectos en la estructura del fallo, que se da por falta de requisitos exigidos por la ley para la sentencia o auto; y, 2. Incongruencia en la parte dispositiva del fallo, en cuanto se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles. La casacionista no fundamenta ninguno de estos vicios, por lo que no es posible el control por esta causal. CUARTO: La causal cuarta, invocada por la casacionista, ocurre cuando se resuelve en la sentencia o auto lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis. El vicio en esta causal es la incongruencia resultante de la comparación entre la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones deducidas. El cargo alegado por la recurrente es el de que en el auto impugnado se resuelve una situación: "... fuera del contexto del objeto del litigio..."; es decir que no es materia del mismo. Al respecto esta Sala hace el siguiente análisis: 4.1. El auto impugnado deja constancia y expresa que: "En este proceso se ha debatido sobre la falsedad o no del contrato de venta contenido en la escritura pública celebrada ante el Notario Vigésimo Octavo del cantón Guayaquil, Ab. Eugenio Ramírez Bohórquez, el 23 de abril de 1990, pues esa es la pretensión que hace la demandada. Tratándose de un proceso en el que se persigue se declare la falsedad de un instrumento público, el Juez inferior debió cumplir con el mandato del artículo 184 del Código de Procedimiento Civil, antes de correr traslado con la demanda y seguir el juicio por la vía ordinaria. La norma legal referida es imperativa y de orden público por lo que el no haberla observado comporta necesariamente una violación de trámite que influye en la decisión de la causa, y por ello acarrea la nulidad del proceso. Nulidad que esta Sala la declara a costa del señor Juez Primero de lo Civil de Guayaquil". 4.2. La doctrina reconoce dos clases de falsedad: la material y la ideológica. La falsedad ideológica que recae, no sobre la materialidad, sino sobre el contenido ideal de un acto; la falsedad ideológica concierne a la verdad del contenido del documento; por ello Carrara la define como aquella falsedad: "...que se encuentra en un documento, exteriormente verdadero, cuando contiene declaraciones mendaces; y se llama ideológica precisamente porque el documento no es falso en sus condiciones esenciales, pero sí son falsas las ideas que en él se quieren afirmar como verdaderas" (G. Maggiore, De los delitos en particular y delitos contra la fe pública, 2da. Edición, Volumen 3, Editorial TEMIS S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, páginas 573 a 575). La falsedad material en cambio, se relaciona con la autenticidad de un documento y generalmente se concreta con la alteración de un documento existente. Por lo dicho, no es posible reconocer objetivamente la falsedad ideológica, ni la prueba puede hacerse mediante cotejos, verificaciones caligráficas, ni análisis de laboratorio; esto sí es posible en el caso de falsedad material. Sobre la materia la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema se ha pronunciado en el siguiente sentido: "El Art. 182 (actual 178) del Código de Procedimiento Civil permite establecer que el instrumento es falso bajo dos formas. Una por la falsedad ideológica o forjamiento o suposición fraudulenta de hechos; y, la otra, por la falsificación, la que resulta de haberse contrahecho el instrumento después de otorgado, en cualesquiera de sus partes, sean o no esenciales" (Resolución No. 232-2001, Segunda Sala, R. O. 386, de 8-VIII-2001). 4.3. El Art. 178 del Código de Procedimiento Civil en su primera parte, dice: "Es instrumento falso el que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero...", contempla la falsedad ideológica antes explicada. Pero, lo que sigue a continuación, en la redacción de ese artículo, se refiere a la falsedad material de un instrumento público, esto es: a) por haberse contrahecho la escritura; b) por imitar, alterar, o falsificar la firma de los otorgantes; c) por haber suprimido, alterado, añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado; y, d) en caso de que se hubiere anticipado o postergado la fecha del otorgamiento. A continuación el artículo 180 del mismo Código (anterior 184) regula el trámite para el caso de falsedad de un instrumento público y establece que: "...el Juez procederá a comparar la copia con el original, y a recibir las declaraciones de los testigos instrumentales". Por lo expuesto, es indudable que el Art. 180 (anterior 184) del Código de Procedimiento Civil regula el trámite para el caso de falsedad material al determinar que el Juez procederá a comparar la copia con el original del instrumento público y a recibir las declaraciones de los testigos instrumentales; y, que consecuentemente no es aplicable al caso de falsedad ideológica porque en ésta no se discuten alteraciones objetivas en la materialidad del instrumento. 4.4. En la especie, se deja constancia que lo que se debate es la falsedad ideológica del contrato de venta

contenido en la escritura pública celebrada ante el Notario Vigésimo Octavo del cantón Guayaquil, Ab. Eugenio Ramírez Bohórquez, el 23 de abril de 1990, pero en el auto de nulidad, el Tribunal ad quem se pronuncia sobre un asunto de falsedad de instrumento público, falsedad material que no ha sido demandada, y por ello aplica el anterior artículo 184 del Código de Procedimiento Civil, con lo que se incurre en resolver lo que no fuera materia del litigio, pues la pretensión de la accionante es que se declare la falsedad del contrato de venta contenido en la escritura pública, esto es la falsedad ideológica. QUINTO: La casacionista invoca también la causal primera por aplicación indebida del anterior artículo 184 del Código de Procedimiento Civil, respecto de lo cual en el considerando anterior se hizo el análisis sobre la aplicación de la referida disposición. SEXTO: Por las consideraciones expuestas, la Sala de Conjueces Permanentes del Area Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, casa el auto de nulidad dictado por los Conjueces Permanentes de la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, el día 28 de noviembre de 2003, a las 15h55, declarándolo sin efecto y en consecuencia se ordena devolver el proceso para que el Tribunal de instancia continúe con la sustanciación en debida forma. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Manuel Sánchez Zuraty, Ruth Seni Pinargote y Alejandro Moreano Chacón, Conjueces Permanentes; y, Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

RAZON: Siento por tal, que las dos (2) fotocopias que anteceden son auténticas, ya que fueron tomadas del juicio original No. 40-2006 ER, que sigue: Cecilia Gómez Iturralde Vda. de Pareja contra compañías Kairuan S. A., Polignoto S. A., Lula S. A. y Unysis S. A .- Resolución No. 181-2007.

Quito, 28 de junio de 2007.

Certifico.

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

No. 190-2007

ACTOR: Jorge Eduardo Rivas Silva, por los derechos que representa de Inmobiliaria O R S S. A.

DEMANDADA: Abogada Patricia Robles Ruiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 23 de mayo del 2007; a las 15h00.

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 de 2005, publicada en el R. O. No. 165 de 14 de diciembre de 2005. En lo principal, en el juicio ordinario de reivindicación que sigue Jorge Eduardo Rivas Silva, por los derechos que representa de Inmobiliaria O R S S. A. en contra de la abogada Patricia Robles Ruiz, que viene por recurso de casación interpuesto por la parte actora, de la sentencia expedida por la primera Sala de lo Civil, Inquilinato y Materias Residuales de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil el 1 de septiembre de 2004 a las 11h50; que revoca la de primer nivel y desecha la reivindicación demandada. Con estos antecedentes, para resolver se 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 Codificación de la Ley de Casación y por el sorteo de Ley de 9 de febrero de 2005. El recurso ha sido admitido a trámite y calificado mediante auto dictado el 21 de febrero de 2006 a las 08h50, por considerar que cumple con los requisitos de oportunidad, legitimación y de formalidades previstos en el Art. 6 de la Codificación de la Ley de Casación, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 299 de 24 de marzo de 2004. SEGUNDO: El recurrente fundamenta su recurso en las causales primera y segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, por aplicación indebida del Art. 953 del Código Civil; falta de aplicación de los numerales 23 y 26 del Art. 23 y Arts. 30 inciso primero y 192 de la Constitución Política de la República; y por falta de aplicación de normas procesales que, en opinión del recurrente, han provocado indefensión que ha influido en la decisión de la causa: Arts. 252, 273 y 277 (actuales 248, 269 y 273) del Código de Procedimiento Civil. Argumenta el casacionista que en el considerando cuarto de la sentencia impugnada, el Tribunal ad quem indica que el actor no singulariza el bien inmueble que pretende reivindicar y que se limita solamente a decir que la demandada ha usurpado parte de los dos lotes en una extensión aproximada de seiscientos metros cuadrados, y que en su opinión esta equivocada apreciación ha sido determinante para desechar la demanda; explicando más adelante cómo estima que el bien materia de la demanda de reivindicación sí se encuentra singularizado. TERCERO: En relación con los antes mencionados cargos efectuados a la sentencia, se considera: Es indispensable, metodológicamente, en primer lugar analizar la causal segunda invocada, pues de progresar ésta, se debería declarar la nulidad de lo actuado y no sería necesario proceder al análisis de la otra causal invocada. El recurrente estima infringidos los Arts. 252, 273 y 277 del Código de Procedimiento Civil (actuales 248, 269 y 273) relativos a: los casos en la inspección hace prueba, la definición de sentencia y las circunstancias que se deben decidir en ella. En este punto, como bien anota el tratadista Dr. Santiago Andrade Ubidia, “Respecto de esta causal, debe advertirse que no toda violación del procedimiento es motivo de casación a su amparo. La norma es muy clara: únicamente cuando ha habido aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, a condición de que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente” (La

Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Quito, 2005, p. 116). Además sostiene que: "Si se invoca la causal segunda, se ha de señalar en qué ha consistido la violación de las garantías del debido proceso, o cuál ha sido la formalidad procesal incumplida que ha viciado al proceso de nulidad insanable o provocado indefensión y de qué manera ha influido en la decisión de la causa" (op. cit. p. 204). También respecto de este tema, refiriéndose a resoluciones de la Corte Suprema de Justicia el mencionado autor señala: "…no siempre basta con señalar una disposición legal, sino que es necesario formular la **proposición jurídica completa**, de la siguiente manera: Si el recurrente no plantea tal proposición señalando con precisión una a una y todas las normas de derecho que estima violadas en la sentencia sino que se limita a una cita parcial o incompleta de ellas, el recurso no está debidamente formalizado. / Hay que recordar que una norma sustancial de derecho estructuralmente contiene dos partes: la primera un supuesto de hecho y, la segunda, un efecto jurídico. La primera parte es una hipótesis, un supuesto; la segunda es una consecuencia, un efecto; cuando en una norma sustancial de derecho no se encuentren estas dos partes, es porque tal norma se halla incompleta, y hay que completarla o complementarla con otra norma o normas para formar la proposición jurídica completa…./. Respecto de la causal segunda, de la misma manera es imprescindible que se realice la 'proposición jurídica completa': no es suficiente señalar una norma de derecho procesal que se considere vulnerada, sino que ha de examinarse si ella contiene una proposición jurídica completa, ya que de no serlo, es necesario precisar todas las disposiciones legales que la constituyen" (op. cit. p. 200-203). La Sala considera que el recurrente al señalar como infringido el Art. 252 (actual 248) del Código de Procedimiento Civil no ha expresado una proposición jurídica completa y tampoco ha señalado cómo la alegada violación de esta norma ha producido nulidad absoluta insanable y cómo ésta ha influido en la decisión de la causa. La violación de esta norma entraría dentro de lo que prevé la causal tercera del Art. 3 de la ley de la materia, pues se refiere a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Respecto a las otras normas citadas como supuestamente infringidas y que hacen relación a la sentencia propiamente dicha, la Sala estima que la sentencia recurrida ha sido dictada decidiendo todos los puntos que fueron materia del juicio, esto es, aquellos sobre los que se trabó la litis. Por lo que no se admite el cargo imputado por esta causal. CUARTO: Cabe analizar la causal primera invocada, por aplicación indebida del Art. 953 (actual 933) del Código Civil, que define a la reivindicación y determina los requisitos para que la misma proceda. La Sala estima que el Tribunal ad quem no ha aplicado indebidamente esta disposición legal, puesto que efectivamente, conforme lo señala el considerando cuarto de su resolución, es requisito para la procedencia de la misma, la singularización del bien, lo que no ha ocurrido en el caso, como bien lo afirma dicho fallo, pues en la demanda no se determinan medidas, linderos y cabida sino que se limita a indicar que la demandada: "…a usurpado parte de los 2 lotes en una extensión aproximada de 600 metros cuadrados y procedido a iniciar la edificación de una construcción de cemento armado" (sic). En cuanto a la falta de aplicación de los numerales 23 y 26 del Art. 23, y Arts. 30 inciso primero y 192 de la Constitución Política de la República, la Sala estima que, en relación a los derechos civiles contemplados en el Art. 23, la sentencia recurrida no se contrapone con el derecho a la propiedad ni peor aún con la seguridad jurídica establecidos en los numerales 23 y 26 de dicho artículo constitucional, sino que más bien los aplica; y en relación al Art. 192 ibídem, que trata sobre el sistema procesal como un medio para la realización de la justicia, las garantías del debido proceso y que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades, la Sala considera que la falta de singularización del bien, objeto de la demanda, en la reivindicación, no constituye una mera formalidad, sino un requisito sine qua non para que ésta proceda; y, dado que el recurso de casación es un recurso formalista, de índole extraordinaria, de aplicación restrictiva en que impera el principio dispositivo, según el cual es el recurrente el que determina los límites dentro de los cuales debe desenvolverse el recurso y resolver el juzgador; y puesto que la legislación nacional no contempla la posibilidad de que el Tribunal corrija los errores en que incurran los recurrentes, el Tribunal de Casación no puede proceder de oficio; en la especie, no cabe que determine si se han violado preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba, si la causal contemplada en la ley de la materia, que lo permite, no ha sido invocada, como queda dicho en considerando anterior. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia recurrida y en consecuencia rechaza el recurso de casación interpuesto. Sin costas ni multas. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Ramón Jiménez Carbo, y Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces; y, Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

RAZON: Siento por tal, que las tres (3) fotocopias que anteceden son auténticas, ya que fueron tomadas del Juicio Original No.70-2005 ER, que sigue: Jorge Eduardo Rivas Silva, por los derechos que representa de Inmobiliaria O R S S. A. contra la abogada Patricia Robles Ruiz.- Resolución No. 190-2007.- Quito, 28 de junio del 2007.

Certifico.

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

No. 192-2007

ACTOR: EL FENIX DEL ECUADOR S.A.

DEMANDADA: Comandancia General del Ejército.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, mayo 24 del 2007; a las 09h45.

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 de 2005, publicada en el R. O. No. 165 de 14 de diciembre de 2005. La compañía actora, El Fénix del Ecuador S.A., a través de su Presidente Ejecutivo y representante legal, Mauricio Rojas Chávez, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 11 de enero de 2005, las 14h30 por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Quito que, absolviendo la respectiva consulta y aceptando el recurso de apelación, revoca la sentencia dictada por la Jueza Vigésimo Tercera de lo Civil de Pichincha y rechaza la demanda y reconvención planteada dentro del juicio ordinario que, por repetición del pago de lo no debido inició dicha compañía en contra de la Comandancia General del Ejército, representada por el entonces Ministro de Defensa Nacional, General Jorge Gallardo Román. La compañía recurrente considera infringidos, por falta de aplicación los Arts. 273 y 278 anteriores del Código de Procedimiento Civil; por aplicación indebida, el Art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y, por falta de aplicación los Arts. 1429, 1440, 1444 y 1673 anteriores del Código Civil. Invoca las causales 1ª y 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación. Si bien la compañía recurrente menciona que también se han infringido en la sentencia los Arts. 277, 117, 118, 120 y 198 anteriores del Código de Procedimiento Civil, así como el Art. 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, respecto de tales normas no se advierte fundamentación alguna y tampoco que se haya especificado el vicio -*aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación*- que las estaría afectando, por lo que tal alegación queda en el plano meramente enunciativo y esta Sala se ve impedida de analizar la invocada infracción de esos preceptos legales. Encontrándose el juicio 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 19 de diciembre de 2005 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 18 de abril de 2006, las 09h10. SEGUNDO: El recurrente ha acusado las causales primera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación, por lo que según la técnica jurídica, corresponde a este Tribunal analizarlas y resolverlas en el siguiente orden lógico: a) la causal cuarta y, b) la causal primera. TERCERO: La aplicación de la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación tiene lugar cuando la sentencia impugnada ha resuelto aquello que no fue materia del litigio (*extra petita*), o cuando ha omitido resolver todos los puntos de la litis (*citra petita*). Para resolver este cargo, cabe realizar el siguiente análisis: 1) En el caso *sub júdice*, la recurrente considera inaplicados por el Tribunal ad-quem los anteriores Arts. 273 y 278 (actuales 269 y 274, respectivamente) del Código de Procedimiento Civil que, respectivamente, definen lo que es sentencia y disponen que la misma debe decidir los puntos materia de la resolución fundándose en la ley y en los méritos del proceso. 2) La compañía recurrente no determina claramente si la sentencia recurrida es, a su entender, *extra o citra petita*. 3) Además, establece de manera genérica que la configuración de la causal 4ª se debería a que no habrían sido resueltas las excepciones presentadas por los representantes de las entidades demandadas (fs. 263 vta., expediente de segunda instancia), sin especificar a qué excepciones se refiere. Es decir, la compañía recurrente omite especificar por qué la sentencia impugnada podría eventualmente ser *citra petita*, ya que no determina taxativamente cuál es el asunto controvertido en la sentencia que no habría sido resuelto. 4) En todo caso, cabe recordar que las excepciones, sean éstas dilatorias o perentorias, son las defensas con que cuenta el demandado para, principalmente, atacar, extinguir o destruir la pretensión del actor expuesta en su demanda. En la especie, tales defensas habrían llevado al Tribunal ad-quem a rechazar la demanda planteada por El Fénix del Ecuador S. A., por lo que habrían cumplido su objetivo. En tal virtud, resulta infructuoso y un contrasentido que la compañía actora alegue la falta de resolución de una excepción presentada por la parte demandada, cuando de todas maneras la demanda ha sido rechazada. 5) A decir de la compañía recurrente, en su escrito contentivo del recurso de casación (fs. 264, expediente de segunda instancia), la litis se habría trabado sobre "*la pretensión del actor que la Comandancia General del Ejército le reembolse la indemnización pagada en 1992 con relación a un helicóptero siniestrado por cuanto no estaba asegurado con la póliza A0169 pues el helicóptero Cairo era diferente a los asegurados. Esto se conoce como pago indebido*" y sobre el hecho de que la parte demandada habría negado pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y habría alegado cosa juzgada. 6) La negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda implica el desconocimiento y rechazo total, por parte del demandado, de la pretensión reclamada, vale decir en la especie, la negativa absoluta a la repetición del pago indebido alegado por la compañía aseguradora. En tal virtud, correspondía al Tribunal ad-quem dilucidar fundamentadamente, entre otros aspectos, si existió el pago de lo no debido alegado por la parte actora y negado por la entidad demandada, y si procedía o no su repetición. 7) En la sentencia impugnada de 11 de enero de 2005, las 14h30 se advierte que el tema sí fue abordado y dilucidado por el Tribunal ad-quem en base al criterio legal y a las pruebas que éste consideró pertinentes y aplicables al caso. Más aún, no se advierte en la sentencia impugnada que el Tribunal ad-quem haya concedido más allá de lo solicitado por las partes en sus respectivas actuaciones procesales (*extra petita*), al punto que su parte dispositiva se limita a desechar la demanda y la reconvención. Por lo expuesto en los numerales que anteceden, se rechaza el cargo analizado en este considerando. CUARTO: Habiéndose invocado únicamente las causales 1ª y 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación, y analizado que ha sido el recurso interpuesto, se desprende que la supuesta aplicación indebida del Art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, alegada por la compañía recurrente, no podría encuadrarse en ninguna de dichas causales ya que establece: "*De las citaciones y notificaciones.- Toda demanda o actuación para iniciar un proceso judicial, procedimiento alternativo de solución de conflictos y procedimiento administrativo de impugnación o reclamo contra organismos y entidades del sector público, deberá citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador General del Estado. De la misma manera se procederá en los casos en los que la ley exige contar con dicho funcionario. La omisión de este requisito, acarreará la nulidad del proceso o procedimiento. Se citará al Procurador General del Estado en aquellas acciones o procedimientos en los que deba intervenir directamente, y se le notificará en todos los demás de acuerdo con lo previsto en esta ley. Las citaciones y notificaciones se*

harán en la persona del Procurador General del Estado o de los delegados distritales o provinciales del organismo. De no existir tales delegaciones, las citaciones o notificaciones se harán directamente al Procurador General del Estado, en la forma prevista en este artículo. El Procurador comparecerá directamente o mediante su delegado. El Procurador General del Estado podrá delegar por escrito el ejercicio del patrocinio o defensa del Estado y de los organismos y entidades del sector público, a funcionarios de la Procuraduría General del Estado; y, a asesores jurídicos, procuradores, procuradores síndicos y abogados de otras entidades del sector público. El delegado que actuare al margen de los términos e instrucciones de la delegación, responderá administrativa, civil y penalmente, de modo directo y exclusivo, por los actos u omisiones verificados en el ejercicio de la delegación. El ejercicio de acciones legales y la interposición de recursos administrativos, por parte del Procurador General del Estado o sus delegados y los representantes legales de las instituciones del sector público estarán exentos del pago de tasas judiciales y de toda clase de tributos. La intervención del Procurador General del Estado o su delegado, no limita ni excluye las obligaciones de las máximas autoridades y representantes legales de los organismos y entidades del sector público, para presentar demandas o contestarlas e interponer los recursos que procedan conforme a la ley", tenor literal que denota la naturaleza procesal de dicha norma, cuya inobservancia, de existir, podría acarrear la nulidad procesal. Cabía, en tal caso, invocar la causal 2ª del Art. 3 de la Ley de Casación que se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales cuando han viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, y no la causal 1ª ni 4ª ibídem. En este sentido, el tratadista colombiano Hernando Devis Echandía 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 Echandía Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso, pág. 573). Además, cabe recordar lo que establecen la doctrina y la jurisprudencia al sostener que los errores procesales, para generar nulidad, deben cumplir con el principio de trascendencia, es decir, la violación debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia; no existe nulidad procesal si el incumplimiento no tiene trascendencia sobre la garantía de defensa en el juicio (Resolución No. 478-2000, publicada en el Registro Oficial No. 283 de 13 de marzo de 2001). El argentino Maurino, en su obra "Nulidades Procesales" manifiesta que "*La finalidad de las nulidades procesales es asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio. Con suma claridad ALSINA nos da esta fórmula: donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión no hay nulidad (…)*" (Alberto Luis Maurino, "Nulidades Procesales", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 33). En la especie consta, en efecto, que la Procuraduría General del Estado fue legalmente citada, que ejerció plenamente su derecho a la defensa y que la sentencia recurrida fue favorable a sus intereses. Por otro lado, no se puede dejar de mencionar que la nulidad que establece el Art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se origina en la falta de citación o notificación al señor Procurador General del Estado, lo cual no acontece en el caso *sub júdice*, y no en una falta de delegación escrita a la Dirección de Patrocinio de la entidad. En este mismo sentido debe señalarse que al momento de comparecer la Directora de Patrocinio delegada del Procurador General del Estado, interponiendo el recurso de apelación, esto es al 30 de mayo de 2002 (fs. 528 del expediente de primera instancia), estaba vigente la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado publicada en el Registro Oficial No. 372 de 19 de julio de 2001 en cuyos Arts. 2 y 6 se previó la facultad del Procurador General de delegar el Patrocinio del Estado de conformidad con lo que estableciera el Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado, sin que constara que dicha delegación debía realizarse por escrito, como lo prevé la actual Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado vigente a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004. Sin embargo, en la actual codificación de esa ley orgánica, no se ha sancionado con la nulidad a la falta de delegación escrita, porque la misma está prevista en el actual Art. 23 del Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado. Por todo lo expuesto en este considerando, se deniega el cargo analizado. QUINTO: En cuanto a que en la sentencia impugnada habría existido falta de aplicación de los Arts. 1429, 1440 y 1444 (actuales Arts. 1402, 1413 y 1417, respectivamente) del Código Civil, por lo que la compañía recurrente invoca la causal 1ª del Art. 3 de la Ley de Casación, cabe realizar el siguiente análisis: 1) La causal 1ª se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho en la sentencia que hayan sido determinantes en su parte dispositiva. 2) Los actuales artículos 1402, 1413 y 1417 del Código Civil que, a decir de la empresa recurrente, habrían sido inaplicados en la sentencia recurrida, establecen: "*Art. 1402.- La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta.*"; "*Art. 1413.- No hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor. Pero hace donación el que remite una deuda, o el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe.*"; y, "*Art. 1417.- La donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América, y será nula en el exceso. Insinuación es la autorización del juez competente, solicitada por el donante o el donatario. El juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal*". 3) En el fallo impugnado, el Tribunal ad-quem no menciona ni se refiere a la figura civil de la donación entre vivos, regulada en nuestro Código Civil a partir del actual Art. 1402, y no podía referirse porque en la especie se advierte que la litis nunca se trabó sobre la validez o invalidez de donación alguna, sino sobre la repetición de un pago supuestamente indebido. Como lo menciona la propia recurrente (fs. 264, expediente de segunda instancia), la litis se habría trabado sobre "*la pretensión del actor que la Comandancia General del Ejército le reembolse la indemnización pagada en 1992 con relación a un helicóptero siniestrado por cuanto no estaba asegurado con la póliza A0169 pues el helicóptero Cairo era diferente a los asegurados. Esto se conoce como pago indebido*", sin embargo, debe también mencionarse y tenerse en cuenta la excepción planteada por uno de los demandados, el ex Superintendente de Bancos subrogante, Dr. Luis Larrea Benalcázar (fs. 32, expediente de primera instancia), quien alegó la falta de derecho de la empresa actora por cuanto no se le habría obligado a pago alguno ya que lo habría realizado voluntariamente. 4) En la sentencia

impugnada, el Tribunal ad-quem colige que el supuesto error en el pago -base de la demanda del pago indebido- "*…se elimina en el momento en que el solvens conoce que paga por un bien que no estuvo asegurado y no solo que conoce sino que lo declara expresamente en el acta de finiquito (…)*" (fs. 237, expediente de segunda instancia) y que la acción sería improcedente, entre otros motivos "*a) porque cuando se suscribió el convenio de 3 de junio de 1992, la compañía aseguradora conocía perfectamente que el helicóptero siniestrado no era el descrito en la póliza AV-0169, sino que se trataba de otra aeronave con matrícula diferente (…)*" (fs. 236 vta., expediente de segunda instancia). En este punto cabe recordar lo que sostiene el tratadista chileno Abeliuk Manasevich al decir que "*…Siempre que hay pago indebido, es porque se cumple una obligación que no existe, ya sea que carezca totalmente de existencia y nunca la haya tenido, o se haya extinguido, o se yerre en la prestación, en quien la hace o a quien se hace. (…). Si no hay obligación, si se paga a quien no es el acreedor, o creyéndose pagar una deuda propia se cancela una ajena…, hay un pago de lo no debido…*" (René Abeliuk Manasevich, Las Obligaciones, Ediar Editores, Santiago de Chile, 1983, páginas 435, 436). El pago de lo no debido debe reunir y probar los siguientes requisitos: a) que se haya hecho un pago; b) que el pago carezca de causa; y, c) que se lo haya realizado por error (actual Art. 2195, Código Civil). En la especie, si bien existió un pago, el mismo tuvo su causa mediata en la relación contractual de seguros y en uno de los principios que regulan la institución -como veremos más adelante- y su causa inmediata en el cumplimiento del convenio de pago de 3 de junio de 1992 celebrado por las partes. En cuanto al error, se debe tener presente que éste es la representación mental equivocada que una persona tiene de la realidad o, como sostienen autores colombianos, la falsa noción de la realidad o la discrepancia entre una idea y la realidad que ésta pretende representar (Ospina Fernández, Ospina Acosta, Teoría General del Contrato, Ed. Temis, 4ª ed., pág. 181); o "*el vicio del consentimiento originado por un falso juicio de buena fe, que en principio anula el acto cuando versa sobre el objeto o la esencia del mismo*" (Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Ed. Heliasta, 1997, pág. 500). Nuestro Código Civil vigente distingue el error de derecho, que no vicia el consentimiento (Art. 1468); el error de hecho que recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra y el error de hecho que recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata (Art. 1469), errores estos que vician el consentimiento; el error de hecho que vicia el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree (Art. 1470); y, el error de hecho sobre la persona, que en principio no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato (Art. 1471). En la especie, el supuesto error alegado por la compañía demandante no se encuadra en los conceptos invocados ni en la enumeración que al respecto recoge el código sustantivo civil, y no podría encuadrarse por cuanto, como bien señala el Tribunal ad-quem en su sentencia, al momento de suscribir el convenio de 3 de junio de 1992, la compañía aseguradora conocía perfectamente que el helicóptero siniestrado no era el descrito en la póliza AV-0169, sino que se trataba de otra aeronave con matrícula diferente, lo cual implica que, en efecto, existió un pago voluntario, con pleno conocimiento y, por lo tanto, carente de error por parte de la compañía aseguradora. A fin de explicar este pago voluntario de la compañía aseguradora, el Tribunal ad-quem realiza una clara y suficiente fundamentación doctrinaria de lo que, en materia comercial de seguros, se conoce y aplica como "*pago ex gratia*". Así tenemos que se lo define como el "*…pago que lleva a cabo la compañía aseguradora sin estar obligada a hacerlo con base en el contrato del seguro o en la ley. Por regla general este tipo de pagos se hace por motivos comerciales o de política de la empresa*" (José de Jesús Martínez Gil, Manual Teórico Práctico de Seguros, Ed. Porrúa, México, 1998, pág. 225); también se lo conoce como el pago que efectúa el asegurador sin estar obligado a hacerlo al tenor del contrato de seguro, con lo que se persigue evitar los gastos excesivos que se producirían al tener que demostrar judicialmente, o de modo análogo, la improcedencia de dicho pago, cuyo importe no compensaría la cuantía de aquellos gastos (Diccionario MAPFRE de Seguros, Fundación MAPFRE, Estudios, Instituto de Ciencias del Seguro); o, como aquel pago de indemnizaciones en forma especial, aún cuando se trate de riesgos no amparados por la póliza; esto se presenta en ocasiones cuando en una pérdida o daño es difícil de definir si el pago debe o no proceder por su complejidad, las circunstancias en que ocurrió o bien cuando se valoran las consecuencias comerciales que tendría para la aseguradora sino realiza el pago (Diccionario de seguros, www.segurb2b.com/informacion/dicc_segurosb.cfm?letra=P); o, como el pago de una indemnización bajo constancia de que no implica aceptación de la responsabilidad del asegurador de hacerlo y no constituye precedente o forma jurisprudencia, ni se hace por apremio o fuerza proveniente de lo pactado en el contrato de seguro y que se aparta de la literalidad de la póliza, ello ocurre en consideración a circunstancias especiales que justifican por excepción el pago (Diccionario de seguros, www.jltperu.com/diccionario.aspx#p). 5) Cabe en este punto recordar que el numeral 7 del actual Art. 18 del Código Civil, prevé que "*A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se recurrirá a los principios del derecho universal*". 6) El pago *ex gratia*, como se aprecia, no deja de ser un pago indemnizatorio, aunque extraordinario, del asegurador; tiene su origen en y es aplicable a la relación contractual surgida a raíz de la suscripción del contrato de seguro. Es indemnizatorio, porque se lo realiza en virtud de la ocurrencia del riesgo asumido en el contrato de seguro; es extraordinario, porque si bien no se halla previsto en el contrato de seguro, puede tener lugar bajo determinadas circunstancias que, a criterio del asegurador y de su política empresarial, ameriten la indemnización. El Contrato de Seguro, por su parte, es aquél "*mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato*" ("Del Contrato de Seguro", Art. 1, normativa introducida en el Código de Comercio mediante Decreto Supremo No. 1147 publicado en el Registro Oficial 123 de 7 de diciembre de 1963); es, asimismo, un "*contrato solemne, de carácter bilateral que es por lo mismo oneroso y que se fundamenta en la seguridad que tiene el Asegurado en el Asegurador, por tanto es de buena fe y ahí es donde radica la confianza en el contrato de seguro*" (Fallo de 17 de septiembre de 2002, publicado en la Gaceta Judicial, año CIII, serie XVII, No. 10, pág. 3113). "*(…) CUARTO.- Si las partes han insistido en las tablas procesales, especialmente la demandada, sobre la naturaleza sinalagmática del contrato*

de seguro y de sus requisitos fundamentales; bien o interés asegurado, prima y riesgos, tomando cada quien lo que le interesaba demostrar como cumplido o incumplido,…" (Fallo de 5 de abril de 1983, publicado en la Gaceta Judicial, año LXXXIII, serie XIV, No. 2, pág. 334); "*… Se caracteriza, por tanto, el contrato de seguros, como conmutativo, aleatorio, documental, principal y de adhesión, por ser bilateral oneroso, y que, tiene por objeto una obligación condicional, positiva, debido a que debe acontecer el riesgo asegurado, o acontecimiento o suceso incierto, redactado en términos inteligibles, siendo eminentemente causal, ya que no depende en exclusivo de la voluntad del solicitante, asegurado o beneficiado ni asegurador (…)*" (Fallo de 21 de noviembre de 2001, publicado en la Gaceta Judicial, año CIII, serie XVII, No. 8, pág. 2320). 7) El contrato de seguro es, por lo tanto, bilateral, porque ambas partes se obligan recíprocamente *ab initio*; es además oneroso porque tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; es conmutativo porque la prima que paga el asegurado se mira como equivalente del riesgo que asume el asegurador; puede ser un contrato principal, o uno accesorio en los casos que tiene por objeto caucionar el cumplimiento de una obligación principal; es, en términos generales, un contrato de adhesión; y, es un contrato de ejecución o tracto sucesivo porque las obligaciones de las partes se cumplen de manera continuada (Sergio Baeza Pinto, El Seguro, Ed. Jurídica de Chile, 1994, págs. 32 y 33). 8) Por su parte, la donación comporta no sólo un acto, como la define nuestro Código Civil (actual artículo 1402), sino también un contrato traslativo de dominio, como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia al decir que "*(…) Este negocio jurídico de modo alguno impide que el bien prometido en venta sea objeto de contratos traslativos de dominio como la compraventa, la permuta, la donación, la aportación a sociedad, etc., de parte del promitente vendedor…*" (Fallo de 29 de agosto de 2002, publicado en la Gaceta Judicial, año CIII, serie XVII, No. 10, pág. 3046). Es un acto bilateral en que una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a la otra que debe aceptarla. Es un acto entre vivos que implica la transferencia gratuita de la propiedad, con la voluntad de enriquecer al donatario sin recibir compensación alguna -*animus donandi*- (Salvat, R.L., Tratado de Derecho Civil Argentino, "Fuente de las obligaciones", citado en Enciclopedia Jurídica OMEBA, T. IX, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1966, pág. 473). 9) Como se mencionó, el pago *ex gratia* no deja de ser un pago indemnizatorio del asegurador, habida cuenta de la existencia previa y necesaria del contrato de seguro, por lo que carece de la intención y voluntad de enriquecer o acrecentar el patrimonio del asegurado, carece del *animus donandi*; y, tiene lugar en virtud de haber recibido el asegurador una contraprestación específica previa: el pago de la prima por parte del asegurado, por lo que tampoco comporta un acto gratuito, sino por el contrario, un acto oneroso que materializa la utilidad y beneficio esperado por el asegurado, frente a la utilidad y beneficio que representó el pago de la prima para el asegurador. En virtud de lo manifestado a lo largo de este considerando, el pago *ex gratia*, que tiene cabida en materia de seguros, no comporta una donación civil entre vivos -la cual no fue materia de la litis- por cuanto ni es gratuito ni reviste un *animus donandi*. Por lo tanto, no cabía en la sentencia impugnada la aplicación de los actuales artículos 1402, 1413 y 1417 del Código Civil, razón por la cual se rechaza este cargo. SEXTO: Finalmente, en cuanto a la invocada falta de aplicación del Art. 1673 (actual Art. 1646) del Código Civil, esta Sala observa que tal cargo parte de un supuesto establecido por la compañía recurrente pero inexistente en la sentencia recurrida: "*En el supuesto caso que ustedes* (ministros del Tribunal ad-quem) *le otorguen al acta firmada en 1992 el carácter de novación también se abstienen de aplicar el artículo 1673 del Codito (sic) Civil…,"* (fs. 262 vta., expediente de segunda instancia). En la sentencia recurrida no se advierte que el Tribunal ad-quem haya considerado novación alguna ni, por lo tanto, que haya incurrido en el supuesto que, a decir de la recurrente, haría viable la aplicación del Art. 1673 (actual Art. 1646) del Código Civil, por lo que esta Sala se ve impedida de analizar el cargo presentado al respecto. En base a 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, rechaza el recurso de casación interpuesto por El Fénix del Ecuador S. A., a través de su Presidente Ejecutivo y representante legal, Mauricio Rojas Chávez. Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero y Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces y Manuel Sánchez Zuraty, Conjuez Permanente (Voto Salvado).- Certifico.- f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

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

VOTO SALVADO DOCTOR MANUEL SANCHEZ ZURATY.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, mayo 24 del 2007; a las 09h45.

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 de 2005, publicada en el R. O. No. 165 de 14 de diciembre de 2005. Mauricio Rojas Chávez, a nombre de la Compañía El Fénix del Ecuador C. A., en su calidad de Presidente Ejecutivo, en el juicio ordinario que, por repetición de pago indebido, sigue la compañía que representa, en contra del Ministerio de Defensa Nacional, Comandancia General del Ejército y otros, dentro del término previsto en el artículo 5 de la Ley de Casación, presenta recurso de casación (fojas 244 a 254 de segunda instancia) de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Quito, el día 11 de enero de 2005 a las 14h30 (fojas 232 a 237 y vuelta del cuaderno de segunda instancia), fundando su recurso en las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. La jurisdicción y competencia se encuentran radicadas en esta Sala, por las razones actuariales constantes en el cuaderno de casación, la que, una vez concluida la etapa de sustanciación de este proceso, para resolver, considera: PRIMERO: Este Tribunal de Casación es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud del mandato contenido en el Art. 200 de la

Constitución Política de la República y en atención a lo dispuesto en el Art. 1 de la Ley de Casación. SEGUNDO: El demandado en su escrito de recurso de casación, señala como normas infringidas los artículos 1429 (actual 1402), 1440 (actual 1413), 1444 (actual 1417) y 1673 (actual 1646) del Código Civil; los artículos 117 (actual 113), 118 (actual 114), 120 (actual 116), 198 (actual 194), 273 (actual 269), 277 (actual 273), y 278 (actual 274) del Código de Procedimiento Civil; y, los artículos 2 y 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. TERCERO: Las causales en las que funda el recurso son la 1 y la 4 del Art. 3 de la Ley de Casación. CUARTO: En el número 4 del recurso, el casacionista propone la falta de personería jurídica de la Directora de Patrocinio, delegada del Procurador General del Estado, y la aplicación indebida el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, indicando que los juzgadores de segunda instancia manifiestan que el Almirante Hugo Unda, Ministro de Defensa Nacional no tenía atribución para interponer el recurso de apelación por cuando considera que de conformidad con la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el representante judicial del Estado es el Procurador General de la Nación; dice que el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado manifiesta que el Procurador comparecerá directamente o mediante su delegado a un proceso judicial y que esta delegación es por escrito, y señala que de autos no consta que la Directora de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado haya sido delegada por el Procurador General del Estado de esa época para que lo represente en este proceso, pues, el nombramiento de Directora de Patrocinio adjunto al proceso no constituye un acto de delegación y no hay delegaciones de oficio, que por ello, los ministros del Tribunal de última instancia inobservaron el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, y que por ende los ministros han dado trámite a un recurso indebidamente interpuesto. Al respecto, en la sentencia de última instancia se dice lo siguiente: "Por la forma cómo se trabó la litis es necesario analizar, en primer lugar, si el Comandante General del Ejército y el Ministro de Defensa Nacional tienen capacidad jurídica para comparecer en juicio como parte demandada. La Comandancia General del Ejército, al igual que los otros Comandos Generales de Fuerzas son órganos del mando operativo y administrativo de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas, que, de acuerdo con la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas no tienen capacidad procesal, igual ocurre con el Ministerio de Defensa Nacional, pues de conformidad con el artículo 9 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva: 'La Administración Pública Central se constituye por órganos jerárquicamente ordenados y en su actividad tienen personalidad jurídica única'. Esta personalidad jurídica la ejerce el Procurador General del Estado, quien, de conformidad con los artículos 215 de la Constitución Política y 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado es el representante judicial del Estado y le corresponde el patrocinio, el asesoramiento legal y las demás funciones que determina la ley. En conclusión si la Comandancia General del Ejército y el Ministerio de Defensa Nacional carecen de personalidad jurídica, en esta controversia debió comparecer, para defender los intereses del Estado, el Procurador General, funcionario que, en la especie no consta como demandado pero que, sin embargo, fue citado con la demanda, dedujo excepciones y ejerció, con amplitud, el derecho de defensa, por lo que esta omisión no influyó en la decisión del proceso. Debido a los razonamientos anteriores el Ministro de Defensa Nacional, Almirante Hugo Unda, no tenía atribución para interponer el recurso de apelación, recurso que, en escrito aparte también fue interpuesto por la Directora de Patrocinio, Delegada del Procurador General del Estado". Este cargo ha sido planteado por el recurrente como de aplicación indebida del Art. 6 de la Ley Orgánica de Procuraduría General del Estado, sin embargo de que en la sentencia impugnada no se hace mención a esa disposición legal, de tal manera que no se puede hablar de aplicación indebida de una norma cuando no ha sido expresamente aplicada, motivo por el cual no se acepta el cargo pero se aclara que tampoco tiene trascendencia porque la delegada del Procurador General del Estado no fue la única recurrente y porque las partes han ejercido en todas las instancias su legítimo derecho de defensa. QUINTO: Siguiendo el orden lógico de análisis del recurso, corresponde abordar la fundamentación de la causal cuarta invocada por el casacionista. La causal cuarta se refiere al vicio que incurre el juzgador cuando resuelve, en la sentencia o auto, lo que no fuera materia del litigio u omisión de revolver en ella todos los puntos de la litis, esto es, los vicios de extra petita, infrapetita y ultra petita. Al respecto, dice que los señores ministros "inobservan los artículos 273 y 277 del Código de Procedimiento Civil que circunscribe al Juez a resolver únicamente los puntos que son materia de las excepciones planteadas por las partes y únicamente la parte demandada planteó como excepciones la negativa pura y simple de los hechos y fundamentos de derecho de la demanda y entre los motivos entre los cuales se respalda no constan los argumentos a los que se refieren los jueces de última instancia en su sentencia tales como el pago ex gratia y menos aún han resuelto la excepción de cosa juzgada. Los señores ministros resuelven temas que son ajenos a la litis inobservando los artículos 273 y 277 del Código de Procedimiento Civil". En el número 2 del recurso puntualiza que "la litis entre el Fénix del Ecuador Compañía de Seguros y Reaseguros y la Comandancia General del Ejército se trabó sobre los siguientes puntos: a. La pretensión del actor que la Comandancia General del Ejército le reembolse la indemnización pagada en 1992 con relación a un helicóptero siniestrado por cuanto no estaba asegurado con la póliza A0169 pues el helicóptero Cairo era diferente a los asegurados. Esto se conoce como pago indebido; b. La demandada negó pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho manifestando que el ejército ecuatoriano no había engañado a la compañía de seguros El Fénix del Ecuador Compañía de Seguros y Reaseguros y alegando cosa juzgada por cuando sostuvo la demandada que el hecho había sido juzgado por la Superintendencia de Bancos y Seguros", dice también que los señores ministros de la Sala a quo manifiestan que solo existe error y pago indebido en el caso que sin existir la deuda una persona realice un pago con la intención de extinguir una obligación y el pago realizado no tenga una causa real y que existe un error por parte de quien hizo el pago, e insiste que este argumento no ha sido planteado como excepción por la demandada y menos aún argumentado en sus alegatos pero que los señores ministros de la mencionada Sala a quo lo han introducido en la sentencia de última instancia y manifiestan que Fénix del Ecuador Compañía de Seguros y Reaseguros realizó el pago sabiendo perfectamente que el helicóptero siniestrado no era el asegurado y que por ende realizaba un pago liberal sin causa real que excluye la posibilidad de un pago indebido, manifestando que en materia de seguros esto se conoce como pago ex gratia. Sobre estos particulares, la sentencia impugnada dice lo siguiente: "El Dr. Luis Enrique

Larrea Benalcázar, deduce las siguientes excepciones: negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, improcedencia de la demanda por pretender un reclamo absurdo, sobre todo en su contra, toda vez que el acuerdo de pago o acta de finiquito que se ejecuta, no es la resolución del Superintendente de Bancos y Crédito Público (sic), sino su propia voluntad, su propio acuerdo y eso es ley para las partes; alega que no es legítimo contradictor pues dejó la función de Superintendente de Bancos subrogante, alega falta de derecho del actor y prescripción. El doctor Alejandro Moreano Chacón, ofreciendo poder o ratificación del señor General del Ejército José Walter Gallardo Román, Ministro de Defensa Nacional, quien lo ratifica en escrito presentado el 16 de abril de 1993, opone las siguientes excepciones: negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, alega cosa juzgada y reconviene al actor el cumplimiento de lo ordenado por la Superintendencia de Bancos y Seguros en resoluciones 91-90-X y 91-91-X de 4 y 8 de abril de 1991, confirmadas por el señor Ministro de Finanzas, mediante Resolución No. 027 de 6 de junio de 1991, esto es el pago de la suma de cuatro millones de dólares americanos o su equivalente en sucres. El Dr. Luis Remigio Carrión Cobos, Director Jurídico del Ministerio de Defensa Nacional y Delegado del Procurador General del Estado se adhiere a las excepciones y reconvención propuestas por el señor Ministro de Defensa Nacional. El señor Pablo Better Grunbaum opone las siguientes excepciones: niega los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda, alega improcedencia de la demanda, falta de derecho del actor, inexistencia de perjuicios, cosa juzgada y prescripción. El señor Procurador General del Estado comparece y manifiesta: sin perjuicio de la intervención de mi delegado, el señor Director Jurídico del Ministerio de Defensa Nacional, y para vigilar las actuaciones judiciales en esta causa, señala casillero judicial. El actor contesta la reconvención y la rechaza por ilógica, injurídica e improcedente e impugna el valor legal del acuerdo de 14 de septiembre de 1990, porque sostiene que dicho acuerdo, por declaración expresa de las partes, en acta de finiquito y descargo de 3 de junio de 1992 no tuvo principio de ejecución, carece de validez y de efecto jurídico, alega falta de derecho de quien reconviene, improcedencia de la reconvención y falta de legítimo contradictor", luego, en el considerando "tercero" la Sala ad quem hace un análisis de la pretensión y las excepciones, para finalmente dictar su fallo. Se concluye entonces, que el Tribunal de última instancia ha tomado en cuenta tanto la pretensión del actor, como las excepciones y reconvención de los demandados, los ha considerado y ha emitido su fallo sobre esos puntos controvertidos, de tal suerte que no ha incurrido en los vicios de la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación. SEXTO: 6.1. Sobre la causal primera, el recurrente dice que en el fallo de última instancia "no aplican los artículos 1429, 1440 y 1444 del Código Civil, cuando le dan al pago indebido realizado por mi representada que es materia de la acción que he deducido en contra de la Comandancia General del Ejército en la vía ordinaria el carácter de liberalidad, pues, a juicio de los ministros de esta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito hemos realizado un pago sin estar obligado a hacerlo con base en el contrato de seguro y la ley (...)"; a continuación dice también que al calificar al pago realizado por El Fénix del Ecuador como una donación no han aplicado los artículos 1429, 1440 y 1444 del Código Civil porque la donación entre vivos que no se insinuare será nula en el exceso de veinte mil sucres (el actual Art. 1417 dice ochocientos dólares), y sobre el tema, argumenta que el Art. 9 del Código Civil manifiesta que los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor y el artículo 10 del mencionado código expresa que en ningún caso puede el Juez ordenar válido un acto que la ley ordena que sea nulo. Expresa también que en ninguna parte de la Legislación de Seguros en el Ecuador, se regula el pago ex gratia, y que en el supuesto caso que se hubiera otorgado al acta firmada en 1992 el carácter de novación también se abstienen de aplicar el artículo 1673 del Código Civil, que con claridad indica que las novaciones para que sean válidas es necesario que la obligación primitiva también lo sea. 6.2. En la parte final del escrito de recurso, el casacionista expresa que los señores Ministros de la Sala ad quem, confunden e identifican donación con pago ex gratia, y explica que pago ex gratia en el ámbito del derecho de seguros es una gestión comercial que se realiza dentro del contrato de seguros y en relación a los objetos asegurados; que hay pago ex gratia cuando el asegurador que ha negado un siniestro sobre un objeto asegurado por considerarlo que el asegurado no ha cumplido con las obligaciones y cargas que tenía en el contrato o el siniestro no se ha realizado dentro de los límites de espacio, tiempo y causa establecidos en el contrato pero que aludiendo motivos comerciales en relación a ese contrato resuelve reconocer una suma determinada de dinero al asegurado; insiste que tanto la demandada, sus abogados y los ministros integrantes de la Sala ad quem reconocen que el bien siniestrado no era el asegurado y admiten que la Superintendencia de Bancos y Seguros ordenó el pago de la indemnización correspondiente en el año 1991 por cuanto el Organo de Control no conocía que en el acta del 14 de septiembre de 1990 se había engañado al asegurador, o sea que el pago realizado como consecuencia del acta celebrada en junio de 1992 no puede ser catalogado ex gratia tanto porque el acta no se refiere a este tipo de pago como por las características del mismo. Concluye indicando que si seguimos el razonamiento de la Sala de última instancia que dice que El Fénix del Ecuador Compañía de Seguros pagó sabiendo que no existía causa real y deuda alguna de su parte es obvio que nos encontramos frente a una donación en la que los señores ministros no aplicaron los artículos 1429, 1440 y 1444 del Código Civil que se refieren a donación, pues, hubieran estado obligados a declarar la nulidad de la misma por falta de insinuación judicial. 6.3. Sobre este tema que tiene que ver con los conceptos de derecho utilizados por la Sala ad quem para revocar la sentencia de primer nivel y rechazar la demanda, el mencionado Tribunal de última instancia en el considerando "cuarto" dice: "La demanda se fundamenta en la disposición del Art. 2222 del Código Civil, norma incluida en el parágrafo que se refiere al cuasicontrato de pago de lo no debido. Existe el pago de lo no debido cuando una persona, por error, realiza un pago en razón de una deuda no existente. El error que es el concepto equivocado que se tiene de una persona o cosa o de una disposición legal, ese estado intelectual en que la idea se halla oscurecida u ocultada por un concepto falso, tiene consecuencias jurídicas muy importantes que deben ser analizadas en cada caso. El error como vicio del consentimiento es la falsa creencia que se forma acerca de la persona con quien trata o sobre la cosa que constituye el objeto de la obligación. El error puede ser de varias clases pero el que interesa en este juicio es el error en la causa del acto jurídico, porque según la demanda el asegurado y beneficiario del seguro (...) obtuvo de El Fénix del Ecuador, el reconocimiento de la obligación de pagar el seguro contratado sobre el interés asegurable y alcanzó una indemnización por la pérdida de un objeto que jamás fue

asegurado por la compañía. Este error que, según el actor se produjo, toma forma cuando el acto jurídico carece de la causa que supone la persona que lo celebra (...) corresponde examinar, en consecuencia, si se puede hablar de error y de falta de causa, exclusivamente referidos al acta de finiquito y descargo suscrita por las partes el 3 de junio de 1992. No se puede perder de vista que la controversia se origina debido a que el Fénix del Ecuador C. A. acepta, a través de ese documento (...), realizar la reposición del helicóptero Puma S. A. 330-I-455 con el helicóptero individualizado en la cláusula primera del convenio. En virtud de ese "pago indemnizatorio las partes declaran y reconocen que el Fénix ha pagado la totalidad de indemnizaciones reclamadas y generadas en la póliza AV-0169". Mediante esa póliza El Fénix aseguró tres aeronaves y ninguna de ellas fue el Puma S.A. 330-I-455, que es la que se repone en el finiquito. Esta incoherencia tiene su origen en el hecho de que, entre otros intereses asegurados, la póliza se emitió para asegurar un helicóptero Puma S.A. 330-I-457-Serie 1645, pero el helicóptero que se accidentó el 5 de agosto de 1990 fue un Puma S.A. 330-I-455 Serie 1641, como se desprende del informe de fs. 338 y de la declaración del Jefe de Logística que aparece a fs. 348 del proceso. No obstante el señor Comandante de la Brigada de Aviación del Ejército notificó al Fénix del Ecuador que el helicóptero accidentado era el Puma E-457, habiéndose producido la pérdida total del aparato. Bajo estos supuestos la compañía aseguradora y el asegurado, solicitante y beneficiario de la póliza firmaron una primera acta de finiquito el 14 de septiembre de 1990, convenio que posteriormente fue declarado ineficaz por las propias partes. Esta circunstancia aceptada por el actor al contestar la reconvención (...), cuando admite que el documento que tiene valor es el de 3 de junio de 1992 y el hecho de que la pretensión consiste en que se declare el pago indebido y se devuelva la aeronave o el precio del helicóptero que aceptó reponer El Fénix del Ecuador, relevan a la Sala de emitir un pronunciamiento sobre la forma en que se desenvolvió el negocio jurídico entre El Fénix del Ecuador y la Comandancia del Ejército antes del 3 de junio de 1992 en que se firmó el acta de finiquito y descargo que contiene el compromiso de reponer el helicóptero Puma S.A. 330-I-455 con el helicóptero de las características descritas en el acuerdo. El error o la falta de causa que pudieran existir en convenios anteriores a la fecha en que, supuesta o ciertamente, se produjo el pago indebido no son materia de esta litis. El pago indebido que es materia de la pretensión, tuvo su origen, según el demandante, en un acta de finiquito que terminó con la reposición de un helicóptero. La reposición es una forma de pago y supone la existencia de una obligación. Para efectos de la acción deducida es importante saber si El Fénix del Ecuador repuso el helicóptero creyendo falsamente que estaba obligado a hacerlo, porque sólo en ese caso existe causa de error y procede la repetición. Para que exista error y pago indebido es necesario que, sin existir la deuda, una persona realice un pago con la intención de extinguir la obligación, que el pago realizado no tenga una causa real y lícita y que exista error por parte de quien hizo el pago. Josserand señala que "Es preciso, en efecto, para que haya pago de lo indebido, que el solvens haya cometido un error, que haya pagado creyéndose obligado civilmente, si ha pagado a sabiendas la deuda ajena, o si sabía no estar obligado más que naturaliter, o si ha querido hacer una liberalidad al accipiens, se le niega la acción de repetición... " (...) En base de la doctrina señalada y una vez revisado el finiquito que, según el demandante, originó el pago indebido, se puede concluir que la acción es improcedente, por los siguientes motivos: a) porque cuando se suscribió el convenio de 3 de junio de 1992, la compañía aseguradora conocía perfectamente que el helicóptero siniestrado no era el descrito en la póliza AV-0169, sino que se trataba de otra aeronave con matrícula diferente; b) porque en el finiquito la compañía aseguradora aceptó reponer el helicóptero PUMA S.A. 330-I-455 (...) con el helicóptero individualizado en la cláusula primera del finiquito; c) porque excluido el error respecto al objeto asegurado existe una liberalidad, pues a sabiendas que no cabía indemnización si no había objeto asegurado, la compañía Fénix del Ecuador, que es una empresa profesional de seguros, admite reponer el helicóptero que sufrió el accidente y no aquel que constaba en la póliza emitida; y, d) porque en materia de seguros esa liberalidad se conoce como pago ex gratia. La doctrina señala al respecto que "Los pagos ex gratia en puridad de verdad representan una liberalidad, presunción de que la reclamación interpuesta carece de base legal y cuyo otorgamiento afecta al fondo común generado por las primas" (Rodríguez Pastor, Carlos. Derecho de Seguros y Reaseguros. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente. Lima 1987). "Se da este nombre al pago que lleva a cabo la compañía aseguradora sin estar obligada a hacerlo con base en el contrato del seguro o en la ley. Por regla general este tipo de pagos se hace por motivos comerciales o de política de la empresa" (José de Jesús Martínez Gil. Manual Teórico y Práctico de Seguros. Editorial Porrúa, México, 1998, p. 225). Se da este nombre al que efectúa el asegurador sin estar obligado a hacerlo al tenor del contrato de seguro. Normalmente se persigue con ello evitar los gastos excesivos que se producirían al tener que demostrar jurídicamente, o de modo análogo, la improcedencia de dicho pago, cuyo importe no compensaría la cuantía de aquellos gastos" (Diccionario Mapfre de Seguros. Fundación Mapfre. Estudios. Instituto de Ciencias del Seguro). La procedencia de la acción intentada se basa en el error en el pago, error que se elimina en el momento en que el solvens conoce que paga por un bien que no estuvo asegurado y no sólo que conoce sino que lo declara expresamente en el acta de finiquito. La repetición se excluye porque el pago indebido se realizó a sabiendas, con conocimiento pleno de la existencia de la deuda y de la obligación de indemnizar por una cosa distinta de la asegurada (...). "Y es que el pago intencionado de un indebido parece como que tiende a sustituir la inexistencia de causa (propia de la solutio indebiti) por una cosa apta para producir una atribución patrimonial irrevocable: ánimo de liberalidad..." (Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VI, p. 57). En definitiva no concurren, en la especie, los elementos para que prospere la acción de pago indebido". 6.4. De la trascripción anterior, se resume la motivación del Tribunal ad quem en dos aspectos: 1. que no existe error porque la Aseguradora Fénix conocía que no estaba pagando por el siniestro del helicóptero asegurado sino por otro que no estaba asegurado; 2. que esta es una práctica que en el ambiente comercial de los seguros se llama pago ex gratia. Al respecto, se hace necesario definir el concepto de pago indebido conforme a la legislación de nuestra República: el Art. 2195 (anterior 2222) establece que quien por error ha hecho un pago y prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado; y el Art. 1469 vigente, del Código Civil establece que el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta

cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra. En la especie, el Tribunal ad quem, en la parte pertinente del fallo dice que "El error o la falta de causa que pudieran existir en convenios anteriores a la fecha en que, supuesta o ciertamente, se produjo el pago indebido no son materia de esta litis", es una forma de eludir el problema principal y originario materia de la litis, que es el error en la identidad del objeto asegurado, que está probado en el proceso y se desprende del informe presentado por el Capitán CB. Roberto Váscones Hurtado, al Coronel Carlos Mendoza, sobre el helicóptero Puma E-455 (fs. 338 y 339) que dice que en el itinerario Tiguino-Ramírez-Tiguino, dicha nave por fallas debió posarse bruscamente, rebotando una vez y virándose luego, produciéndose un incendio, a consecuencia de lo cual han fallecido seis personas y han resultado heridas otras siete, además de la destrucción total del helicóptero Puma 330 L y su equipo, también consta del proceso, a fs. 368 y siguientes, los términos de referencia para la contratación de seguros de las aeronaves Super Puma (AS-332-B 1986), matrícula E-464, serie 2100, Super Puma (AS-332-B. 1986), matrícula E-465, serie 2105; y Puma (SA-330-L-1981), matrícula E-457, serie 1645 (fs. 358), de tal manera que ha quedado claro y plenamente probado que el helicóptero accidentado Puma E-455 no estaba asegurado con la empresa Fénix del Ecuador C. A. Un hecho muy especial de este caso es la inducción al error por parte de los beneficiarios del seguro, que se prueba con las investigaciones realizadas sobre los restos de la nave accidentada, que determinan que la operación se ha verificado sobre un objeto diferente al cubierto por el contrato de seguro, lo que logró establecerse al inspeccionar los registros de los motores, por parte de expertos internacionales que evidenciaron alteraciones de que fue objeto el helicóptero E-457, y que consta a fojas 395 y siguientes. Es verdad que el pago se realizó utilizando el acta de finiquito de 3 de junio de 1992, que obra a fojas 12, en la que Fénix del Ecuador C. A., acepta la reposición del helicóptero Puma S.A. 330-I-455, pero este documento no desvirtúa la ausencia completa de prueba que demuestre que esta máquina estuviera cubierta por el seguro, y que por tanto la reposición del helicóptero es una donación de la Compañía de Seguros Fénix del Ecuador a la Comandancia General del Ejército, sin cumplir los requisitos legales que la ley exige. Por otra parte es inaceptable el criterio del Tribunal de última instancia que expresa que el reconocimiento de que se paga por una máquina que no tenía cobertura del seguro, sería un pago ex gratia; no es aceptable, porque el pago ex gratia no está regulado en el derecho positivo de la República del Ecuador, y porque en caso de asimilarlo a una donación, sería nula por contravenir el Art. 1444 (actual 1417) del Código Civil, vigente a la fecha de su celebración, que dispone que la donación entre vivos que no se insinuare, solo tendrá efecto hasta el valor de veinte mil sucres y será nula en el exceso. Tampoco puede tenerse al pago ex gratia como una costumbre en el ambiente de negocio de los seguros, porque de acuerdo al Art. 2 del Código Civil, "la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella", y no existe tal disposición legal que nos remita al pago ex gratia como costumbre que constituye derecho. Estas consideraciones elude el Tribunal ad quem porque se considera relevado de "emitir un pronunciamiento sobre la forma en que se desenvolvió el negocio jurídico entre El Fénix del Ecuador y la Comandancia del Ejército antes del 3 de junio de 1992". 6.5. De las definiciones de "pago ex gratia", que cita el Tribunal ad quem en su fallo, se puede concluir que se da este nombre al pago que efectúa una compañía aseguradora sin tener responsabilidad legal alguna de indemnizar una pérdida, que generalmente se trata de pérdidas relativamente pequeñas, que no afectan mayormente al fondo común formado por aportaciones que representen las primas, que normalmente se persigue con el pago ex gratia evitar los gastos excesivos que se producirán al tener que demostrar judicialmente, o de modo análogo la improcedencia de dicho pago, cuyo importe no compensaría la cuantía de aquellos gastos; sin embargo, la reposición de un helicóptero que cuesta dos millones ciento sesenta mil dólares de los Estados Unidos de América de ninguna manera puede considerarse pérdida pequeña, como tampoco puede ser donación válida la reposición de un helicóptero de semejante valor, de la Compañía El Fénix del Ecuador a la Comandancia General del Ejército, sin ningún motivo e incurriendo en nulidad por falta de insinuación judicial. 6.6. El pago ex gratia, en nuestra legislación equivale a una donación que tiene valor hasta el límite que la ley indica, superado el cual es necesaria insinuación judicial, bajo pena de nulidad; ese límite al momento de realizar la reposición del helicóptero era de veinte mil sucres, de manera que solo hasta ese límite se pudo aceptarlo como legal, sin embargo el Tribunal de última instancia lo justifica sin considerar que su monto es de dos millones ciento sesenta mil dólares norteamericanos, muy superior al monto límite para que se lo haga sin insinuación judicial, tanto más que la omisión de la insinuación judicial anula la donación. 6.7. El Tribunal de última instancia sostiene que no existe error y consecuentemente tampoco pago indebido, "porque cuando se suscribió el convenio de 3 de junio de 1992, la compañía aseguradora conocía perfectamente que el helicóptero siniestrado no era el descrito en la póliza AV-0169, sino que se trataba de otra aeronave con matrícula diferente". Este argumento central del Tribunal ad quem constituye una utilización de la segunda parte del Art. 1469 (antes 1496) del Código Civil dirigida a justificar el hecho obvio de que la compañía aseguradora conocía que el helicóptero siniestrado no estaba cubierto por la póliza, y en efecto esa parte de la norma dice que existe error de hecho cuando recae "sobre la identidad de la cosa específica de que se trate". Pero, el error sobre la identidad de la cosa es solo una clase de error, el otro se refiere a la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, que consta en la primera parte de mismo artículo 1469 (antes 1496), que dice "el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación"; el problema de la calidad contractual del acta de 3 de junio de 1992, que tiene que ver con esta otra clase de error, lo resuelve el Tribunal ad quem indicando que se trataría de un pago "ex gratia", figura no regulada por la legislación ecuatoriana y que constituye una donación cuantiosa e ilegal porque no cumple con los requisitos exigidos por la legislación ecuatoriana para la validez de este tipo de contrato. 6.8. Existe error en la reposición del helicóptero por parte de El Fénix del Ecuador porque esta compañía de seguros lo realizó entendiendo que entregaba la indemnización por el siniestro del helicóptero Puma S.A. 330-I-455, que no estaba asegurado pero que constaba en el acta de finiquito de 3 de junio de 1992, cuando en verdad lo que estaba haciendo es una donación enorme, de dos millones ciento sesenta mil dólares de los Estados Unidos de América, a la Comandancia General del Ejército, sin que tenga obligación alguna de hacerlo y sin cumplir con el requisito de solicitar insinuación judicial por tratarse de una donación superior a los veinte mil sucres. Esta forma de entender la reposición del helicóptero por la Compañía El

Fénix del Ecuador, está claramente especificada en la legislación ecuatoriana como un "error de hecho", al tenor del Art. 1469 del Código Civil, que dice: "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación (...)". 6.9. El casacionista impugna la sentencia de última instancia por falta de aplicación de los artículos 1429 (actual 1402), 1440 (actual 1413) y 1444 (actual 1417) del Código Civil. El Art. 1402 dice que la donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta. El Art. 1413 manifiesta que no hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor. Pero hace donación el que remite una deuda, o el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe. El Art. 1417 dice que la donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América (el Código vigente al momento de la reposición del helicóptero decía "veinte mil sucres"), y será nula en el exceso. Insinuación es la autorización del Juez competente, solicitada por el donante o el donatario. El Juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal. Del análisis que antecede se demuestra sin duda que el Tribunal a quo no aplicó los artículos 1429 (actual 1402), 1440 (actual 1413) y 1444 (actual 1417) del Código Civil, que se refieren a la donación, que habría llevado a la conclusión lógica de que la reposición del helicóptero Puma S.A. 330-I-455, que no estaba asegurado, es una donación ilegal y nula que constituye pago indebido que da derecho a reposición por lo dispuesto en el Art. 2222 (actual 2195) del Código Civil, y que ha pretendido justificar esa reposición utilizando la figura del "pago ex gratia", que no tiene regulación alguna en la legislación de la República del Ecuador. Por lo expuesto, se aceptan los cargos propuestos en este considerando que prestan mérito para que se case la sentencia. SEPTIMO: Habiendo motivo para casar la sentencia, este Tribunal, en uso de la atribución que le confiere el Art. 16 de la Ley de Casación, procede a dictar el fallo que corresponde: 7.1. Comparece con su demanda el señor Mauricio Rojas Chávez, en calidad de Presidente Ejecutivo y representante legal de El Fénix del Ecuador como lo acredita con el respectivo nombramiento que adjunta y manifiesta que su compañía emitió la Póliza No. AV-0169 con vigencia desde el día ocho de junio de mil novecientos noventa, para asegurar los riesgos de tres helicópteros, dos Super Puma (AS-332-B) E-464 serie 2100, (AS-332-B) E-465 serie 2105 y un Puma (SA-330-L) E-457 serie 1645. Dice que el 5 de agosto de 1990 un helicóptero Puma (SA-330-L) E-455 serie 1641, propiedad de la Aviación del Ejército, se accidentó, no existió un siniestro en términos del contrato de seguro que vinculó a la Comandancia General del Ejército y a El Fénix del Ecuador C.A. El asegurado, solicitante y beneficiario de la póliza No. AV-0169 notificó a El Fénix del Ecuador C.A., la ocurrencia del siniestro de la aeronave Helicóptero Puma (SA-330-L) E-457 serie 1645, mediante oficio No. 900207-15-BAE-4 de fecha seis de agosto de mil novecientos noventa, firmado por Carlos A. Mendoza Poveda, Coronel de Estado Mayor Piloto, Comandante INT de la Brigada de Aviación del Ejército No. 15. El Asegurado de la póliza No. AV-0169 dolosamente indujo a error al asegurador, El Fénix del Ecuador C.A., cuando le notificó un inexistente siniestro bajo las condiciones contractuales de la póliza, y jamás el helicóptero Puma (SA-330-L) E-457 serie 1645 (asegurado), sufrió daño alguno el cinco de agosto de mil novecientos noventa como lo asegura el reclamante. El asegurado obtuvo de El Fénix del Ecuador C.A., el reconocimiento de la obligación de pagar el seguro contratado, sobre el interés asegurable helicóptero Puma (SA-330-L) E-457 serie 1645, jamás contó con los procedimientos dolosos del asegurado, que se descubren cuando El Fénix del Ecuador C.A., se había comprometido mediante convenio de catorce de septiembre de mil novecientos noventa, a indemnizar por la pérdida de un objeto asegurado, pero no por el accidente de un bien que jamás fue asegurado por la compañía. Dice que los procedimientos dolosos, se descubren cuando ya había vencido el plazo de sesenta días. Esos sesenta días contados a partir del día siguiente a aquel en que el asegurado o el beneficiario le presenten por escrito la reclamación, transcurrieron en la especie, con el convencimiento de El Fénix del Ecuador C.A., que la nave asegurada era la siniestrada y no lo contrario, que se evidencia cuando los reasegurados del riesgo asumido por el Fénix del Ecuador C.A., se demuestran que la nave helicóptero Puma (SA-330-L) E-455 serie 1641, es la accidentada. Expresa que el asegurado, solicitante y beneficiario de la póliza AV-0169, invocando en su propio beneficio el dolo con el que actuó al reclamar el pago del pretendido siniestro, acudió a la Superintendencia de Bancos y formuló el reclamo administrativo. Continúa indicando que el Art. 100 de la Ley General de Compañías de Seguros, se refiere a que el asegurador tiene la obligación de pagar, cuando medie el seguro contratado, que en el caso nunca existió sobre el helicóptero Puma (SA-330-L) E-455 serie 1641, de propiedad del asegurado, accidentado el día cinco de agosto de mil novecientos noventa, no incluido en la póliza AV-0169 y que por no constituir interés asegurable, careció de cobertura de la póliza referida y cuya destrucción simulada por el asegurado se refería al helicóptero Puma (SA-330-L) E-457 serie 1645. Agrega que la Superintendencia de Bancos, alejándose evidentemente de innúmeros pronunciamientos en lo que estando en duda el derecho del reclamante a la indemnización manifiesta cuando media un seguro contratado, pero no en el inadmisible caso que una institución del Estado falsifique la verdad de un contrato de seguro, para beneficiarse dolosamente de una indemnización, se pronunció mediante resolución No. 91-090-S de tres de abril de mil novecientos noventa y uno modificado por Resolución No. 91-091-S de ocho del citado mes y año, por lo que ordena que Fénix del Ecuador C.A. pague a la Comandancia del Ejército por intermedio del Ministro de Defensa Nacional, los valores contemplados en las actas de finiquito formados entre las partes el catorce de noviembre de mil novecientos noventa; dicha resolución es apelada ante el Ministro de Finanzas y Crédito Público el mismo que confirma la resolución inferior. Con lo cual Fénix del Ecuador C.A., se ve obligada a pagar mediante la reposición de un helicóptero cuya compra pactada con TOBREX S.A. DE HERSTAL BELGUIM por la suma de dos millones ciento sesenta mil dólares de los Estados Unidos de Norte América. Indica también que la compañía Fénix del Ecuador C.A., en acatamiento de lo dispuesto en el Art. 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público mediante comunicación de cinco de agosto de mil novecientos noventa y dos requirió al Ministro de Defensa Nacional, la restitución de la indemnización ilegítimamente cobrada; el titular de la cartera de Defensa Nacional, mediante oficio 921444 de cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y dos, niega dicha pretensión; con

estos antecedentes y amparado en el Art. 75 del Código de Procedimiento Civil, 17 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, 20 numeral tercero de la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional y 2222 y siguientes del Código Civil, demanda en juicio ordinario a la Comandancia General del Ejército y por ella a su representante legal señor General José Gallardo Román, Ministro de Defensa Nacional, la repetición del pago de la suma de dos millones ciento sesenta mil dólares de los Estados Unidos de Norte América, o su equivalente en sucres en los términos del Art. 4 de la Ley de Régimen Monetario, que es el precio de la aeronave a la que se refiere el convenio de pago de lo no debido, de 3 de junio de 1992, o la devolución de dicha aeronave, más costas, daños y perjuicios causados con el infundado reclamo y su pago posterior, la cuantía la fija en cuatro mil treinta y nueve millones doscientos mil sucres. Pide que al Ministro de Defensa Nacional, General José Gallardo Román, y en acatamiento de lo dispuesto en el Art. 83 del Código de Procedimiento Civil y 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público pide que se cite al señor Procurador General del Estado, y para los fines determinados en el Art. 20 de la Constitución Política del Estado, solicita que se cite al señor Coronel Carlos A. Mendoza Poveda, ex Comandante INT, de la Brigada de Aviación del Ejército No. 15; al ex Ministro de Defensa Nacional, General Jorge Félix Mena; a los señores Dr. Luis Larrea Benalcázar y Econ. Pablo Better Grunbaum, quienes en funciones de Superintendente de Bancos encargado y Ministro de Finanzas, respectivamente, fueron los que dictaron las resoluciones 91-090 S de 4 de abril de 1991, No. 91-091-S de 8 de los mismos mes y año, y No. 0027 de 6 de junio de 1991. Admitida a trámite ordinario la demanda, se corre traslado a los demandados para que la contesten en el término de quince días. El Dr. Luis Enrique Larrea Benalcázar deduce las siguientes excepciones: negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, improcedencia de la demanda por pretender un reclamo absurdo, sobre todo en su contra, toda vez que el acuerdo de pago o acta de finiquito que se ejecuta, no es la resolución del Superintendente de Bancos y Crédito Público, sino su propia voluntad, su propio acuerdo y eso es ley para las partes; alega que no es legítimo contradictor pues dejó la función de Superintendente de Bancos subrogante, alega falta de derecho del actor y prescripción. El doctor Alejandro Moreano Chacón, ofreciendo poder o ratificación del señor General del Ejército José Walter Gallardo Román, Ministro de Defensa Nacional, quien lo ratifica en escrito presentado el 16 de abril de 1993, opone las siguientes excepciones: negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, alega cosa juzgada y reconviene al actor el cumplimiento de lo ordenado por la Superintendencia de Bancos y Seguros en resoluciones 91-90-X y 91-91-X de 4 y 8 de abril de 1991, confirmadas por el señor Ministro de Finanzas mediante Resolución No. 027 de 6 de junio de 1991, esto es el pago de la suma de cuatro millones de dólares americanos o su equivalente en sucres. El Dr. Luis Remigio Carrión Cobos, Director Jurídico del Ministerio de Defensa Nacional y Delegado del Procurador General del Estado se adhiere a las excepciones y reconvención propuestas por el señor Ministro de Defensa Nacional. El señor Pablo Better Grunbaum opone las siguientes excepciones: niega los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda, alega improcedencia de la demanda, falta de derecho del actor, inexistencia de perjuicios, cosa juzgada y prescripción. El señor Procurador General del Estado comparece y manifiesta: “sin perjuicio de la intervención de mi delegado, el señor Director Jurídico del Ministerio de Defensa Nacional, y para vigilar las actuaciones judiciales en esta causa, señalo casillero judicial. El actor contesta la reconvención y la rechaza por ilógica, injurídica e improcedente e impugna el valor legal del acuerdo de 14 de septiembre de 1990, porque sostiene que dicho acuerdo, por declaración expresa de las partes, en acta de finiquito y descargo de 3 de junio de 1992 no tuvo principio de ejecución, carece de validez y de efecto jurídico, alega falta de derecho de quien reconviene, improcedencia de la reconvención y falta de legítimo contradictor. Trabada así la litis, luego del trámite respectivo, la señora Jueza Vigésimo Tercera de lo Civil de Pichincha acepta la demanda y dispone que la Comandancia General del Ejército, representada por el Ministro de Defensa Nacional, repita el pago de la suma de dos millones ciento sesenta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, equivalente al precio de la aeronave a la que se refiere el pago de lo no debido, de fecha 3 de junio de 1992, o en su defecto proceda a la devolución de dicha aeronave en las mismas condiciones que fue recibida; de esta resolución apelan la delegada del señor Procurador General del Estado y el Ministro de Defensa. En segunda instancia, luego del trámite respectivo, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Quito, absuelve la consulta, acepta el recurso de apelación formulado, revoca la sentencia venida en grado y rechaza la demanda y la reconvención. 7.2. El proceso es válido y no se aprecia omisión de solemnidad sustancial o violación de trámite que hubiera influido en la decisión de la causa. 7.3. Sobre la capacidad jurídica del Comandante General del Ejército y el Ministro de Defensa Nacional para comparecer en juicio como parte demandada, se establece que si bien la Comandancia General del Ejército y el Ministerio de Defensa Nacional carecen de personalidad jurídica, en esta controversia debió comparecer, en defensa de los intereses del Estado, el Procurador General, funcionario que, en la especie, no consta como demandado pero que, sin embargo, fue citado con la demanda, dedujo excepciones y ejerció el legítimo derecho de defensa, por lo que esta omisión no influyó en la decisión de la causa. 7.4. La demanda se fundamenta en la disposición del Art. 2222 (actual 2195) del Código Civil, que se refiere al pago de lo no debido. De acuerdo a esta disposición legal, para que el pago sea indebido se deben reunir y probar los siguientes requisitos: 1) debe haberse hecho un pago; 2) el pago debe carecer de causa; 3) al efectuarlo, se debe haber cometido un error. (Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 7 de junio de 2001, publicado en la Gaceta Judicial Año CII, Serie XVII, No. 6, pág. 1545). Corresponde entonces analizar si la demanda del actor Compañía El Fénix del Ecuador C.A. reúne estos requisitos. 1. Debe haberse hecho un pago: sobre este aspecto, el actor en su demanda afirma que realizó la reposición del helicóptero Puma S.A. 330-I-455 con el helicóptero individualizado en la cláusula primera del convenio de 3 de junio de 1992, valorado en dos millones ciento sesenta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, situación que no ha sido impugnada por la parte demandada, al contrario, en la contestación de la demanda acepta la existencia del convenio y la recepción de helicóptero en reposición; de tal manera que no queda duda que el accionante realizó un pago. 2. El pago debe carecer de causa. El segundo inciso del Art. 1483 del Código Civil dice que “se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato”. En la especie, la reposición del helicóptero se realizó utilizando el acta de finiquito de 3 de junio de 1992, que obra a fojas 12, en la que Fénix de Ecuador C.A.,

acepta la reposición del helicóptero Puma S.A. 330-I-455, pero este documento no desvirtúa la ausencia completa de prueba que demuestre que esta máquina estuviera cubierta por el seguro, especialmente la póliza No. AV-0169 con vigencia desde el ocho de junio de mil novecientos noventa, para asegurar los riesgos de tres helicópteros: dos Super Puma (AS-332-B) E-464 serie 2100, (AS-332-B) E-465 serie 2105 y un Puma (SA-330-L) E-457 serie 1645; todo lo cual demuestra que el pago no tiene causa. 3. Al efectuar el pago, se debe haber cometido un error. Existe error en la reposición del helicóptero por parte de El Fénix del Ecuador porque esta compañía de seguros lo realizó entendiendo que entregaba la indemnización por el siniestro del helicóptero Puma S.A. 330-I-455, que no estaba asegurado pero que constaba en el acta de finiquito de 3 de junio de 1992, cuando en verdad lo que estaba haciendo es una donación cuantiosa, de dos millones ciento sesenta mil dólares de los Estados Unidos de América, a la Comandancia General del Ejército, sin que tenga obligación alguna de hacerlo y sin cumplir con el requisito de solicitar insinuación judicial por tratarse de una donación superior a los veinte mil sucres. Esta forma de entender la reposición del helicóptero por la Compañía El Fénix del Ecuador, está claramente especificada en la legislación ecuatoriana como un "error de hecho", al tenor del Art. 1469 del Código Civil, que dice: "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación (...). 7.5. Por falta de legitimación activa no se considera la reconvención formulada. OCTAVO.- Por las consideraciones anteriores, 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 la sentencia y en aplicación del Art. 2195 (anterior 2222) del Código Civil, acepta la demanda y dispone que la Comandancia General del Ejército, representada por el señor Ministro de Defensa Nacional, repita el pago de la suma de dos millones ciento sesenta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, equivalente al precio del helicóptero al que se refiere el pago de lo no debido, que consta en convenio de tres de junio de mil novecientos noventa y dos, a favor de la Compañía de Seguros El Fénix del Ecuador C.A.; o en su defecto proceda a la devolución de dicho helicóptero, en las mismas condiciones en que fue recibido. Sin costas ni honorarios. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero y Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces y Manuel Sánchez Zuraty, Conjuez Permanente (Voto Salvado).

Certifico.

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

Certifico que las diecinueve copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 168-2005 F.I. (Resolución No. 192-2007) que, sigue EL FENIX DEL ECUADOR S.A. contra COMANDANCIA GENERAL DEL EJERCITO.- Quito, junio 28 del 2007.

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

No. 193-2007

ACTOR: PETROPRODUCCION.

DEMANDADA: SERAMIN CIA. LTDA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 24 de mayo del 2007; a las 10h00.

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de magistrados, 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 de 2005, publicada en el R. O. No. 165 de 14 de diciembre del mismo año y en virtud de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia de 21 de febrero de 2006, que destina a los conjueces para que actúen en el Area Especializada de lo Civil y Mercantil. En lo principal, en la presente causa No. 256-2004, que sigue PETROPRODUCCION contra SERAMIN CIA. LTDA., el actor y el delegado del Procurador General del Estado, interponen sendos recursos de casación y de hecho contra la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Quito, el 18 de junio del 2004, que absolviendo la consulta formulada, confirma la sentencia pronunciada por el señor Juez Séptimo de lo Civil de Pichincha, que aceptó las excepciones b), c) y d) alegadas por los demandados y desechó la demanda. La Sala, a quien correspondió por sorteo conocer de la causa, en auto de 26 de julio de 2006 y aclaración de 4 de diciembre de 2006, admite a trámite los recursos de hecho y consecuentemente los de casación. Para resolver los recursos de casación, se considera: PRIMERO: Los recurrentes son quienes fijan el ámbito de competencia de la Sala de Casación a través de los cargos precisos contra la sentencia que impugnan. SEGUNDO: **RECURSO DEL DELEGADO DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO**. 2.1. El Dr. Efrén Gavilanes Real, Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, presenta recurso de casación, invocando las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. 2.2. El casacionista indica que se ha realizado una errónea interpretación de las siguientes normas de derecho: de los artículos 2372 al 2390 del Código Civil; que se han dejado de aplicar los artículos 62, 341, 1042, 122 y 419 (sic) del Código de Procedimiento Civil y el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, vigente a la época de la celebración del acta de mediación; que se han dejado de aplicar los artículos 341 inciso tercero y 1042 del Código de Procedimiento Civil y la Sexta Disposición General de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y, que se han interpretado erróneamente los artículos 1725 y 1726 del Código Civil. 2.3. En la fundamentación del recurso, en lo que se refiere a la interpretación errónea de los artículos 2372 al 2390 del Código Civil, dice que el Art. 2372 del Código Civil define a la transacción como un contrato, a través del cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio o precaven uno eventual; que cuando esta transacción da fin a un litigio tiene carácter de sentencia ejecutoriada pasada por

autoridad de cosa juzgada; que puede pedirse la rescisión o nulidad de aquélla (sic); que en el proceso se ha demostrado que el acta de mediación celebrada entre PETROPRODUCCION y la empresa SERAMIN CIA. LTDA., contiene un error esencial porque la mediación partió de tres documentos internos que contenían las liquidaciones, suscritos por el Coordinador de Contratos de la entidad pública, en los que se tomó como índice de reajuste de precios un factor errado; continúa indicando que el error radicaba en reconocer el reajuste de precios y su posterior reliquidación con índices acumulativos desde 1996, porque el reajuste de precios y su liquidación sólo comprendía los contratos números 2000-04 y 2000-08, celebrados en diciembre de 1999, correspondientes al período comprendido entre febrero de 1999 y diciembre de 2000, sin embargo la liquidación de la que se partió para celebrar el acta de mediación había incluido indebidamente los contratos 96-214 y 96-215; dice también que el Art. 2383 ibídem manda que el error acerca de la identidad del objeto sobre el que se quiere transigir anula la transacción, que el error indicado no es solo un error de cálculo que da derecho a que se rectifique el cálculo, y que el error es sustancial porque recae sobre la sustancia o calidad esencial de la cosa materia del contrato. Sobre la falta de aplicación de los artículos 62, 341, 1042, 122, 419 (sic) del Código de Procedimiento Civil y el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, vigente a la época de la celebración del acta de mediación; los artículos 341 inciso tercero y 1042 del Código de Procedimiento Civil y la Sexta Disposición General de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, argumenta, luego de transcribir el considerando noveno de la sentencia impugnada, que el fallo realiza una odiosa diferenciación entre lo que puede o no puede hacerse, cuando un proceso se encuentra para su conocimiento por consulta, y que al dar un "trato distinto" (sic) a la consulta, la Sala dejó de aplicar esas normas legales y soslayó las pruebas presentadas por PETROPRODUCCION en la segunda instancia entre las que se incluyen una serie de documentos públicos, como los de la Contraloría General del Estado que son concluyentes con respecto al error esencial en el acta de mediación y que es el objeto de la demanda; dice que es importante recalcar que los jueces y tribunales tienen inclusive la facultad de ordenar de oficio las pruebas que estimen pertinentes para el esclarecimiento de la verdad, y que en este proceso ni el Juez, ni la Sala de la Corte Superior, ejercieron dicha facultad y más bien conculcaron el derecho de defensa de PETROPRODUCCION. Respecto de la interpretación errónea de los artículos 1725 y 1726 del Código Civil, indica que el acta de mediación celebrada entre los representantes legales de PETROPRODUCCION y SERAMIN CIA. LTDA., no contó con la autorización del Procurador General del Estado, pues su monto superaba el valor previsto en el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, vigente entonces, y siendo la autorización del Procurador una formalidad que debía cumplirse, por lo que la Sala debió declarar la nulidad del acta, aun de oficio, de acuerdo a lo que manda el artículo 1726 del Código Civil, en concordancia con los artículos 1505 y 10 del Código Civil. TERCERO: Sobre las pretensiones del accionante, el Tribunal ad quem en el considerando séptimo de la sentencia, dice: "...En la especie, es de entender que el valor exacto que se dice adeudaba PETROPRODUCCION a SERAMIN por el reajuste de precios de los contratos a los cuales se refiere el acta de mediación, no dice relación o no está comprendido en ninguno de los supuestos últimamente señalados, y que precisamente para establecerlo frente a la diferencia o divergencia surgida entre las partes, es que éstas acudieron al procedimiento alternativo de mediación, que concluyó con el acta que posteriormente fuera cuestionada por el representante de PETROPRODUCCION. Por manera que si al arribar al acuerdo no se satisficieron todos los valores pretendidos por SERAMIN o si se los satisficieron en demasía, como pretende la parte actora, esto no se debería a error, menos substancial, y quizá ni siquiera a error de cálculo (que solo da lugar a rectificación), sino al propio espíritu o filosofía que anima a tal procedimiento alternativo de solución de conflictos..."; y al continuar en el considerando octavo de la sentencia impugnada, dice: "De otro lado, cabe señalar que no obstante que al formular la demanda el actor alega la existencia de error substancial en la determinación del reajuste de precios, error que equivocadamente dice "determina la nulidad absoluta de lo convenido", debido a lo cual demandó la nulidad total y absoluta de la transacción contenida en el acta de mediación a la que hace alusión, durante la estación probatoria y a lo largo de todo el proceso, de manera incongruente, por decir lo menos, orientó sus esfuerzos a justificar la existencia de error de cálculo, sin que desde luego lo haya logrado de manera objetiva, y aun en el evento de haber producido tal justificación, dicho error -de cálculo- no motiva la pretendida nulidad absoluta de la transacción, pues al tenor del Art. 2384 del Código Civil "solo da derecho a que se rectifique el cálculo", lo que no ha sido demandado. Y bien sabido es que en conformidad con la ley, la doctrina y la abundante jurisprudencia existente al respecto, las acciones y las excepciones corresponden a las partes y no al juzgador, para quien está vetado modificar aquéllas, pues en conformidad con el Art. 284 del Código de Procedimiento Civil únicamente debe suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, no pudiendo, pues, el Juez, por sí y ante sí cambiar la acción o la pretensión consignada en la demanda". Esta facultad de las partes, conocida como "principio dispositivo", será analizada detenidamente con posterioridad. CUARTO: 4.1. Respecto del error sustancial en el cual fundamenta su demanda el actor, es necesario hacer algunas consideraciones. La doctrina citada por el Tribunal ad quem en el considerando séptimo del fallo impugnado es correcta en cuanto aclara que el error esencial se produce en dos casos: cuando las partes no se han puesto de acuerdo en la naturaleza del acto o contrato y, cuando no están de acuerdo respecto de la identidad de la cosa de que se trate; y, que al hablar de error esencial, al que denominan error obstáculo o error obstativo, dicen que éste importa ausencia total del consentimiento y acarrea la nulidad absoluta del contrato. En cambio, en el error sustancial existe el consentimiento, pero al mismo tiempo un desconocimiento sobre la verdadera materia de la cosa, a lo que se refieren los artículos 1497 (actual 1470) y 1498 (actual 1471) del Código Civil, lo cual acarrea como sanción la nulidad relativa. El siguiente fragmento doctrinario también ayuda a aclarar el tema: "Hemos indicado ya que Savigny introdujo la distinción clásica entre error impropio y error propio. En el primer caso, según la explicación de Giorgi, por principio indiscutible, todo lo que en un contrato, como en cualquier acto jurídico, constituye un elemento esencial a su naturaleza, si llega a faltar, impide la formación jurídica del mismo. Capacidad natural, objeto o causa son los requisitos esenciales para todo contrato. Ahora bien, supongamos que los contratantes no advierten la falta de uno de estos requisitos, y contratan de buena fe como si existiese. Por ejemplo, si el caso es posible Ticio contrata con un loco

creyéndole cuerdo. Cayo vende a Sempronio una nave, que pocos días antes había perecido en un siniestro marítimo sin que aquél lo supiera. Evidentemente, Ticio, Cayo y Sempronio, en estos casos, *nihil agunt*. Pero preguntamos nosotros: ¿por qué el vínculo contractual no puede adquirir sustancia jurídica? ¿Acaso porque el error ha viciado el consentimiento? Indudablemente no, sino por una causa más directa y eficaz. Baste decir, que para obtener la anulación del contrato ni siquiera importa nombrar el error. El contrato es nulo porque le faltó el consentimiento; es nulo porque no tiene objeto o causa. Savigny, procurando manifestar en una fórmula clara esta característica de error cuando se presenta en las indicadas circunstancias de hecho, lo llamó *error impropio*... Por el contrario, el error es propio, cuando no ataca a los demás requisitos del contrato, sino solamente obra sobre el consentimiento y produce de un modo directo la nulidad o invalidez del contrato; o bien, abre paso a las acciones redhibitorias y a las de resarcimiento de daños o disminución de precio. Si el error propio hace nulo o inválido el consentimiento, se confunde con el que las antiguas escuelas francesas llamaban *esencial* y que la doctrina francesa distingue hoy en dos sub especies, a saber: error obstáculo u obstativo, y error, simple vicio del consentimiento. A) En el derecho francés. El Código Civil francés, sintetizando la doctrina imperante al tiempo de su sanción, concreta toda la teoría del error en su Art. 1110, del que se concluye que existe error esencial que vicia la voluntad de quien lo padece y, por ende, da lugar a la anulación del acto, si el error incide en la persona de la contraparte o en la calidad substancial de la cosa que constituye el objeto del acto. Son los únicos dos supuestos" (Dr. Mateo Goldstein, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo X, p. 527). 4.2. En nuestro derecho positivo también existe la clara distinción entre nulidad absoluta y relativa. El Art. 1697 del Código Civil dice que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes, y que la nulidad puede ser absoluta o relativa. El Art. 1698 ibídem, expresa que la nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas, y que asimismo hay nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato. Sobre el error de hecho, el Art. 1469 ibídem, dice que vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra; y, el Art. 2360 indica que el error de cálculo no anula la transacción, sólo da derecho a que se rectifique el cálculo. 4.3. En el presente juicio, el actor ha demandado la nulidad absoluta por error sustancial, lo cual no procede porque, como hemos analizado este tipo de error solo da derecho a demandar la nulidad relativa. Además, sin embargo de que el actor formula la demanda fundamentándola en la existencia de error substancial en la determinación del reajuste de precios, durante la estación probatoria y a lo largo de todo el proceso, lo que ha hecho es pretender justificar la existencia de error de cálculo, lo cual, no es causa de nulidad absoluta de la transacción, porque de acuerdo al Art. 2360 del Código Civil solo da derecho a que se rectifique el cálculo, y además, el mentado error de cálculo no ha sido demandado. Tampoco se acepta la alegación del casacionista de que en las liquidaciones que constan en el acta habría error esencial, porque esta es una cuestión nueva que se pretende introducir en el recurso de casación, lo cual no es procedente, como lo explicaremos en las siguientes líneas, y debido que se demandó nulidad absoluta por error sustancial. Es menester anotar también que en la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997, no existen normas sobre la nulidad de actas de mediación, y que los jueces y magistrados, como parte de la Función Judicial, no podemos ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley. Por lo expuesto, no se aceptan los cargos de casación presentados por el delegado del Procurador General del Estado. QUINTO: **RECURSO DE PETROPRODUCCION**. 5.1. El Dr. Alfonso Puente Viteri, en calidad de procurador judicial del señor Ing. José Luis Ziritt Recalde, Vicepresidente y representante legal de PETROPRODUCCION, interpone recurso de casación, invocando las causales primera, segunda, tercera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación. 5.2. El casacionista indica que las normas infringidas son los artículos 119, 212 y 272 de la Constitución Política del Estado; los artículos 39, 65, 66 y 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; el Art. 13 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; la disposición sexta de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada mediante Decreto Legislativo 2004-015, de 30 de marzo del año 2004, en el R. O. No. 312, de 13 de abril de 2004; el Art. 341 del Código de Procedimiento Civil; el literal a) del Art. 9 del Reglamento de Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios de Petroecuador, vigente a la suscripción del acta de mediación No. 34; el Art. 5 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contrataciones de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador y sus Empresas Filiales, para obras, bienes y servicios específicos; los artículos 6, literal g) y 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, vigentes a la fecha de suscripción del Acta de Mediación No. 34; los artículos 10, 1488, 1505, 1724, 1725, 1726, 2378 y 2383 del Código Civil. 5.3. En la fundamentación del recurso, dice: a) la sentencia dictada contraviene todo precepto legal toda vez que el Juez no puede declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo, el acta de mediación No. 34 es nula por mandato de la ley, a pesar de lo cual la sentencia la acepta como válida. El Art. 10 del Código Civil; los Arts. 2378 y 2383 del propio Código Civil prescriben, el primero que no vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen; y, el segundo de que el error acerca de la identidad del objeto sobre que se quiere transigir anula la transacción, consecuentemente, se ha transigido sobre derechos inexistentes y la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior falla en contra de estas normas; b) dice que es indiscutible que existe un error conceptual grave, al señalar en la sentencia que sin recurso de apelación alguno de las partes y solo por consulta legal obligatoria de la sentencia dictada por el Juez Séptimo de lo Civil de Pichincha, ha venido en grado el juicio ordinario propuesto en contra de SERAMIN CIA. LTDA., dando la impresión que no le asiste ningún derecho ni al procurador judicial de PETROPRODUCCION, ni al señor Procurador General del Estado, olvidándose que los dos, por igual, se encuentran defendiendo una sentencia adversa a los sagrados intereses del Estado y que no se puede desconocer

el contenido de la Disposición Sexta de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada mediante Decreto Legislativo 2004-015, de 30 de marzo del año 2004, en el Registro Oficial No. 312, de 13 de abril del 2004, que transcribe, y continúa indicando que ello guarda concordancia con lo previsto en el Art. 341 del Código de Procedimiento Civil; c) refiere que el literal a, del Art. 9 del Reglamento de Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios de Petroecuador, vigente a la fecha de suscripción del acta de mediación, dispone que el Consejo de Administración es el órgano competente para autorizar toda transacción cuya cuantía supere el 0.1 % del presupuesto consolidado, es decir toda transacción que supere los 744.428 dólares, con aprobación del Consejo de Administración de Petroecuador, y que esta disposición no se cumplió para entregar a los señores Pérez Intriago y Pérez Ayala la suma que consta en el acta de mediación; d) que PETROPRODUCCION para la suscripción del Acta de Mediación No. 34 no obtuvo la autorización del señor Procurador General del Estado, a la que estaba obligada, ya que la controversia no era indeterminada y era superior a los veinte mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, violando en esta forma lo prescrito por el Art. 5 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador, y sus Empresas Filiales, para obras, bienes y servicios específicos, la disposición invocada guarda concordancia con lo que disponen el Art. 6, literal g) y 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, vigente a la fecha de suscripción del Acta de Mediación No. 34, que tampoco ha sido respetada ni observada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Quito; e) dice también que la sentencia impugnada no consideró preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, así como omitió resolver en ella todos los puntos de la litis, sentencia que, según su criterio, estaba plagada de omisiones y perplejidades que conducen a arribar a conclusiones absurdas, con un anacronismo que conduce al despiste de la verdad y al despropósito (sic), y continua manifestando que los demandados SERAMIN y sus representantes aducen que se trata de una acta de mediación, no es tal, porque el ex -Vicepresidente de PETROPRODUCCION suscribió una acta sin tener facultad para ello, porque los contratos de prestación de servicios preveen (sic) diferentes mecanismos jurídicos para la resolución de sus conflictos, esto es, los jueces comunes, porque no contó con la aprobación del Consejo de Administración de Petroecuador, porque no contó con la autorización del señor Procurador General del Estado, porque obedece a un pacto colusorio contrario a toda norma legal; y, finalmente, porque el máximo organismo de Control Público de los bienes del Estado, la Contraloría General del Estado, la ha impugnado en todas sus partes y ha establecido responsabilidades millonarias en contra de SERAMIN. A continuación el casacionista introduce una parte que la llama "ANTECEDENTES", en la que hace un relato de la forma como se han suscrito los contratos para la prestación de servicios de alimentación, limpieza, lavandería y otros, en varios campamentos del Distrito Amazónico, con sus correspondientes ampliaciones; dice que obrando de buena fe, en cumplimiento a lo dispuesto por el literal a) del Acta No. 34, cancela la suma de $ 570.000, luego de este pago, se da cuanta que los "documentos son falsos" (sic), que nadie se responsabiliza, se promueve varias reuniones ante el Centro de Mediación para buscar una solución, SERAMIN presenta una diligencia preventiva de retención de fondos por la suma de $ 2'347.929,10, ante el Juez Octavo de lo Civil, y con posterioridad presenta el juicio especial de ejecución del acta de mediación, ante el Juez Décimo Primero de lo Civil y obtiene que se le paguen íntegramente todos los valores derivados del acta de mediación; dice que se desconoce cuáles fueron las razones para acudir al Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado; afirma que para la controversia se debió recurrir ante el Tribunal Contencioso Administrativo de conformidad con lo dispuesto por los Arts. 113 de la ley anterior y 108 actual de la Ley de Contratación Pública, y en caso de controversias de carácter exclusivo técnico se debía recurrir al procedimiento arbitral conforme al Libro Segundo, Sección 30 del Código de Procedimiento Civil vigente a esa fecha y que se encuentra derogado; luego hace varios relatos para demostrar que no ha existido discrepancias para haber optado por el mecanismo alternativo de solución de conflictos; afirma que en las conclusiones del Informe de Contraloría se encuentra que la reliquidación de los reajustes de precios se realizó considerando el criterio de la Asesoría Legal de PETROPRODUCCION y la sumilla del Vicepresidente de PETROPRODUCCION, procedimiento que se contrapone con los dispuestos en el Instructivo de Reajuste de Precios de PETROPRODUCCION, lo que ha determinado que la filial reconozca a SERAMIN reliquidaciones diferentes por lo que PETROPRODUCCION se comprometió a pagar los dos millones ochocientos cuarenta y siete mil novecientos veintinueve dólares con diez centavos, y que se han detectado errores de digitación y cálculo; dice también que el informe final de Contraloría estableció que SERAMIN recibió dos millones quinientos cuatro mil trescientos cuarenta y cuatro dólares con siete centavos en exceso; relata que la Contraloría determinó en su informe que Petroproducción no cobró multas a SERAMIN por los incumplimientos de las condiciones contractuales pactadas que SERAMIN cobró por orden del Juez Undécimo de lo Civil de Pichincha y en forma directa el valor de $2'917.929, cuando en realidad la entidad contratada debió pagar $413.585,03, por concepto de reliquidación de reajustes de precios según cálculo realizado por la Contraloría General del Estado, en consecuencia PETROPRODUCCION pagó en exceso la suma de $ 2'504.334,07; expresa que en el numeral 3.3 del acta de mediación se previó la aplicación de lo dispuesto en el Art. 1595 del Código Civil (anterior) aduciendo que la mora purga la mora, a pesar de que a la fecha de suscripción del acta no existieron los montos reales a los que ascendieron las multas impuestas a SERAMIN, ni los intereses a los que hubiere tenido derecho por la falta de pago oportuno a las facturas, por lo que se estima que PETROPRODUCCION no cobró a SERAMIN el valor de $ 482.944, por multas impuestas durante la ejecución de los contratos, luego hace una suma de los supuestos perjuicios sufridos por Petroproducción; continúa diciendo que el literal a) del Art. 9 del Reglamento de Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios vigente a la fecha de suscripción del acta de mediación, dispone que el Consejo de Administración es el órgano competente para autorizar toda transacción cuya cuantía supere el 0.1% del presupuesto consolidado, y enlista a los miembros del Directorio de Petroecuador, para demostrar que el poder es colegiado y no "omnímodo" (sic) de un funcionario; en el acápite XII dice que PETROPRODUCCION para la suscripción del Acta No. 34 no obtuvo la autorización del Procurador General del Estado, a la que estaba obligada, ya que la controversia no era indeterminada y era superior a los veinte mil dólares de

los Estados Unidos de Norteamérica, violando en esta forma lo previsto por el Art. 5 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contratación de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador, y sus Empresas Filiales, para obras, bienes y servicios específicos, y que la disposición invocada guarda concordancia con lo que dispone el Art. 6, literal g) y 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado vigente a la fecha de suscripción del acta de mediación No. 34; luego transcribe fragmentos de la sentencia impugnada con explicaciones sobre su particular punto de vista; menciona que el demandado formula la excepción perentoria, se opone a la cosa juzgada, afirmando que es una sentencia ejecutoriada, pasada en autoridad de cosa juzgada, y por lo tanto, no se puede nulitar (sic), ya que no se trata de una transacción, ni tiene esa calidad, e insiste que similar fundamento tiene la excepción de falta de derecho del actor para deducir la acción, y sigue con una crítica de estos argumentos del demandado hasta terminar esta parte con la afirmación de que el acta de mediación tuvo un informe falso y doloso, y que la afirmación de que el acta de mediación No. 34 tiene la calidad de cosa juzgada no tiene sustento jurídico por principio moral, ético y fundamentalmente jurídico; en el párrafo XVI dice que no se explica que la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia pasa por alto el contenido del Art. 212 de la Constitución Política del Estado, que consagra la potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas a la Contraloría General del Estado, además de la violación de normas de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; luego censura que para los señores ministros (se refiere a la Corte Superior) carece de valor el informe del examen especial a la ejecución y liquidación de los contratos principales y los modificatorios y ampliatorios, suscritos entre PETROPRODUCCION Y SERAMIN CIA. LTDA., que los identifica en el proceso; continúa el párrafo A, insistiendo en que el equipo de auditoria no encontró evidencia documentaria de la existencia de controversias o conflictos que se hayan presentado en las liquidaciones internas preparadas por PETROPRODUCCION y que por tanto se desconocen cuáles fueron las razones para acudir al Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado y relata pormenores sobre este informe de auditoria; luego relata el contenido de oficios que demostrarían la inexistencia de controversias que justifiquen haber acudido al procedimiento de mediación; en el párrafo D, dice que entre las conclusiones del informe de Contraloría se encuentra que la reliquidación de los reajustes de precios de los contratos 96214 y 96215, correspondiente al período noviembre 1996 a enero 1999, se realizó considerando el criterio de la Asesoría Legal de PETROPRODUCCION constante en oficio 056-LEG-2001 y la sumillas del Gerente de PETROPRODUCCION inserta en este documento, procedimiento que se contrapone con lo dispuesto en el Instructivo de Reajuste de precios de PETROPRODUCCION lo que ha determinado que la filial reconozca a SERAMIN CIA. LTDA., reliquidaciones de diferencias de precios calculados con índices del INEC cuyas publicaciones fueron suspendidas y que significaba (sic) el valor más alto a ser reconocido a favor de la contratista, luego relata la forma en que PETROPRODUCCION, por medio de una comisión, reliquidó los reajustes de precios de los contratos suscritos con SERAMIN; a continuación describe la forma en que el equipo de auditoria reliquidó los reajustes de precios de los contratos hasta el resultado que sacó la Dirección de Control de Obras de la Contraloría General del Estado; en el párrafo F, establece que SERAMIN recibió 2'504.344,07 en exceso, y dice que el Coordinador de contratos en su informe concluye que auditoria determinó que existieron observaciones durante la ejecución de los contratos, su liquidación y reajuste de precios así como el no cobro de la multa a SERAMIN por los incumplimientos de las condiciones contractuales pactadas, hechos que se derivaron en errores de cálculo cuando se firmó el acta de mediación entre PETROPRODUCCION y SERAMIN CIA. LTDA., que SERAMIN cobró por orden del Juez Undécimo de lo Civil de Pichincha el valor de US $ 2'917.929,10, cuando en realidad debió pagar US $ 413.585,03 por concepto de reliquidación de reajuste de precios según cálculo realizado por la Dirección de Control de Obras de la Contraloría General del Estado como consta en el memorando 038-DICOP de 21 de enero de 2003, en consecuencia, PETROPRODUCCION pagó US $ 504.344,07 en exceso; que en el numeral 3.3. del acta de mediación se previó la aplicación de lo dispuesto en el Art. 1595 del Código Civil, aduciendo que la mora purga la mora, a pesar de que a la fecha de suscripción del acta no existieron los montos reales a los que ascendieron las multas impuestas a SERAMIN, ni los intereses a los que hubiere tenido derecho por la falta de pago oportuno a las facturas, y que por lo expuesto se estima que PETROPRODUCCION no cobró a SERAMIN el valor de US $ 482.944,00 por multas impuestas durante la ejecución de los contratos; en el literal f) de la página 35 del escrito de recurso de casación el impugnante dice estar sorprendido por la forma sui géneris en que la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia analiza en el considerando séptimo de la sentencia, sobre la nulidad absoluta y el error esencial, pretendiendo justificar lo injustificable (sic) ya que el error sobre el monto a pagarse es la esencia del acuerdo, contraviniendo el propio contenido del Art. 1505 del Código Civil, puesto que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público; en el literal g) siguiente el casacionista otra vez se siente escandalizado por el contenido de la sentencia, cuando cita la frase "...se llegó, en definitiva, a una transacción que está permitida o franqueada por la ley", lo que considera inaceptable porque no se puede transar sobre bienes públicos; en el literal h) siguiente el casacionista hace una larga cita de una parte de la sentencia impugnada para terminar afirmando que los encargados de administrar justicia no pueden desconocer las disposiciones legales, por más jueces que sean (sic), porque todo lo que consta en este considerando se opondría al contenido de los artículos 341, 419 y 420 del Código de Procedimiento Civil, 272 de la Constitución Política del Estado; 39, 65, 66 y 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y Art. 13 de la Ley Orgánica de Administración Financiera, amén de todas las disposiciones que constan en las normas de derecho, por lo que considera que esto rebasa el límite de la lógica (sic); en el literal i) siguiente afirma que la sentencia desconoce el mandato (sic) que contiene el Art. 272 de la Constitución Política del Estado y otras normas y principios de derecho público; en el literal j) siguiente otra vez hace una larga cita de parte de la sentencia impugnada, para concluir que lo citado se contrapone con los principios de orden legal porque no es necesario alegar y/o excepcionarse sobre asuntos que son dispuestos por la ley y reglamentos, ya que su conocimiento y cumplimiento es obligatorio; en el siguiente literal, el k), también el impugnante hace una larga cita textual de la sentencia cuestionada para concluir indicando que salta a la vista que la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia no analizó el

informe final del examen especial a la ejecución y liquidación de los contratos 96214, 96215, 2000-04 y 2000-08 y contratos modificatorios y ampliatorios relacionados con éstos; al fin termina expresando que la sentencia dictada es total y absolutamente ilegal. SEXTO: El Tribunal ad quem en el considerando undécimo dice: "Los señores Dr. Efrén Gavilanes Real, Director de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, en escritos presentados en la Sala, que obran de fs. 6 a 9, y 564 a 567 del cuaderno de este nivel, y el Dr. Alfonso Puente Viteri, procurador judicial del Vicepresidente y representante legal de la Empresa Estatal de Exploración y Producción de Petróleos del Ecuador, PETROPRODUCCION, en escritos de fs. 258-259 y 549 a 562 y otros, con parecidos argumentos, han sostenido, que en el procedimiento que culminara con la suscripción del acta de mediación contentiva de la transacción, cuya nulidad se ha demandado, no se ha citado o notificado, ni ha intervenido el señor Procurador General del Estado, ni su delegado, ni ha mediado tampoco autorización del indicado señor Procurador General, ni del Consejo de Administración de PETROPRODUCCION para la celebración de la tantas veces señalada acta, por lo que el Ing. Rosendo Santos Espinel que la ha suscrito no ha tenido capacidad jurídica para ello; pero debe hacerse presente que ninguno de tales particulares sirvió de fundamento a la demanda, si siquiera fue alegado por la Procuraduría General del Estado luego de que su titular fuera legalmente citado con el memorial inicial, o notificado con la reconvención deducida por el representante de la accionada, y por lo mismo tales particulares no forman parte del cuasicontrato de la litis contestación, no pudiendo ser objeto de decisión del Juez de primer nivel, menos por parte de este Tribunal, que debe limitar su pronunciamiento a absolver la consulta de la sentencia de aquel". SEPTIMO.- 7.1. Sobre el principio dispositivo que da a las partes el derecho para proponer la demanda y las excepciones, es menester indicar que en nuestro país este principio tiene rango constitucional porque consta en el Art. 194 de la Constitución y por tanto prevalece sobre cualquier norma de menor nivel. Determina que las partes son los sujetos activos del proceso ya que sobre ellos recae el derecho de iniciarlo y determinar su objeto, mientras que el Juez dirige el debate y decide la controversia. Este principio rige desde la iniciativa porque el proceso solo se inicia si media la correspondiente petición del interesado por conducto del acto que en lo civil se denomina demanda, respondiendo de esta manera al aforismo latino -nemo iudex sine actore (no hay Juez sin actor) y -ne procedt iudex ex officio (el Juez no puede proceder o actuar de oficio). De esta manera, las partes también imponen el tema de decisión que es el tema de debate o controversia, el tema es fijado por las partes correspondiéndole al demandante determinarlo en la demanda y al demandado en la contestación: esto constituye la materia sobre la cual el Juez da su sentencia. Como complemento de lo anterior el tema de los hechos se funda en los hechos que invocan las partes. El principio dispositivo comprende también la iniciativa para que se decreten las pruebas y practiquen para demostrar los hechos materia del tema de acuerdo con el principio de la carga de las pruebas, es decir, al demandante le corresponde probar los hechos en que sustenta sus peticiones, mientras que al demandado le interesa demostrar sus excepciones, de tal manera que, conforme a este principio, el Juez carece de facultad para introducir pretensiones en la demanda y contestación ni para decretar pruebas de oficio tendientes a aclarar hechos del debate, limitándose a lo que aparezca de las solicitudes por las partes. 7.2. Pero el principio dispositivo tiene directa relación con el principio de contradicción que consiste en que una parte tenga la oportunidad de oponerse a un acto realizado a instancia de la contraparte y a fin de verificar su regularidad, por tanto, es propio de los procesos donde existe un demandante y un demandado, es decir, en los procesos de tipo contencioso. Son dos los aspectos que integran la contradicción: 1) el derecho que tiene la parte de oponerse a la realización de un determinado acto; y, 2) la posibilidad que tiene la parte de controlar la regularidad y cumplimiento de los preceptos legales. Se persigue con este principio evitar suspicacias sobre las proposiciones de las partes. Es por esto que "debe suponerse lógicamente que nadie habrá de tener más interés que el adversario en oponerse y contradecir las proposiciones inexactas de su contraparte; y, por consiguiente, cabe admitir que las proposiciones no contradichas deben suponerse exactas", como lo afirma Eduardo J. Couture. La contradicción no requiere que la parte en cuyo favor se surte realice los actos que con tal efecto consagra la ley, sino basta que se le haga conocer la respectiva providencia, puesto que esto le da la posibilidad de llevarlos a cabo. Es obvio que el demandado podrá ejercer la contradicción de las pretensiones que constan en la demanda y que no podrá hacerlo de aquellas que no constan. De ahí que el principio de contradicción tenga íntima relación con el principio de la publicidad. 7.3. Los dos principios antes mencionados, dispositivo y de contradicción, tienen directa relación con el principio de publicidad, que consiste en dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso por el funcionario judicial. Se lo considera desde dos puntos de vista: Interno y Externo. La publicidad interna se refiere a que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el Juez en el proceso. Así, por ejemplo, el demandado no se entera de manera directa de la demanda sino que se entera de ella mediante la notificación del auto que la admite. Es por esto que la publicidad se cumple mediante las citaciones y notificaciones de las providencias. La publicidad externa es la posibilidad de que personas extrañas al proceso sepan lo que está ocurriendo en el mismo y presencien la realización de determinada diligencia. A lo interno del proceso, la publicidad permite que la contraparte conozca el contenido de la demanda, en la forma que está redactada, y en base a ello ejerza su derecho de defensa. No hay otra forma para que el demandado conozca las pretensiones del actor. 7.4. Además del principio dispositivo, los principios de contradicción y publicidad también tienen rango constitucional, así, el Art. 23, número 26 de la Constitución, reconoce el derecho civil a la seguridad jurídica; y, número 27 del mismo artículo el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones; el Art. 24, numeral 12 de la Constitución, dice que toda persona tendrá el derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra. Esto debe entenderse como el derecho a ser citado con la demanda para informarse de las pretensiones de la contraparte, por lo que la norma no cumple su finalidad de información y es burlada cuando el actor o las partes interesadas introducen cuestiones nuevas luego de que se ha trabado la litis entre las pretensiones de la demanda y las excepciones. 7.5. Principio procesal universal es el de la Congruencia del Juez respecto de la pretensión de las partes, consiste en la concordancia que debe existir entre el pedimento formulado por las partes y la decisión que sobre él tome el Juez. También puede adoptar dos modalidades: la interna y la externa. La externa es la propiamente dicha, se refiere a la concordancia o armonía entre la demanda y la sentencia que se pronuncia sobre ella;

y, la interna es la que mira a la concordancia entre la parte motiva y la resolutiva de la sentencia. 7.6. Existe suficiente jurisprudencia de casación sobre la imposibilidad de introducir cuestiones nuevas luego de que la litis se ha trabado entre las pretensiones de la demanda y las excepciones, y menos en el recurso de casación; para ilustración basta la siguiente dictada por esta misma Sala: "Al respecto, este Tribunal anota que el contenido de este petitorio no fue ni podía ser materia de la litis, por lo que al formular este pedido, el recurrente pretende introducir una cuestión nueva en casación, atentando contra la estabilidad y fijeza de lo discutido, lo cual no se halla permitido, conforme lo ha declarado esta Sala en fallos como el No. 234 de 8 de abril de 1999, publicado en el Registro Oficial 214 de 17 de junio de 1999 (No. 216-2004, Juicio ordinario No. 276-2003, Olga Ochoa-Kléver Izquierdo y otros. Sentencia de 21 de septiembre de 2004. R. O. 537 Suplemento de 4 de marzo de 2005). 7.7. En el caso, los cargos del casacionista que se refieren a cálculos errados en la cantidad pagada en la transacción, y a la supuesta calidad de pruebas de informes de auditorias internas y de organismos de control que rectifican los cálculos a destiempo, no se aceptan porque no se ha demandado que se rectifique el cálculo, como ya se explicó en líneas anteriores. En lo relacionado a los cargos que se hacen en el recurso porque no se ha citado o notificado, ni ha intervenido el Procurador General del Estado, ni su delegado, ni ha mediado tampoco autorización del indicado Procurador General, ni del Consejo de Administración de Petroproducción, para la celebración del acta, por lo que el Ing. Rosendo Santos Espinel que la suscribió no ha tenido capacidad legal para ello, es necesario notar que estos argumentos no constan como fundamentos de la demanda, ni han sido alegados por la Procuraduría General del Estado luego de que su titular fuera legalmente citado, y luego notificado con la reconvención presentada por el representante del demandado, de tal manera que la motivación de derecho que hace el Tribunal ad quem, aplicando el Art. 277 (actual 273) Código de Procedimiento Civil, que dice que la sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis, es correcta. 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 el fallo dictado por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, el 18 de junio de 2004. Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Ministro Juez, (Voto Salvado), Dr. Ramiro Romero Parducci, Ministro Juez y Dr. Manuel Sánchez, Conjuez Permanente y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

Es fiel copia de su original.

Quito, 28 de junio del 2007.

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

VOTO SALVADO DEL SEÑOR DOCTOR CARLOS RAMIREZ ROMERO, MINISTRO JUEZ DE LA SEGUNDA SALA CIVIL Y MERCANTIL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 24 de mayo del 2007; a las 10h00.

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 de 2005, publicada en el R. O. No. 165 de 14 de diciembre de 2005. Los actores, PETROPRODUCCION, a través de su procurador judicial Dr. Alfonso Puente Viteri; y, el Dr. Efrén Gavilanes Real, en su calidad de Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, interponen sendos recursos de casación en contra de la sentencia dictada el 18 de junio de 2004, las 15h30 por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Quito que confirma la pronunciada por el Juez Séptimo de lo Civil de Pichincha mediante la cual se desechó la demanda ordinaria de "*nulidad total y absoluta de la transacción contenida en el Acta de Mediación No. 34 Proceso 2001-53 de 28 de junio del 2001, en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado*" (fs. 36, expediente de primera instancia) que los recurrentes iniciaron en contra de la compañía SERAMIN CIA. LTDA., representada por Federico Pérez Intriago y Federico Pérez Ayala, en sus respectivas calidades de Presidente y Gerente General. PETROPRODUCCION, a través de su procurador judicial, considera infringidos los Arts. 119, 212 y 272 de la Constitución Política del Estado; los Arts. 39, 65, 66 y 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; el Art. 13 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; la Disposición Sexta de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (Decreto Legislativo 2004-015 de 30 de marzo de 2004, publicado en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004); el anterior Art. 341 del Código de Procedimiento Civil; el literal "a)" del Art. 9 del Reglamento de Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios de PETROECUADOR, vigente a la suscripción del acta de mediación No. 34; el Art. 5 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contrataciones de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y sus Empresas Filiales, para Obras, Bienes y Servicios Específicos; los Arts. 6 literal "g)" y 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, vigentes a la fecha de suscripción del acta de mediación No. 34; y, los anteriores Arts. 10, 1488, 1505, 1724, 1725, 1726, 2378 y 2383 del Código Civil. Fundamenta el recurso en las causales 1ª, 2ª, 3ª y 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación, omitiendo especificar si respecto de tales normas habría existido aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación en la sentencia. Por su parte, el Dr. Efrén Gavilanes Real, en su calidad de Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, fundamenta su recurso en las causales 1ª y 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación por cuanto existiría en la sentencia recurrida, una errónea interpretación de los anteriores Arts. 2372, 2383, 2386, 2384, 1725 y 1726 del Código Civil; y, una falta de aplicación de los anteriores Arts. 62, 341, 419, 1042 y 122 del Código de Procedimiento Civil y del Art. 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado vigente a la época de celebración del acta de mediación, normas "*…que tienen relación con las pruebas y a (sic) la tramitación de los juicios que se encuentran ante el Superior por consulta*" (fs. 691, expediente de segunda instancia). Encontrándose el juicio 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 11 de octubre de 2004 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. Los recursos de casación interpuestos por la parte actora han sido calificados y admitidos al trámite correspondiente mediante auto de 26 de julio de 2006, las 15h00. SEGUNDO: **RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR EL PROCURADOR JUDICIAL DE PETROPRODUCCION**. El recurso de casación interpuesto por PETROPRODUCCION (fs. 644 a 686, del expediente de segunda instancia), a través de su procurador judicial, Dr. Alfonso Puente Viteri, no se encuentra debidamente fundamentado en cuanto a la alegación de las causales 1ª, 2ª y 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación, conforme esta Sala pasa a analizar: 2.1. El recurrente considera que la sentencia dictada por el Tribunal ad-quem viola el anterior Art. 1726 del Código Civil (fs. 648, expediente de segunda instancia), que infringe el Art. 272 de la Constitución Política del Estado (fs. 650, *ibídem*); que viola el anterior Art. 1505 del Código Civil (fs. 651, *ídem*); que infringe el Art. 119 de la Constitución Política del Estado (fs. 651, *ídem*); que infringe el Art. 5 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contrataciones de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y sus Empresas Filiales, para Obras, Bienes y Servicios Específicos (fs. 651, *ídem*); que infringe el anterior Art. 1488 del Código Civil (fs. 652, *ídem*); que viola el anterior Art. 10 del Código Civil (fs. 652, *ídem*); que infringe el anterior Art. 2378 del Código Civil (fs. 653, *ídem*); que viola los anteriores Arts. 1724, 1725 y 1726 del Código Civil (fs. 653, *ídem*); y, que "*La Sentencia no consideró que el Art. 118 de la Constitución Política del Estado al señalar qué Organismos, constituyen las Instituciones del Estado, añade en su inciso final, que estos Organismos y Entidades integran el Sector Público, (…)*" (fs. 654, *ídem*). Prosigue el recurrente señalando que la sentencia impugnada contraviene todo precepto legal; que falla en contra de las mencionadas normas del Código Civil; que desconoce la Disposición Sexta de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (Decreto Legislativo 2004-015 de 30 de marzo de 2004, publicado en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004); que tampoco habrían sido respetados ni observados por el Tribunal ad-quem los Arts. 6 literal "g)" y 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, vigentes a la fecha de suscripción del acta de mediación No. 34; que la sentencia impugnada no consideró preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba –*sin especificar cuáles*-, y que omitió resolver en ella todos los puntos de la litis –*sin determinar los puntos de la litis que, a su entender, no habrían sido resueltos*-; y, que la sentencia no reparó, no analizó, ni respetó elementos que serían de trascendencia vital para aplicar la correcta administración de justicia (fs. 658, expediente de segunda instancia). Más adelante señala el recurrente que el Tribunal ad-quem violenta los Arts. 39, 65, 66 y 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y el Art. 13 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (fs. 669 y 670, expediente de segunda instancia); que la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Quito, contraviene el propio contenido del anterior Art. 1505 del Código Civil (fs. 679, *ibídem*); que lo expuesto en el considerando noveno del fallo impugnado se opone al contenido de los anteriores Arts. 341, 419 y 420 del Código de Procedimiento Civil, del Art. 272 de la Constitución Política del Estado, de los Arts. 39, 65, 66 y 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y, del Art. 13 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (fs. 681, *ídem*). Finalmente, el recurrente manifiesta que el Tribunal ad-quem desconoce en la sentencia recurrida el mandato que contiene el Art. 272 de la Constitución Política del Estado. 2.2. El procurador judicial de PETROPRODUCCION no determina en el recurso qué normas de las que considera infringidas corresponden a las normas de derecho ni cómo su violación habría sido determinante en la parte dispositiva del fallo (causal 1ª); ni cuáles comportan normas procesales que hubieren viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, ni cómo su violación habría influido en la decisión de la causa (causal 2ª); y, tampoco cuáles corresponden a preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba ni señala cómo éstas habrían conducido a la equivocada aplicación o a la inaplicación de normas de derecho en la sentencia (causal 3ª). Tal indeterminación y dispersión no puede ser suplida, corregida, interpretada ni, peor aún, acomodada por el Tribunal de Casación a fin de hacer viable el recurso de casación, ya que esta Sala debe moverse única y exclusivamente dentro de los límites establecidos por el propio recurrente en su recurso, sentido en el cual se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia al decir que "*…La actividad del órgano jurisdiccional de casación se mueve, de igual modo que en una instancia, por el impulso de la voluntad del recurrente; y es él, quien en los motivos que el recurso cristaliza, condiciona la actividad del Tribunal y señala de antemano los límites que no pueden ser rebasados. Dado el carácter de extraordinario del recurso, por la limitación de los medios de que es lícito valerse al utilizarlo e interponer el recurso de casación, el artículo 6 de la referida ley, constituye norma formularia a la que es indispensable ajustar el escrito en el que se interponga el recurso, lo cual responde a la necesidad de que se señale de modo preciso los términos dentro de los que se ha de plantear el litigio entre el recurso y la sentencia que por su medio se combate (…)*" (Resolución No. 687-97 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 19 de febrero de 1998). 2.3. Por otra parte, el procurador judicial de PETROPRODUCCION se refiere en su recurso, de manera genérica, a la violación, al desconocimiento, a la infracción, a la contravención, a la oposición, al irrespeto, a la inobservancia, etc., de las normas que considera infringidas, respecto de lo cual realiza un extenso alegato. Sin embargo, no especifica de manera inequívoca el vicio que, a su entender, estaría afectando a las normas que consideró infringidas; en otras palabras, respecto de aquéllas no determina si existió aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, lo cual imposibilita que este Tribunal de Casación pueda analizar la procedencia o no de los cargos basados en las causales 1ª, 2ª y 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación que establecen expresa y claramente que la "aplicación indebida" o la "falta de aplicación" o la "errónea interpretación" son los únicos vicios que pueden afectar a la normativa legal que se estime infringida, no pudiendo ésta ser afectada por un vicio no previsto, imprecisión frente a la cual esta Sala no puede pronunciarse porque no le corresponde interpretar el vicio al que, eventualmente, quiso referirse el recurrente ni resolver la existencia de un vicio no previsto en la ley de la materia. Ya lo ha sostenido la Corte Suprema al decir que "*(…) La importancia de la fundamentación del recurso es tal, que Devis Echandía, en su obra 'Compendio de Derecho*

Procesal', al respecto anota: 'La Corte no puede examinar causales no alegadas, ni errores de la sentencia no alegados aunque pueda corresponder a una de las causales escogidas por el recurrente. En esto se diferencia de la apelación y por ello no se trata de otorgar una tercera instancia'. *Por su parte Véscovi, en su obra 'Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica' enseña que 'El recurso de casación en todos los sistemas está sometido a estrictas reglas formales, especialmente en lo que se refiere a los requisitos para la interposición del recurso', añade: 'Resulta esencial el respeto a dichas formas, que no son simples requisitos extremos sin contenido. Y que determinan el rechazo, por razones de forma, del recurso de casación, dentro de la calificación primaria de admisibilidad que todos los sistemas incluyen', y dando más fuerza a estas ideas, agrega: 'Podemos reproducir, al respecto, las exactas expresiones del profesor argentino Fernando de la Rúa, cuando expresa: <No son solemnidades innecesarias ni mecanismos sacramentales que hayan perdido su justificación procesal…> sino que <responden a la necesidad, siempre actualizada, de no quitar al recurso su carácter de medio de impugnación verdaderamente extraordinario que supone –por eso mismo- el previo cumplimiento de obligaciones inexcusables, para evitar que en la práctica se concluya por desvirtuarlo>'. El profesor Fernando de la Rúa, en su obra, 'El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino' manifiesta que 'El recurso de casación debe ser motivado, y esa motivación debe ser suministrada por la parte recurrente en el mismo escrito de interposición, determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta*'" (Resolución No. 687-97 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 19 de febrero de 1998). En este mismo sentido tenemos que "*(…) La casación, como bien lo señala la doctrina procesal, es considerada como una demanda contra la sentencia y en tal virtud, debe quedar trabada la litis con relación a las normas de derecho, normas procesales y preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que se estimen aplicados indebidamente, erróneamente interpretados y no aplicados: dichas circunstancias deben quedar expuestas en forma clara por el recurrente para que proceda la impugnación. Por otro lado, el recurrente no ha tenido presente que los vicios a los que hace referencia el Art. 3 de la ley en cuestión, son excluyentes entre sí; no pueden concurrir simultáneamente la aplicación indebida, falta de aplicación y errónea interpretación de una misma norma de derecho, de una misma norma procesal o de un mismo precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, la mera enunciación de las causales no constituye la fundamentación del recurso, se requiere del análisis del vicio en relación a la norma de derecho, norma procesal y precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba (…)*" (Fallo de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 5 de diciembre de 1997, publicado en la Gaceta Judicial, año XCVII, No. 10, pág. 2522). Por los motivos expuestos en este considerando, la Sala se ve imposibilitada de analizar la supuesta infracción de la normativa legal invocada por el procurador judicial de PETROPRODUCCION que lo habría llevado a invocar las causales 1ª, 2ª y 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación. TERCERO: En cuanto a la causal 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación, invocada por el procurador judicial de PETROPRODUCCION, esta Sala realiza el siguiente análisis: 3.1. La aplicación de la causal 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación tiene lugar cuando la sentencia impugnada ha resuelto aquello que no fue materia del litigio (*extra petita*), o cuando ha omitido resolver todos los puntos de la litis (*citra petita*). 3.2. La entidad recurrente, respecto de la causal 4ª en análisis, sólo menciona que el Tribunal ad-quem habría omitido resolver en ella todos los puntos de la litis (fs. 658, expediente de segunda instancia) pero no especifica a qué puntos insolutos de la litis se refiere. A lo largo del recurso que interpone no realiza fundamentación alguna de esta causal, es decir, no precisa el asunto controvertido que, a su entender, no ha sido resuelto en la sentencia impugnada por lo que este Tribunal de Casación no puede actuar oficiosamente a fin de suplir la omisión en que ha incurrido el recurrente por lo que se ve impedido de pronunciarse respecto del cargo alegado. CUARTO: **RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR EL DELEGADO DE PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO**. Habiéndose fundamentado este recurso en la causal 1ª –por errónea interpretación de los anteriores Arts. 2372, 2383, 2386, 2384, 2390, 1725 y 1726 del Código Civil- y en la causal 3ª -por falta de aplicación de los anteriores Arts. 62, 341, 1042, 122 y 419 del Código de Procedimiento Civil y del Art. 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado vigente a la época de celebración del acta de mediación- del Art. 3 de la Ley de Casación, siguiendo la técnica jurídica, corresponde a esta Sala analizar estos cargos en el siguiente orden lógico: a) Causal 3ª; y b) Causal 1ª. QUINTO: La causal 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación se refiere a la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que hubieren conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia. 5.1. En la especie, el recurrente deja en el plano meramente enunciativo la supuesta falta de aplicación de los anteriores Arts. 62 y 122 del Código de Procedimiento Civil ya que, respecto de ellos, no realiza fundamentación alguna como lo dispone el numeral 4º del Art. 6 de la Ley de Casación; tampoco señala cómo la supuesta inaplicación de dichas normas habría conducido a la equivocada aplicación o a la inaplicación de normas de derecho en la sentencia. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha resuelto lo siguiente: "*…Sucede que los recurrentes se han limitado a mencionar como violados los artículos 953, 2416, 2422, 2434 y 734 del Código Civil, 'sin explicar de qué manera ha influído en la parte dispositiva de la sentencia...' cada una de las pretendidas violaciones; tampoco han expresado de qué manera los fundamentos en que se apoya el recurso de casación han inspirado la referida parte dispositiva; los recurrentes simplemente han realizado una corta relación de los antecedentes pero sin demostrar de qué manera tales hechos afectaron el fallo. La ley uruguaya contiene una exigencia semejante a la impuesta por el número cuatro del artículo 6 de nuestra Ley de Casación, comentando tal mandamiento, el tratadista Enrique Vescovi aconseja a los jueces 'que debe reclamarse que se indique el error y la correcta solución de la situación jurídica objeto de la sentencia de que se recurre. La invocación debe ser clara y no mera referencia o crítica general', Fernando de la Rúa en Argentina y Humberto Murcia en Colombia, sostienen la misma opinión; y es que conforme a la doctrina más autorizada el recurso de casación debe ser tan completo que por sí solo, permita al juzgador conocer los motivos de la impugnación y su influencia en el fallo pertinente. Por lo tanto no puede admitirse el recurso propuesto.(…)*" (Fallo de la Sala Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia de 7 de septiembre de 1994, publicado en la Gaceta Judicial, año XCIV, No. 1, pág. 8). 5.2. Por otro lado, los anteriores Arts. 341 (actual 337) –cuyo tercer inciso es de

similar tenor literal que la Disposición Sexta de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado que también se denuncia inaplicada-, 419 (actual 410) y 1042 (actual 990) del Código de Procedimiento Civil no comportan preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que justifiquen la invocación de la causal 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación, sino normas de procedimiento, ya que el primero prevé básicamente que si las partes renunciaren la apelación durante el pleito, los jueces no concederán ningún recurso, que las instituciones del Estado no pueden renunciar a la apelación, que las sentencias judiciales adversas a las instituciones del Estado se deben elevar en consulta a la respectiva corte superior aunque las partes no recurran y, que en la consulta se procederá como en los casos de apelación; el segundo, establece el derecho de cualquiera de las partes para solicitar dentro del término oportuno que se actúen pruebas en segunda instancia dentro de un juicio ordinario; y, el tercer artículo prevé que en las causas que interesen al Estado y sus instituciones que hayan subido por consulta a los tribunales, se procederá como en los casos de apelación oyendo primero al fiscal. En tal virtud, el recurrente ha equivocado la causal que invoca respecto de estas normas, equivocación que no puede ser pasada por alto por este Tribunal, mucho menos enmendada. 5.3. Además, si bien es cierto que la apelación o segunda instancia en los juicios ordinarios, como lo es el de la especie, está regulada desde el actual Art. 408 hasta el Art. 412 del Código de Procedimiento Civil, no es menos cierto que de conformidad con el actual Art. 410 (anterior 419) de dicho cuerpo legal, cualquiera de las partes tenía el derecho para solicitar oportunamente que se actuaran pruebas, caso en el cual la Corte Superior debía conceder una etapa probatoria por el término de diez días (actual Art. 411 del Código de Procedimiento Civil), atendiendo el principio dispositivo de nuestro sistema procesal civil. De autos no aparece que, en la especie, parte procesal alguna haya solicitado al Tribunal ad-quem la apertura del término probatorio conforme lo faculta el mencionado Art. 410 por lo que mal podía la Corte Superior aplicar de oficio lo previsto en el actual Art. 411 del mismo código aperturando un término probatorio no solicitado. 5.4. Sin perjuicio de lo cual, en el mismo considerando NOVENO de la sentencia impugnada aparece la apreciación probatoria que el Tribunal ad-quem habría realizado de documentación reproducida no sólo en primera sino también en segunda instancia, pese a que en esta última, a decir de la Primera Sala Civil de la Corte Superior, "*…ya no era factible la presentación válida de diligencia probatoria alguna…*" (fs. 637 vta., expediente de segunda instancia). En base a tal apreciación probatoria, la Primera Sala de la Corte Superior de Quito consideró -y cuenta con plena facultad para hacerlo según el actual Art. 115 (anterior 119) del Código de Procedimiento Civil- que toda esa documentación no constituía prueba de la existencia del error alegado por la parte actora, y mucho menos de error en la identidad del objeto. Debe mencionarse que la apreciación probatoria que realiza el Tribunal ad-quem no puede ser revisada por esta Sala toda vez que "*…cabe citar la jurisprudencia consignada en la Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 4 pág. 894 a 895 que dice. '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, 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 artículo 119 del Código de Procedimiento Civil dispone que la prueba debe ser apreciada en conjunto de acuerdo con las regias 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 por que lejos de contener preceptos sobre apreciación de la prueba, faculta a los tribunales para apreciarla conforme a las reglas de la sana crítica, reglas que no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por lo tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado(…)*" (Fallo de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 11 de marzo de 1998, publicado en la Gaceta Judicial, año XCVIII, serie XVI, No. 11, pág. 2826). En virtud de lo manifestado, se desecha el cargo analizado en este considerando. SEXTO: La causal 1ª del Art. 3 de la Ley de Casación se refiere a la violación de normas de derecho en la sentencia que hubieren sido determinantes en su parte dispositiva. 6.1. En su recurso, el delegado del Procurador General del Estado manifiesta de manera global que la sentencia recurrida habría realizado una errónea interpretación de "*…los artículos 2372 al 2390 del Código Civil…*" (fs. 689, expediente de segunda instancia), aunque más adelante concreta esa generalización refiriéndose únicamente a los anteriores Arts. 2372, 2383, 2384 y 2386 (actuales Arts. 2348, 2359, 2360 y 2362, respectivamente) del Código Civil. 6.2. Estas normas de derecho conceptúan la transacción, establecen que el error sobre la identidad del objeto la anula, que el error de cálculo no la anula sino que otorga el derecho a que se rectifique el cálculo y, que la transacción surte el efecto de cosa juzgada aunque puede pedirse su nulidad o rescisión. En base a ellas, la parte actora equipara el acta de mediación –prevista en la Ley de Arbitraje y Mediación- con la transacción -regulada desde el actual Art. 2348 hasta el Art. 2366 del Código Civil- para manifestar que el Tribunal ad-quem interpretó erróneamente las normas que regulan a esta última. Esta Sala de Casación considera necesario establecer si al acta de mediación, materia del litigio iniciado, le son aplicables las normas que regulan la transacción, por lo que al efecto estima que: 6.2.1. La transacción y la mediación son considerados medios de resolución de conflictos no adversariales, aunque la primera implica una negociación extrajudicial directa entre las partes en conflicto, a diferencia de la mediación que consiste básicamente en una negociación asistida por un tercero, el mediador (Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, "*Qué es la Mediación*", Ed. Abeledo Perrot, 3ª ed., Buenos Aires, 1995, pág. 15). En este sentido la Real Academia Española define al verbo "transigir" como la acción de "*Consentir en parte con lo que se cree justo, razonable o verdadero, a fin de acabar con una diferencia.(…) Ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa*", y al vocablo "*mediar*", como la acción de "*||3. Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad. (…)*" (Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, 22ª ed). Guillermo Cabanellas considera que la mediación consiste en una "*Participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados. ||Apaciguamiento, real o intentado, en una controversia, conflicto o lucha||(…)*" y que la transacción es la "*Concesión que se hace al adversario, a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aun estando cierto de la*

razón o justicia propia. ||Adopción de un término medio en una negociación; ya sea en el precio o en alguna otra circunstancia. (…)" (Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VIII, Ed. Heliasta). Autores argentinos distinguen que la transacción se produce conforme lo dispuesto por la ley sustancial cuando ambas partes, efectuándose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas (en juicio), y que la transacción celebrada extrajudicialmente requiere homologación del Juez para producir efectos en el proceso (Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, Op. Cit., pág. 38). 6.2.2. Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, en su Art. 43, define a la mediación como "*un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto*" mientras que la transacción comporta un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, según la definición recogida en el actual Art. 2348 del Código Civil. 6.2.3. Destacando algunas de las características del procedimiento de mediación, podemos mencionar que su procedencia está supeditada a la existencia de un convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a tal procedimiento, convenio que impide someterlos directamente a la justicia ordinaria (Art. 46, Ley de Arbitraje y Mediación). Como procedimiento que es, la mediación se inicia con una solicitud conjunta por escrito o con una invitación a mediación cursada por una de las partes, que debe cumplir con determinados requisitos y debe observar además otros tantos relativos a su procedibilidad (Art. 45 *ibídem*). Este procedimiento puede llevarse a cabo válidamente ante el mediador de un Centro de Mediación o ante un mediador independiente debidamente autorizado (Arts. 44 y 48 *ibídem*), tiene además el carácter de confidencial (Art. 50 *ibídem*) y concluye con la firma del acta de mediación o con el acta de imposibilidad de acuerdo suscrita por las partes y el mediador (Art. 47, *ibídem*). El acta de mediación, en que consta el acuerdo, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y su ejecución se lleva a cabo del mismo modo que las sentencias de última instancia **siguiendo la vía de apremio** (Art. 47, inciso 4º, *ibídem*). 6.2.4. Por su parte, la transacción, regulada en la ley civil sustantiva -sobre la cual prevalece, en caso de oposición, la Ley de Arbitraje y Mediación cuyo carácter es especial (Art. 60)-, no es sino el resultado de negociaciones directas entre las partes con el objeto de poner fin a un juicio o litigio o de precaver un litigio eventual. Estas negociaciones no tienen que observar procedimiento alguno y terminan con la respectiva acta transaccional suscrita única y exclusivamente por las partes en conflicto. Si bien es cierto que la transacción surte el efecto de cosa juzgada de última instancia (actual Art. 2362, Código Civil), no es menos cierto que **su ejecución se materializa a través de un juicio ejecutivo**, sin seguir la vía de apremio como lo hace el acta de mediación, toda vez que constituye título ejecutivo, según lo previsto en el actual Art. 413 del Código de Procedimiento Civil, pero su fuerza ejecutiva radica, además, en el reconocimiento que de ella realicen las partes ante el Juez o ante el notario público, porque de lo contrario la transacción no pasa de ser un contrato privado carente de ejecutividad. Estas características, que legalmente diferencian a la mediación y al acta en ella obtenida, de la transacción, y las convierte en instituciones diversas, impiden que a la mediación le sea aplicable la normativa general aplicable a la transacción prevista en el Código Sustantivo Civil, de igual manera que a ésta última no puede serle aplicable la normativa especial prevista para la mediación en la Ley de Arbitraje y Mediación, por lo que en la especie no cabía siquiera la aplicación de las reglas relativas a la transacción, al acta de mediación cuya nulidad se demanda. 6.2.5. Esta Sala, sin embargo, considera necesario señalar que el Art. 2383 (actual Art. 2359) del Código Civil, en base al cual la entidad estatal demandó la nulidad absoluta de la supuesta transacción contenida en el acta de mediación establece que el error acerca de la identidad del objeto sobre el que se quiere transigir anula la transacción, sin embargo, el artículo siguiente (actual Art. 2360) establece que el error de cálculo no anula la transacción sino que sólo da derecho a que se rectifique, de lo cual se desprende que el error de cálculo difiere en cuanto a su naturaleza y efectos, del error sobre la identidad del objeto ya que éste, según nuestro Código Civil, vicia el consentimiento y es causal de la nulidad relativa del acto o contrato (actuales Arts. 1470 y 1698), mientras que aquél no lo anula. En la demanda, la entidad actora afirma que "… *se produce un cálculo incorrecto del reajuste de precios, en razón de que se aplicó el índice acumulado desde 1996. (…) y en segundo lugar se calcula el reajuste de precios con el índice real de 0.2423 en vez de 4.5934 que fue erróneamente utilizado*". Más adelante, continúa la entidad manifestando que "*Al haberse verificado el error substancial incurrido en el procedimiento para el cálculo del valor del Reajuste de Precios de los contratos…*" (fs. 34, expediente de primera instancia). De estas afirmaciones se desprende con claridad meridiana que el error, que a criterio de PETROPRODUCCION fue sustancial en el acta de mediación, consistió en un error de cálculo que legalmente no afecta el consentimiento, sino que otorga el derecho a ser rectificado. Por otro lado, si bien la estatal petrolera demanda la nulidad **absoluta** en base al error en que habría incurrido (fs. 36, expediente de primera instancia), en los fundamentos de derecho de la misma demanda manifiesta de manera confusa que "*Puede definirse al error sustancial como aquel que versa sobre cualquier cualidad del objeto que mueve a las partes a contratar, de tal manera que si falta, dichas partes no habrían consentido. De producirse este error, su efecto es la nulidad **relativa**, existe consentimiento pero viciado, por lo tanto hay contrato pero anulable*" (fs. 35, expediente de primera instancia). En efecto, y como se verá más adelante, la nulidad relativa es la regla general por lo que el error en la identidad del objeto previsto en el actual Art. 2359 del Código Civil, al no estar expresamente sancionado con la nulidad absoluta, produce nulidad relativa, en concordancia con lo previsto en el actual Art. 1698 (anterior Art. 1725) del Código Civil. En este sentido, como bien concluyen los autores colombianos Ospina Fernández y Ospina Acosta "*…el error sobre la naturaleza del negocio, o sobre la identidad del objeto, o sobre su sustancia o calidad esencial, o sobre los móviles determinantes conocidos de las partes al tiempo de celebrar el acto, bien sea que estos se refieran a las calidades accidentales del objeto, bien sea que se refieran a otros puntos, …no impiden la formación del consentimiento, sino que constituyen tan solo vicios de éste (…) De manera que los vicios de la voluntad en general, que no entran en la enumeración de las causales de nulidad absoluta de los actos jurídicos, producen nulidad relativa de estos*" (Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta, Teoría General del Contrato, Ed. Temis, 4ª ed., pág. 198 y 199). En virtud de lo manifestado en este considerando, se rechaza el cargo analizado. SEPTIMO: En el caso *sub júdice*, la entidad recurrente, con

relación a la casual 1ª del Art. 3 de la Ley de Casación, también estima que ha existido una errónea interpretación de los anteriores Arts. 1725 y 1726 (actuales Arts. 1698 y 1699) del Código Civil. El actual Art. 1698 del Código Civil establece que "*La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato*" y el Art. 1699 del mismo cuerpo legal prevé que "*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el ministerio público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años*". OCTAVO: El acta de mediación, con la que concluye el proceso de mediación y que contiene el acuerdo voluntario que pone fin al conflicto surgido entre las partes, comporta un convenio que debe cumplir con los requisitos que todo acto o declaración de voluntad, tiene que reunir para su validez. En su recurso, el delegado del Procurador General del Estado, considera expresamente que en la sentencia recurrida se habrían interpretado erróneamente los anteriores Arts. 1725 y 1726 (actuales Arts. 1698 y 1699) del Código Civil "*porque el acta de mediación… no contó con la autorización del Procurador General del Estado, pues su monto superaba el valor previsto en el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, vigente entonces (R. O. 335 de 9 de junio de 1998) y siendo la autorización del Procurador, antes y también ahora, una formalidad que debía cumplirse, la Sala debió declarar la nulidad del acta, aun (sic) de oficio, de acuerdo a lo que manda el artículo 1726 del Código Civil, en concordancia con los artículos 1505 y 10 del Código Civil*" (fs. 691 y 692, expediente de segunda instancia); sin embargo, el anterior Art. 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado publicada en el Registro Oficial No. 335 de 9 de junio de 1998, establecía lo siguiente: "*En las controversias judiciales derivadas de actos administrativos o de contratos, el Procurador General del Estado* ***podrá autorizar*** *a los representantes legales de las dependencias, entidades u organismos del sector público, a petición de éstos y previo informe favorable del Director o Asesor Jurídico respectivo, allanarse o desistir de la demanda, transigir o terminar el juicio por mutuo consentimiento, cuando la cuantía sea superior a 2.000 salarios mínimos vitales del trabajador en general o, cuando sea de cuantía indeterminada que pueda exceder dicho monto. El Procurador podrá ejercer también esta facultad cuando directamente comparezca como actor o demandado en el juicio. (…) En los casos en los que se hubiere previsto el arbitraje como medio de solución, se estará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación*", norma legal que en aquel entonces establecía básicamente una facultad del Procurador General del Estado que podía ejercerla únicamente a petición de las dependencias, entidades u organismos del Estado, facultad cuya falta de ejercicio no estaba sancionada expresamente de manera alguna, mucho menos con la nulidad absoluta. Esta afirmación cobra fuerza a la luz del siguiente análisis: La nulidad relativa es la regla general en nuestro derecho. Así lo dispone el actual Art. 1698 del Código Civil al señalar que "*La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato*" de lo que se desprende que cualquier otro vicio que no produce nulidad absoluta, produce nulidad relativa. La norma sustantiva transcrita también establece una distinción entre la omisión de requisitos o formalidades prescritas por la ley para el valor del acto o contrato en consideración **a su naturaleza** –que acarrea nulidad absoluta- y la omisión de aquellas que dicen relación con la **calidad o estado de las personas que los ejecutan** -que acarrearía nulidad relativa-. Al respecto el chileno Alessandri Besa, sostiene que "*…es evidente que dicha disposición se refiere únicamente a los requisitos de forma que deben concurrir en determinados actos para que sean válidos; y así, mientras hay algunos que se exigen en un acto o contrato en atención a su naturaleza misma, como sucede con la escritura pública en la compraventa de bienes raíces y con los demás que enumeramos al tratar de las causales de nulidad absoluta, y que nada tienen que ver con la persona que interviene en el acto jurídico, hay otros que se exigen precisamente en consideración al estado o calidad de esa persona. Estos requisitos externos del acto o contrato, que se exigen en atención al estado o calidad de la persona que lo ejecuta o celebra, se denominan generalmente 'formalidades habilitantes' porque mediante su cumplimiento, se permite que personas que adolecen de alguna incapacidad civil, puedan manifestar válidamente su voluntad*" (Arturo Alessandri Besa, "*La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*", Tomo II, Ediar Editores Ltda., Santiago-Chile, pág. 686). El tercer inciso del actual Art. 1463 del Código Civil dispone que "*Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de esta clase de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes*", sobre lo cual el mismo autor chileno ha establecido que "*La nulidad que proviene de la incapacidad relativa puede tener en el hecho, dos causas: que el acto haya sido ejecutado por un relativamente incapaz, y que no se haya cumplido con las formalidades habilitantes que complete la capacidad de aquél y lo habilite para celebrar actos jurídicos válidos, por eso, se acostumbra señalar como causa de nulidad relativa 'los actos de los relativamente incapaces' y, por otra parte, 'la falta de las formalidades habilitantes'. Estimamos innecesario hacer esta distinción, que no se justifica, porque ambas causas están tan estrechamente unidas que considerarlas separadamente sería entrar en repeticiones inútiles…*" y continúa el autor diciendo que "*son dos aspectos de una misma causal de nulidad relativa: la incapacidad relativa de la persona que ejecuta el acto jurídico, que se subsana mediante el cumplimiento de determinadas formalidades*" (Arturo Alessandri Besa, Op. Cit., pág. 764). Como consecuencia tenemos que la facultad del Procurador General del Estado prevista en el anterior Art. 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado publicada

en el Registro Oficial No. 335 de 9 de junio de 1998, no era un requisito ni formalidad habilitante establecida en consideración a la naturaleza del acto o contrato que se celebrara, sino una facultad establecida en consideración a la calidad de dependencias, entidades u organismos públicos de determinadas personas jurídicas que intervenían en un acto o contrato, cuya omisión no acarreaba nulidad absoluta que hiciera aplicables al caso *sub lite*, los actuales Arts. 1698 y 1699 del Código Civil. Por lo mencionado en este considerando, se desecha el cargo analizado. En base a 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, rechaza el recurso de casación interpuesto por PETROPRODUCCION, a través de su procurador judicial, así como el recurso de casación presentado por el delegado del Procurador General del Estado. Sin costas ni multas. Notifíquese.

Fdo.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Ministro Juez (Voto Salvado), Dr. Ramiro Romero Parducci, Ministro Juez y Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Conjuez Permanente y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, que certifica.- Es fiel copia de su original.

Quito, 28 de junio del 2007.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 12 de junio del 2007; a las 10h15.

VISTOS: El doctor Luis Jaramillo Gavilanes, en la calidad de Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, a fs. 178 de los autos solicita que se aclare la resolución dictada por la Sala, el 24 de mayo de 2007, las 10h00. Se ha corrido traslado y para resolver se considera: PRIMERO: El Art. 282 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, publicada en Suplemento del R.O. No. 58 del 12 de julio de 2005, dispone: "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. La negativa será debidamente fundamentada." SEGUNDO: En la especie, la sentencia dictada por la Sala en esta causa es absolutamente clara y se ha pronunciado sobre lo que fue materia de los recursos de casación interpuestos, en todos los aspectos de la impugnación, motivo por el cual, se rechaza la petición de aclaración formulada por improcedente. Notifíquese.

Fdo.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Ministro Juez. (Voto Salvado), Dr. Ramiro Romero Parducci, Ministro Juez, Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Conjuez Permanente y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

Es fiel copia de su original.

Quito, 28 de junio del 2007.

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

VOTO SALVADO DEL SEÑOR DOCTOR CARLOS RAMIREZ ROMERO, MINISTRO JUEZ DE LA SEGUNDA SALA CIVIL Y MERCANTIL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 12 de junio del 2007; a las 10h15.

VISTOS: Por cuanto salvé mi voto, no me corresponde pronunciarme sobre los pedidos formulados por las partes procesales.- Notifíquese.

Fdo.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Ministro Juez, (Voto Salvado), Dr. Ramiro Romero Parducci, Ministro Juez y Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Conjuez Permanente y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

Certifico que las veinte y cuatro copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 256-2004wg (Resolución No. 193-2007) que, sigue PETROPRODUCCION contra SERAMIN CIA. LTDA.

Quito, junio 28 de 2007.

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

No. 203-2007

ACTORA: Rosa María Ruiz Cárdenas.

DEMANDADO: Vicente Aparicio Sigüenza Montaño.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 30 de mayo del 2007; a las 15h30.

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 de 2005, publicada en el Registro Oficial No. 165 de 14 de diciembre del mismo año. En lo principal, el demandado Vicente Aparicio Sigüenza Montaño, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, que confirma el fallo dictado por el Juez de primer nivel, y acepta en parte la demanda, dentro del juicio verbal sumario que, por terminación de contrato de arrendamiento, sigue en su contra Rosa María Ruiz Cárdenas. 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 25 de octubre de dos mil cuatro; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 1 de diciembre de 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 las siguientes causales y formas de vicio: 2.1. En la causal primera, por falta de aplicación de los artículos 29, 47, 33 y primera disposición transitoria de la Ley de Inquilinato. 2.2. En la causal tercera, por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han conducido a una equivocada y falta de aplicación de las normas de derecho en la sentencia, y cita como infringidos los siguientes artículos del Código de Procedimiento Civil: Arts. 107 (actual 103), 117 (actual 113), 118 (actual 114), 119 (actual 115), 120 (actual 116), 121 (actual 117), 122 (actual 118), 300 (actual 296) y 301 (actual 297). TERCERA: Corresponde analizar el cargo por la causal tercera. 3.1. Esta causal contiene el vicio que la doctrina llama violación indirecta, el vicio de violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que conduce a la equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho. El yerro en que puede incurrir el Tribunal de instancia se produce al aplicar indebidamente, al inaplicar o al interpretar en forma errónea los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, para que constituya vicio invocable como causal de casación, debe haber conducido: a) A una equivocada aplicación de normas de derecho; o, b) A la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Estas exigencias completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, conducen a otra violación, a la violación de normas de derecho. En conclusión, el recurrente debe determinar, especificar y citar lo siguiente: a) Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos. b) El modo por el que se comete el yerro; esto es: 1) Por aplicación indebida, 2) O por falta de aplicación, 3) Por errónea interpretación. Hay que recordar que no se pueden invocar los tres modos a la vez, porque son excluyentes, autónomos, diferentes, independientes. c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. 3.2. Las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que el casacionista estima infringidas se refieren a las siguientes materias: efectos de la falta de contestación a la demanda (107); carga de la prueba (117); obligación de probar lo alegado (118); valoración de la prueba (119); pertinencia de la prueba (120); oportunidad de la prueba (121); potestad de los jueces para ordenar pruebas de oficio a excepción de la prueba de testigos (122); casos en que se ejecutoría la sentencia (300); efectos de la sentencia ejecutoriada y de la cosa juzgada (301). Es decir que no todas las normas citadas por el casacionista como infringidas contienen preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. En todo caso, en el considerando séptimo de la sentencia impugnada, al que hace alusión el casacionista, el Tribunal ad quem sí aplica correctamente estos preceptos cuando declara: "Como se puntualiza en el considerando primero de este pronunciamiento, el demandado no concurrió a la audiencia de conciliación, habiéndose trabado la litis con la tácita negativa de los fundamentos de la demanda, motivo por el que la Sala no puede siquiera considerar la sentencia cuya copia obra de fs. 16 del cuaderno de primera instancia, ni puede considerar tampoco la documentación de fs. 3 a 29 que de manera extemporánea se ha presentado en este nivel". El ex Art. 119 del Código de Procedimiento Civil, contiene las siguientes reglas de valoración de la prueba: a) La prueba deberá ser apreciada en conjunto; b) El juzgador debe aplicar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica; c) El Juez debe observar las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. En la especie, la Sala determina que el Tribunal ad quem realiza la apreciación de la prueba instrumental, testimonial, de la confesión, en conjunto; y, no encuentra que se haya contrariado las reglas de la razón y de la lógica, ni que se llegue a conclusiones arbitrarias. El casacionista aduce que: "De acuerdo con la ley, los señores magistrados, para el esclarecimiento de la verdad, podían solicitar que el Juzgado Segundo de Inquilinato remita copias certificadas para verificar que se había tramitado otro juicio entre las mismas partes procesales y por la misma causa, se había dictado sentencia, la que se encontraba legalmente ejecutoriada"; mas el ex Art. 122 del Código de Procedimiento Civil establece como potestad del Juez ordenar pruebas de oficio, bajo las reglas que fija esta disposición; y, además en este juicio no se ha alegado la excepción de cosa juzgada, por lo que no es materia de la litis. Por lo expuesto no existe la violación de normas que invoca el casacionista. CUARTA: El cargo apoyado en la causal primera del Art. 3 la Ley de Casación, lo concreta en la falta de aplicación de los Arts. 29, 47 y 33 de la Ley de Inquilinato, que se asegura ha sido determinante en la parte dispositiva del fallo. Al respecto argumenta que de las disposiciones legales en referencia: "...se desprende la obligatoriedad de celebrar contrato de arrendamiento por escrito y debidamente registrado, así como adjuntar a la demanda para poder demandar al arrendatario, y la falta de estos requisitos impide al Juez aceptar a trámite la demanda" (sic), lo que incumple el juzgador al admitir como reemplazo la solicitud de inscripción del predio en la oficina del Registro de Arrendamientos en la Municipalidad y la declaración juramentada de Rosa María Cárdenas ante la Jueza Primera de Inquilinato de Quito (fs. 2 y 3 de primer grado). Sobre este cargo la Sala hace las observaciones siguientes: 4.1. El registro del contrato de arrendamiento de locales urbanos que alcancen un valor superior a diez mil sucres mensuales, constituye un requisito de admisibilidad de la demanda y por tanto debe acompañarse a ésta, pero también el mismo legislador ha establecido, en la Primera Disposición Transitoria de la Codificación de la Ley de Inquilinato, que tiene el mismo carácter la declaración juramentada del arrendador, puesto que admitir la terminación de la vigencia de dicha disposición, debido a su carácter, como desconocer la fuerza probatoria de tal declaración para demostrar la celebración de un contrato de arrendamiento, sería desconocer e impedir se puedan resolver judicialmente las diferencias que pudieran sobrevenir entre locador y locatario por cualquier motivo, por carecer de un contrato de arrendamiento por escrito al momento de entablar la acción respectiva, lo que contraría una de las finalidades de la Función Judicial: franquear la garantía de la tutela jurídica efectiva. 4.2. La alegación de la violación del Art. 33 de la Ley de Inquilinato, más que una argumentación adicional, en verdad constituye una cuestión nueva, que no ha lugar en casación: que en la especie se produce, por cuanto no fue materia de excepción y por ello no es motivo del contencioso. Además, que, tampoco prescribe el desahucio ni el requerimiento al arrendatario por parte del arrendador, que invoca la causal de terminación de la relación locativa en base al Art. 30 letra i), debido a que solo se encuentra regulado

taxativamente el desahucio en el caso de vencimiento del lapso pactado y en la transferencia de dominio del local alquilado al tenor de los Arts. 31 y 33 de la Ley de Inquilinato. En tal virtud, carece de asidero jurídico este cargo. Por lo expuesto, 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, se rechaza por falta de base legal el recurso. Con costas. Entréguese la caución conforme lo dispone el Art. 12 de la ley de la materia. Notifíquese. Devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Ramón Jiménez Carbo y Ramiro Romero Parducci (Ministros Jueces) y Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

Certifico que las tres copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 270-2004 F.I. (Resolución No. 203-2007) que, sigue ROSA MARIA RUIZ CARDENAS CONTRA VICENTE APARICIO SIGUENZA MONTAÑO.

Quito, junio 28 del 2007.

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

No. 204-2007

ACTOR: Mesías Cedillo Berrezueta.

DEMANDADOS: Manuel Mesías, Gerandina del Tránsito, Alberto Antonio, María Margarita, Juventino Alcíbides, Esther Eumelia Benalcázar Chávez y Daniel Salvador Barzallo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 30 de mayo del 2007; a las 15h40.

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 de 2005, publicada en el Registro Oficial No. 165 de 14 de diciembre del mismo año. En lo principal, el actor Mesías Cedillo Berrezueta interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca que confirma el fallo del juez de primer nivel el que rechaza la demanda dentro del juicio ordinario que, por nulidad de sentencia, sigue en contra de Manuel Mesías, Gerandina del Tránsito, Alberto Antonio, María Margarita, Juventino Alcíbides, Esther Eumelia Benalcázar Chávez y Daniel Salvador Barzallo. 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 13 de febrero de 2006; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 5 de septiembre de 2006, 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 las siguientes causales y vicios: 2.1. En la causal primera, por falta de aplicación de las normas de derecho constantes de los siguientes artículos: 192 y 24 numeral 12 de la Constitución Política del Ecuador; 8, 10, 2054, 1724 y 1726 del Código Civil; Art. 49 de la Ley de Federación de Abogados en relación con el Art. 44 del Código de Procedimiento Civil, 77 al 81 y 358 del Código de Procedimiento Civil. 2.2. En la causal tercera, por errónea interpretación de los Arts. 118, 119, 121 del Código de Procedimiento Civil lo cual ha conllevado -dice- para que no se aplique en la sentencia las normas de derecho constantes en los siguientes artículos: 192 y 24 numeral 12 de la Constitución Política del Ecuador; 8, 10, 2054, 1724 y 1726 del Código Civil, Art. 49 de la Ley de Federación de Abogados en relación con el Art. 44 del Código de Procedimiento Civil; Art. 77 al 81 del Código de Procedimiento Civil; 358 y 359 del Código Civil; y, errada interpretación del Art. 303 numeral 2 y 3 del Código de Procedimiento Civil y 953 del Código Civil. TERCERO: Corresponde analizar los cargos por la causal tercera, invocados por el casacionista. 3.1. Esta causal contiene el vicio que la doctrina llama violación indirecta, el vicio de violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que conduce a la equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho. El yerro en que puede incurrir el Tribunal de instancia se produce al aplicar indebidamente, al inaplicar o al interpretar en forma errónea los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, para que constituya vicio invocable como causal de casación, debe haber conducido: a) A una equivocada aplicación de normas de derecho; o, b) A la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Estas condiciones completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, conducen a otra violación, a la violación de normas de derecho. En conclusión, el recurrente debe determinar, especificar y citar lo siguiente: a) Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba infringidos. b) El modo por el que se comete el yerro; esto es: 1) Por aplicación indebida, 2) o por falta de aplicación, 3) por errónea interpretación. Hay que recordar que no se pueden invocar los tres modos a la vez, porque son excluyentes, autónomos, diferentes, independientes. c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. 3.2. El ex Art. 118 del Código de Procedimiento Civil regula la carga de la prueba; y, el ex Art. 119 y ex Art. 121 contienen las siguientes reglas sobre valoración de la prueba: a) La prueba debe ser apreciada por el juzgador en conjunto; b) El juzgador debe apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica; c) Debe observarse las solemnidades prescritas en la ley sustantiva

para la exigencia o validez de ciertos actos; d) Sólo la prueba debidamente actuada hace fe en juicio. Prueba debidamente actuada es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley. El casacionista sostiene que la errónea interpretación de los preceptos antes señalados han conducido a una equivocada aplicación del Art. 303, numerales 2 y 3 del Código de Procedimiento Civil y Art. 953 del Código Civil. 3.3. La cuestión se centra entonces en la aplicación del Art. 303 (actual 299), numerales 2 y 3 del Código de Procedimiento Civil, que establece los casos en que la sentencia ejecutoriada es nula. El casacionista y actor en este juicio manifiesta que en el juicio de reivindicación del terreno denominado "Capinata" de la parroquia y cantón Santa Isabel, provincia del Azuay, respecto del que solicita nulidad de sentencia, la demanda no fue propuesta por todos los herederos de Jesús Esteban Benalcázar, así como que tampoco se citó a todos los demandados, por lo que aduce –existe ilegitimidad de personería activa y pasiva; estima que en el caso del juicio reivindicatorio debieron comparecer todos los sucesores de consuno y no solamente parte de ellos; agrega: "De lo dicho se desprende que los demandados y que fueron actores dentro del juicio reivindicatorio principal, no representan legalmente al dueño de la cosa singular, que no tienen capacidad ni poder legal para ello; que por sí solo no estaban facultados para gestionar a nombre del dueño de la cosa singular…", por lo que –dice- existe ilegitimidad de personería activa en el juicio reivindicatorio, ya que el resto de condóminos no han conferido facultad alguna a los actores. 3.4. Es necesario distinguir entre legitimidad de personería y legitimación en causa. La legitimidad de personería (legitimatio 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 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 Echandía, Teoría General del Proceso, 3ª Edición, Buenos Aires, Editorial Universal, 2004, pág. 259; es decir no existe la litis consorcio necesaria, pues la legitimación estaría incompleta y no será posible la sentencia de fondo. La falta de legitimación en la causa implica el rechazo de la demanda, no la nulidad procesal. La falta de litis consorcio necesaria no es causal de nulidad de sentencia ejecutoriada, según lo previsto en el Art. 299 del Código de Procedimiento Civil. 3.5. En cuanto a la legitimación activa para la acción reivindicatoria o de dominio, son titulares de la acción reivindicatoria: a) Quien tiene la propiedad plena; b) El propietario fiduciario y el nudo propietario; c) Los titulares de derechos reales; d) El copropietario. En este caso están los herederos. El patrimonio del causante se transmite a todos los herederos en conjunto; y, mientras no se lleve a cabo la partición ni se efectúe la adjudicación de los bienes hereditarios a cada uno de los herederos, el dominio de todos los bienes sucesorios indivisos corresponde en conjunto, proindiviso, a todos los herederos, sin que ninguno de los herederos sea dueño de un bien determinado. En consecuencia, tratándose de la reivindicación de bienes hereditarios, existen dos posibilidades: 1) Un heredero puede reivindicar para sí, una cuota determinada proindiviso de una cosa singular; 2) Se puede reivindicar para la herencia todo el bien (especie o cuerpo cierto) que pertenece a la sucesión hereditaria proindiviso, siempre que la demanda sea planteada en ese sentido por uno, varios o todos los herederos. De acuerdo al análisis realizado en éste y en el numeral anterior, si la demanda de reivindicación no fue propuesta por todos los herederos, no existe ilegitimidad de personería, sino que falta la litis consorcio necesaria, que como se ha dicho antes no es causal de nulidad procesal. Al respecto, la jurisprudencia ecuatoriana ha establecido que: *"(…) No ha merecido consenso doctrinario ni jurisprudencial, el criterio esgrimido como principio general por la Sala de Apelación, en virtud del cual el heredero no puede por sí solo, sin la concurrencia de los demás coherederos, reivindicar un inmueble perteneciente a la indivisión hereditaria. Al respecto, la Corte Suprema de Colombia, en fallos de casación del 27-feb-46, reiterado en el de 14-mar-56, se expresa así: 'Al fallecer una persona, su heredero puede encontrarse con respecto a la universalidad herencial o a determinados bienes de ésta, en cualquiera de los casos siguientes: a) en presencia de terceros que poseen bienes singulares de la mortuoria a título de dueños; b) ante terceros que ocupan la herencia a título de herederos; c) ante terceros que están en posesión de determinados bienes herenciales por haberlos adquirido de manos de herederos putativos. En tal evento el heredero puede ejercitar las acciones que le competen, así, por medio de las acciones petitorias o posesorias, reales o personales, que corresponderían al causante si viviera. Obra como representante jurídico del difunto y no habiéndose liquidado la herencia debe demandar para ésta, para la universalidad herencial…' (Jorge Ortega Torres: Código Civil, Con Notas, Concordancias, Jurisprudencia, etc., pág. 556, Duodécima Edición, Temis, 1977(…), Arturo Valencia Zea, en su Derecho Civil, Tomo II, Derechos reales, p. 291, expresa: '3.) También el heredero puede reivindicar cosas de la herencia que se encuentran poseídas por terceros; pero aquí debe reivindicar para la herencia representada por todos los herederos. No debe confundirse la acción reivindicatoria que puede ejercer el heredero, con la acción de petición de herencia, pues la reivindicatoria recae sólo sobre cosas, y la de petición de herencia, sobre una universalidad jurídica. En la reivindicatoria, el heredero pide que se declare que una cosa determinada, poseída por un tercero, pertenece a la herencia, considerada como una universalidad de derecho, por haber pertenecido al causante, en cambio en la acción de petición de herencia, el heredero pide que se declare que él es el verdadero heredero frente a un falso o aparente heredero. En la reivindicatoria, el heredero habla en representación de la herencia y pide la restitución de la cosa para la herencia…' Es evidente pues, que el heredero puede, sin necesidad de la intervención de los demás coherederos, porque éstos no existan o existiendo sea imposible localizarlos, o sean desconocidos, etc., reivindicar para la herencia, no para sí mismo, una cosa singular perteneciente a la sucesión, y que se encuentra en poder de un tercero poseedor, porque el*

derecho a la conservación de la cosa común nace no sólo del interés que el accionante tiene, sino también de los demás indivisarios. La tesis contraria conduciría, en nombre de una abstracción jurídica mal comprendida y peor interpretada, a dejar sin defensa, en el más total y absoluto desamparo, bienes que en ningún momento han sido res nullius o mostrencos, y que se encuentran legítimamente protegidos (…)" (Resolución No. 444-96, publicada en el Registro Oficial No. 124 de 6 de febrero de 1997). Por lo expuesto no existe la violación de normas que el casacionista invoca respecto a la causal tercera. CUARTA: Respecto a la causal primera, el casacionista invoca la falta de aplicación de las siguientes normas de derecho: 4.1. De los artículos 192 y 24, numeral 12 de la Constitución Política del Ecuador, que establece normas y principios del sistema procesal y garantías del debido proceso; aduciendo al respecto que el Tribunal ad quem deja de aplicar estas normas supremas al no entrar a conocer lo de fondo del juicio ordinario reivindicatorio del cual emana -dice- la sentencia cuya nulidad se ha demandado; en cuanto dice que se ha demostrado que no comparecieron como demandados todos los herederos del causante Benalcázar. El análisis de este mismo asunto consta del considerando tercero de este fallo. 4.2. Falta de aplicación de los siguientes artículos del Código Civil: 8, 10, 2054 (actual 2027) 1724 (actual 1697) y 1726 (actual 1699), los que regulan las siguientes materias: presunción de libertad para el ejercicio de las acciones que no están prohibidas por la ley, ilegitimidad de los actos nulos, forma y prueba del mandato, lo que se entiende por acto nulo, quien puede alegar y pedir nulidad absoluta y quien puede declarar esta nulidad. Si bien el casacionista hace una exposición sobre estas normas, no fundamenta legalmente cómo la supuesta falta de aplicación incide en la decisión de la causa. Al invocar el Art. 8 del Código Civil manifiesta que se le ha denegado la acción de nulidad; mas, de este mismo proceso consta que el casacionista ha ejercido esta acción, que no se le ha impedido ninguna acción; lo que se le deniega son las pretensiones de la demanda. En lo que respecta al Art. 10 del Código Civil, que establece que en ningún caso puede el Juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo, manifiesta que en la sentencia impugnada no se aplicó esta norma al haber sido citados por el periódico algunos de los demandados en el juicio reivindicatorio. Mas, de conformidad con lo previsto en el Art. 82 del Código de Procedimiento Civil, la citación por el periódico está prevista y autorizada por la ley, para el caso de personas cuya individualidad o residencia sea imposible determinar, bajo los requisitos que establece la ley. 4.3. Alega falta de aplicación del Art. 49 de la Ley de Federación de Abogados en relación con el Art. 44, 77 al 81 y 358 del Código de Procedimiento Civil; normas que se refieren a la procuración judicial, a la citación y notificación y a la declaración de oficio de la nulidad procesal. Mas, en el juicio reivindicatorio, del que se pide nulidad de sentencia, los demandantes comparecen por sus propios derechos, y no como mandatarios o procuradores de otros, por lo que no procede el cargo; y, además se ha explicado con anterioridad que los herederos pueden legítimamente comparecer como demandantes en el juicio reivindicatorio. Por lo expuesto, no existe la violación de normas que aduce la casacionista respecto a la causal primera. 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 Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales la Corte Superior de Justicia de Cuenca. Entréguese la caución conforme lo dispone el Art. 12 de la ley de la materia. Notifíquese. Devuélvase.

Fdo.) Dr. Carlos Ramírez Romero; Dr. Ramón Jiménez Carbo; Dr. Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces.

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

Certifico que las cuatro copias que anteceden son tomadas de su original, constante en el Juicio No. 135-2006-k.r. (Resolución No. 204-2007), que por nulidad de sentencia sigue: Mesías Cedillo Berrezueta contra Manuel Mesías, Gerandina del Tránsito, Alberto Antonio, María Margarita, Juventino Alcíbides y Esther Eumelia Benalcázar Chávez y Daniel Salvador Barzallo.

Quito, 28 de junio del 2007.

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

No. 210-2007

ACTORA: Marta Rodríguez Cicero.

DEMANDADO: Carlos Nicolás Endara Medina.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 4 de junio del 2007; a las 15h00.

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 de 2005, publicada en el R.O. No. 165 de 14 de diciembre de 2005.- La actora Marta Rodríguez Cicero, a través de su procurador judicial, y el demandado, Carlos Nicolás Endara Medina, interponen sendos recursos de casación en contra de la sentencia dictada el 30 de diciembre de 2004, las 10h00, por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil que, revocando la dictada por el Juez Tercero de la Niñez y Adolescencia del Guayas, dispone principalmente que el menor Samuel Endara Rodríguez quede en custodia de su padre Carlos Nicolás Endara Medina, dentro del juicio especial que por restitución internacional del menor presentó Marta Rodríguez Cicero.- El recurso de casación interpuesto por la actora, a través de su procurador judicial, fue calificado y admitido **PARCIALMENTE** al trámite correspondiente mediante auto de 3 de julio de 2006, las 15h30, únicamente, en cuanto a que en la sentencia recurrida se habría resuelto lo que no fue parte del litigio o que en ella se habrían omitido resolver los puntos de la litis, que corresponde a la causal 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación. Como se desarrolló y explicó suficientemente en auto inicial de 3 de julio de 2006, las 15h30, el procurador judicial de la actora citó en

su recurso el texto legal correspondiente a las causales 1ª y 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación, pero en el desarrollo de su fundamentación no especificó el vicio -*aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación*- que estaría afectando a las normas legales que consideró infringidas, por lo que tal alegación quedó en el plano meramente enunciativo, imprecisión frente a la cual esta Sala no puede pronunciarse porque no le corresponde interpretar el vicio al que, eventualmente, quiso referirse la recurrente ni resolver la existencia de un vicio no previsto en la ley de la materia. Ya lo ha sostenido la Corte Suprema al decir que "*(…) La importancia de la fundamentación del recurso es tal, que Devis Echandía, en su obra 'Compendio de Derecho Procesal', al respecto anota: 'La Corte no puede examinar causales no alegadas, ni errores de la sentencia no alegados aunque pueda corresponder a una de las causales escogidas por el recurrente. En esto se diferencia de la apelación y por ello no se trata de otorgar una tercera instancia'. Por su parte Véscovi, en su obra 'Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica' enseña que 'El recurso de casación en todos los sistemas está sometido a estrictas reglas formales, especialmente en lo que se refiere a los requisitos para la interposición del recurso', añade: 'Resulta esencial el respeto a dichas formas, que no son simples requisitos extremos sin contenido. Y que determinan el rechazo, por razones de forma, del recurso de casación, dentro de la calificación primaria de admisibilidad que todos los sistemas incluyen', y dando más fuerza a estas ideas, agrega: 'Podemos reproducir, al respecto, las exactas expresiones del profesor argentino Fernando de la Rúa, cuando expresa: <No son solemnidades innecesarias ni mecanismos sacramentales que hayan perdido su justificación procesal…> sino que <responden a la necesidad, siempre actualizada, de no quitar al recurso su carácter de medio de impugnación verdaderamente extraordinario que supone –por eso mismo- el previo cumplimiento de obligaciones inexcusables, para evitar que en la práctica se concluya por desvirtuarlo>'. El profesor Fernando de la Rúa, en su obra, 'El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino' manifiesta que 'El recurso de casación debe ser motivado, y esa motivación debe ser suministrada por la parte recurrente en el mismo escrito de interposición, determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta'*" (Resolución No. 687-97 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 19 de febrero de 1998). En este mismo sentido tenemos que "*(…) La casación, como bien lo señala la doctrina procesal, es considerada como una demanda contra la sentencia y en tal virtud, debe quedar trabada la litis con relación a las normas de derecho, normas procesales y preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que se estimen aplicados indebidamente, erróneamente interpretados y no aplicados: dichas circunstancias deben quedar expuestas en forma clara por el recurrente para que proceda la impugnación. Por otro lado, el recurrente no ha tenido presente que los vicios a los que hace referencia el Art. 3 de la ley en cuestión, son excluyentes entre sí; no pueden concurrir simultáneamente la aplicación indebida, falta de aplicación y errónea interpretación de una misma norma de derecho, de una misma norma procesal o de un mismo precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, la mera enunciación de las causales no constituye la fundamentación del recurso, se requiere del análisis del vicio en relación a la norma de derecho, norma procesal y precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba (…)*" (Fallo de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 5 de diciembre de 1997, publicado en la Gaceta Judicial, año XCVII, No. 10, pág. 2522).- El recurso de casación interpuesto por el demandado, Carlos Nicolás Endara Medina, fue calificado y admitido al trámite correspondiente mediante auto de 3 de julio de 2006, las 15h30. En este recurso, el demandado invoca la causal 1ª del Art. 3 de la Ley de Casación por aplicación indebida del Art. 21 de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores; y, la causal 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación "*…pues, lo que se solicita es la restitución del menor y no regulación (sic) de visitas*" (fs. 46 vta., expediente de segunda instancia).- Encontrándose el recurso 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 19 de diciembre de 2005 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.- SEGUNDO: **RECURSO INTERPUESTO POR LA ACTORA MARTA RODRIGUEZ CICERO**.- La causal 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación dice relación a la resolución en la sentencia de lo que no fuera materia del litigio (*extra petita*) o a la omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis (*citra petita*).- En cuanto a la invocación de dicha causal por parte de la actora o peticionaria, debe señalarse que su procurador judicial, en el recurso interpuesto se limita a transcribir ciertas partes de la Resolución 07 de 15 de enero de 2002 de la Corte Nacional de Menores, también transcribe dos literales de un acuerdo regulador suscrito el 2 de mayo de 2001 en la ciudad de Vigo, España, por la actora y el demandado, y, por último, transcribe textualmente la parte resolutiva de la sentencia recurrida, sin especificar, como era su obligación, el asunto controvertido que, a su entender, no ha sido resuelto en la sentencia impugnada, o aquél que sin ser parte de la litis fue materia del pronunciamiento del Tribunal de instancia. Este Tribunal de Casación no puede actuar oficiosamente a fin de suplir la omisión en que ha incurrido el recurrente por lo que se ve impedido de pronunciarse respecto del cargo alegado.- En este sentido la Corte Suprema ha reconocido, como características del recurso de casación, entre otras, que es extraordinario y limitado: "*(…) Por lo tanto, siendo la casación, como es, por su naturaleza y por el interés que persigue, un recurso extraordinario y limitado, no cabe interpretación analógica ni extensiva de la disposición legal que franquee su interposición, diferenciándose en este aspecto (como en mucho otros) de los recursos ordinario e ilimitados, (…)*" (Resolución No. 315, publicada en el Registro Oficial No. 982 de 5 de Julio de 1996). Por lo manifestado en este considerando se desecha el cargo analizado y por ende el recurso de casación interpuesto por Marta Rodríguez Cicero.- **TERCERO: RECURSO INTERPUESTO POR EL DEMANDADO CARLOS NICOLAS ENDARA MEDINA**.- Este recurrente invoca las causales 1ª y 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación por cuanto habría existido en la sentencia recurrida una aplicación indebida del Art. 21 de la Convención sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores y por cuanto, a su entender, la litis se habría trabado sobre la restitución del menor Samuel Endara Rodríguez y no sobre la regulación de visitas.- La causal 4ª del Art. 3 de la Ley de Casación, como se estableció, dice relación a la resolución en la sentencia de lo que no fuera materia del litigio (*extra petita*) o a la omisión de resolver en ella todos los puntos de

la litis (*citra petita*). En el caso *sub júdice* consta que en la sentencia recurrida, el Tribunal ad-quem estableció en su parte dispositiva la custodia a favor del padre y el régimen de visitas del menor, puntos que no fueron materia del *petitium* de restitución internacional del menor Samuel Endara Rodríguez, constante en el oficio No. 10-CNM de 16 de enero de 2003 (fs. 337, expediente de primera instancia) dirigido por la Corte Nacional de Menores de la República del Ecuador, como Autoridad Central para la aplicación del Convenio de La Haya Sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores, al Presidente del Tribunal de Menores de Guayas No. 1 como documento habilitante de dicho oficio consta la comunicación de 8 de enero de 2002, dirigida a la Corte Nacional de Menores del Ecuador, por la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia de España en que se da trámite a la solicitud de "*restitución a España del menor Samuel ENDARA RODRIGUEZ, formulada por su madre Da. Marta RODRIGUEZ CICERO al amparo del Convenio de La Haya referenciado*" (fs. 338, expediente de primera instancia). Circunscribiéndose la solicitud únicamente a la restitución internacional del menor Samuel Endara Rodríguez, mal podía el Tribunal ad-quem rebasar los límites establecidos por aquélla estableciendo la custodia del menor y regulando el derecho de visitas, aspectos que no fueron solicitados; derecho de visitas que, dicho sea de paso, implica una solicitud expresa en tal sentido, según se desprende de lo previsto en el Art. 21 de la Convención de La Haya Sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores, del cual el Estado Ecuatoriano es suscriptor, que dice: "*Una solicitud para organizar o asegurar el goce efectivo del derecho de visita puede ser dirigida a la Autoridad Central de un Estado Contratante de la misma manera que una solicitud relacionada con el regreso del menor. Las Autoridades Centrales están limitadas por las obligaciones de cooperación mencionadas en el artículo 7 para fomentar el gozo apacible del derecho de visita y el cumplimiento de las condiciones a las cuales el ejercicio de este derecho sería sometido. Las Autoridades Centrales darán los pasos con el fin de eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos opuestos al ejercicio de dichos derechos. Las Autoridades Centrales, de manera directa, a través de intermediarios, pueden comenzar a apoyar un proceso legal con miras a organizar o proteger estos derechos y asegurar el respeto de las condiciones a las cuales se encuentra sujeto el ejercicio de estos derechos*".- Por lo manifestado a lo largo de este considerando, esta Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, acoge los cargos denunciados por Carlos Endara Medina, **casa la sentencia recurrida** y, de conformidad con el Art. 16 de la Ley de Casación, dicta en su lugar la que a continuación se considera: CUARTO: Esta Segunda Sala, remitiéndose a las copias certificadas de los procesos legales que a partir del año 2000 se iniciaron en España y que obran de autos, referentes a la restitución del menor Samuel Endara Rodríguez, resalta los siguientes hechos y expone el siguiente análisis jurídico: 4.1. Consta a fojas 47 del expediente de primera instancia, copia certificada de la partida de nacimiento del menor Samuel Endara Rodríguez de la cual se desprende que habría nacido en la ciudad de Guayaquil el 27 de septiembre de 1996, dentro del matrimonio conformado por el ecuatoriano Carlos Nicolás Endara Medina y la ciudadana española Marta Rodríguez Cicero. En tal virtud, de conformidad con el Art. 7, numeral 1 de la Constitución Política del Estado, el menor Samuel Endara Rodríguez es ecuatoriano por nacimiento.- 4.2. De fojas 2 a fojas 211 del expediente de primera instancia, consta copia certificada del proceso que, por demanda de cooperación jurisdiccional solicitada por Carlos Endara Medina por la restitución del menor Samuel Endara Rodríguez en base a la Convención de La Haya Sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores, inició el abogado del Estado Español, en representación del Ministerio de Justicia de España en contra de Marta Rodríguez Cicero.- 4.3. De fojas 200 a 211 del expediente de primera instancia consta el auto de 15 de abril de 2000 que en dicha demanda dictó el Juez de 1ª instancia número 5 de Pontevedra disponiendo, en aplicación de la Convención de La Haya Sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores, el retorno del menor Samuel Endara Rodríguez a la residencia de su padre, la República del Ecuador. De fojas 313 a 321 consta el fallo emitido el 30 de mayo de 2000 por los señores magistrados de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección 1 (Tribunal de alzada), mediante el cual se confirmó el auto de 15 de abril de 2000, dictado por el Juez a-quo español.- 4.4. De dichas resoluciones, que habrían alcanzado ejecutoria por no constar recurso impugnatorio ulterior, se desprenden importantes hechos tales como que Marta Rodríguez y Carlos Endara contrajeron matrimonio en la ciudad de Guayaquil, el 10 de junio de 1995, ciudad donde el matrimonio y, por ende el menor, fijaron y tuvieron su residencia habitual (fs. 208, expediente de primera instancia); que la relación entre ambos cónyuges fue deteriorándose; que el 21 de diciembre de 1999, pese a que el vínculo matrimonial aún se mantenía entre éstos, Marta Rodríguez Cicero de manera unilateral, sin el consentimiento y con el desconocimiento del padre, aduciendo un viaje doméstico a la ciudad de Otavalo, resolvió abandonar el Ecuador por la frontera con el vecino país de Perú, y fijar su residencia en España, llevándose consigo al hijo de ambos, Samuel Endara Rodríguez (fs. 203 y 319, expediente de primera instancia), sacándolo, mediante esta medida de hecho, de su lugar de residencia habitual; que el traslado del menor a España fue ilícito por no haberse obtenido la autorización previa del padre, como lo establecen las leyes ecuatorianas relativas a la patria potestad y a las autorizaciones con que se tiene que contar para la salida de un menor de edad (fs. 317, expediente de primera instancia); que en todo caso, y a manera de hipótesis, de haberse contado con las respectivas autorizaciones, éstas no habrían sido otorgadas para consentir la instalación definitiva del menor en España (fs. 319, expediente de primera instancia); y, otros aspectos que más adelante rescataremos de dichas resoluciones.- 4.5. Cabe también señalar, y conforme se relata en el auto de 31 de julio de 2001 dictado por el Juez de 1ª instancia No. 5 de Pontevedra (fs. 361 a 363), que al intentar llevar a cabo la ejecución de la resolución judicial de 15 de abril de 2000 de retorno del menor Endara Rodríguez al país de su residencia habitual, Ecuador, Marta Rodríguez Cicero habría permanecido en la clandestinidad evitando la acción de la justicia *–lo que hace deducir, por la inestabilidad geográfica que implica la clandestinidad, que en España nunca pudo llegar a establecerse la residencia* ***HABITUAL*** *del menor, más aún si tomamos en cuenta que su situación en dicho país se originó en un hecho ilícito perpetrado por su madre-*, hasta que el 14 de mayo de 2001, es decir, a casi un año de la resolución judicial española de retorno del menor al Ecuador, habría comparecido a esa judicatura de 1ª instancia, junto con su hijo y con el padre, Carlos Endara Medina, con el cual habría alcanzado un acuerdo de separación por mutuo acuerdo y un convenio regulador suscrito ante una notaría de Vigo, España, el 2 de mayo de

2001, en el cual ambos cónyuges, renunciaban a acciones civiles y penales que podrían corresponderles, incluyendo a la solicitud de auxilio internacional -*pese a que, a nuestro entender, dicho auxilio ya había sido otorgado* ***AL MENOR*** *de manera definitiva y respecto de aquél ya no cabía acuerdo ni alteración alguna*-, convenían en compartir la patria potestad del menor, otorgando su guarda y custodia a Marta Rodríguez Cicero y estableciendo que el domicilio del menor se fijaría en Vigo, por lo cual habrían convenido también en un régimen de visitas y en una pensión de alimentos. En base a las condiciones establecidas en ese acuerdo regulador, el Juez de 1ª instancia No. 5 de Pontevedra, aplicando el Art. 22.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español –*norma de menor jerarquía que las del Convenio de La Haya Sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores*-, decretó la terminación del proceso de restitución ya que consideró que el menor, a la luz del acuerdo suscrito por sus padres, había sido restituido a su padre –*pese a que las resoluciones emitidas en el proceso de recuperación internacional determinaron la restitución del menor* ***A LA REPUBLICA DEL ECUADOR***- y que el interés pretendido por Endara Medina había sido satisfecho extraprocesalmente –*cuando el interés que se había reconocido y que debía ejecutarse era exclusivamente el del menor*. Posteriormente, el Juez de 1ª instancia No. 5 de Vigo, mediante auto de 7 de septiembre de 2001 (fs. 392 a 395, expediente de primera instancia), declara la separación del matrimonio formado por Carlos Endara Medina y Marta Rodríguez Cicero, a la vez que aprueba el convenio regulador que ambos habían suscrito en una notaría de Vigo el 2 de mayo de 2001.- 4.6. Es en base al auto de separación matrimonial de 7 de septiembre de 2001 dictado por el Juez de 1ª instancia No. 5 de Vigo –*que aprobó el convenio o acuerdo regulador suscrito entre Carlos Endara Medina y Marta Rodríguez Cicero el 2 de mayo de 2001 en una notaría de Vigo*- que la señora Marta Rodríguez inició el trámite de restitución a España del menor Samuel Endara Rodríguez, toda vez que, a decir de la solicitante, Carlos Endara Medina habría infringido el acuerdo privado alcanzado en cuanto a la custodia del menor al regresar al Ecuador junto con su hijo.- QUINTO: 5.1. La República del Ecuador es signataria de diversos convenios y tratados internacionales referentes a la protección de los derechos de los menores. Es así que ha ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 1330, publicado en el Registro Oficial No. 400 de 21 de marzo de 1990, la **CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**, suscrita en las Naciones Unidas (New York), el 5 de diciembre de 1989; asimismo, aprobó mediante Resolución Legislativa No. 00, publicada en el Registro Oficial No. 837 de 20 de diciembre de 1991, la **CONVENCION DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL PLAGIO INTERNACIONAL DE MENORES** suscrita el 25 de octubre de 1980, a la cual, además, se adhirió mediante Decreto Ejecutivo No. 2953, publicado en el Registro Oficial No. 845 de 3 de enero de 1992. Estos convenios, entre otros, establecen y garantizan los derechos de los menores que, según nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, son de **ORDEN PUBLICO**, interdependientes, indivisibles, **IRRENUNCIABLES** e **INTRANSIGIBLES** (Art. 16).- 5.2. Nuestra Constitución Política, prevé que "*Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad*" (Art. 18) y que "*Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía*" (Art. 163); preceptos constitucionales que, entre otros, determinan la preeminencia que tienen la Constitución Política y los tratados y convenios internacionales, no sólo, sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía, sino también sobre la voluntad particular de las partes por ser normas de orden público; al respecto, nuestro Código Civil establece en su Art. 1478 que existe objeto ilícito en todo aquello que contraviene el Derecho Público Ecuatoriano; en su Art. 9, que son nulos y de ningún valor los actos prohibidos por la ley; y, en su Art. 11 que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.- 5.3. Consta de autos que la justicia española, en base al Convenio de La Haya Sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores, reconoció el derecho del menor Samuel Endara Rodríguez –*no de su padre*- a ser restituido al lugar donde él, junto con su padre y su madre, mantenía su residencia habitual desde su nacimiento –*Guayaquil, Ecuador*-, y del cual fue sacado ilícita y subrepticiamente por su madre.- 5.4. La tutela jurídica que en su momento solicitó del Estado Español, el padre del menor Samuel Endara Rodríguez, basado en el Convenio de La Haya Sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores, y que le fue concedida, no se refería ni podía referirse a sus derechos personales, sino a la observancia y al reestablecimiento del derecho de su hijo a retornar al lugar de residencia donde habitualmente convivía con su familia. Este derecho del menor, reconocido judicialmente por los juzgados y tribunales españoles, y establecido en el Convenio de La Haya Sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores (Art. 1, literal "a"), tiene estrecha vinculación con otros reconocidos en la Convención Sobre los Derechos del Niño, suscrita en las Naciones Unidas (New York), el 5 de diciembre de 1989, a saber: "***Art. 8***.- *1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluídos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad*"; "***Art. 9***.- *1. Los Estados Partes velarán que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. (…)*"; "***Art. 11***.- *1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. (…)*"; y, "***Art. 16***.- *1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques*"; derechos que, como se dijo, son básicamente de orden público, son irrenunciables e intransigibles a la luz de lo establecido en nuestro Código de la Niñez y Adolescencia.- 5.5. En la especie, consta que el Juez de 1ª

instancia No. 5 de Pontevedra, mediante auto de 31 de julio de 2001 y el Juez de 1ª instancia No. 5 de Vigo, mediante auto de 7 de septiembre de 2001, otorgaron valor jurídico al acuerdo privado alcanzado entre Marta Rodríguez Cicero y Carlos Endara Rodríguez ante un Notario de la ciudad de Vigo, el 2 de mayo de 2001, pese a que en él, los padres del menor Samuel Endara Rodríguez estaban transigiendo, no sólo sobre sus derechos personales, sino también e indirectamente sobre el derecho irrenunciable e intransigible del menor de retornar a su lugar de residencia habitual que, a lo largo del respectivo proceso, quedó establecido que era Guayaquil- Ecuador, ignorando y alterando de esta manera el derecho de Samuel Endara Rodríguez, reconocido de manera definitiva por la justicia española al amparo del Convenio de La Haya Sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores, por lo que dicho acuerdo suscrito por los padres de Samuel Endara Rodríguez no puede ser aplicable ni reconocido por la República del Ecuador, por contravenir nuestro Derecho Público.- 5.6. Cabe, en este contexto, señalar que el mismo Convenio de La Haya Sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores prevé que "***Art. 16***.- *Después de recibir información del traslado o la detención ilícita de un menor, en los términos del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante a donde el menor ha sido llevado o detenido* (en este caso, España) ***no podrán decidir sobre el fundamento del derecho de custodia hasta que se establezca que las condiciones de la presente Convención para la devolución del menor no hayan sido cumplidas*** *o hasta que un período razonable haya pasado sin que una demanda fundamentada en esta Convención haya sido presentada, después de haber recibido la noticia*. ***Art. 17***.- *El mero hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido tomada o sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido* (en este caso, España) ***no puede justificar el rechazo para devolver al menor en el marco de esta Convención****, pero las Autoridades Judiciales o Administrativas del Estado requerido pueden tomar en consideración los motivos de esta decisión al momento de aplicar lo estipulado en la Convención*" (el énfasis es de esta Sala), normas de jerarquía superior que impedían a los Jueces de 1ª instancia No. 5 de Pontevedra y de Vigo, pronunciarse, reconocer o aprobar el derecho de custodia acordado por los padres de Samuel Endara Rodríguez, toda vez que no se habían cumplido aún las condiciones establecidas judicialmente a la luz de la Convención de La Haya para la restitución del menor, esto es, aún no se había hecho efectivo el regreso del menor a su lugar de residencia habitual –*Guayaquil, Ecuador*- debido al estado de clandestinidad en que lo puso de manera ilícita su madre en España. En este mismo sentido, acogemos los fundamentos jurídicos expresados por los señores magistrados de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección 1 (Tribunal de alzada), quienes en su fallo de 30 de mayo de 2000 manifestaron acertadamente que "*(…) La resolución definitiva sobre la custodia del menor es cuestión ajena al Convenio* (de La Haya). *Precisamente éste parte de la idea subyacente de una especie de competencia natural de los tribunales de la residencia habitual del menor en un litigio relativo a la custodia del hijo. Lo dicho no es sino consecuencia de que el objetivo del Convenio de La Haya es el de obtener el restablecimiento del 'statu quo' del menor mediante su restitución una vez* (que) *ha sido trasladado o retenido de forma ilícita en cualquier Estado contratante, con la finalidad de evitar la creación por vías de hecho de un vínculo artificial de competencia judicial internacional que propicie la obtención de la custodia del menor; y es que la extracción del menor de su entorno habitual donde se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia persigue, a la postre, colocarse en situación favorable para obtener del Estado de refugio una resolución que legalice el status creado por vía de hecho. (…)*" (fs. 315, expediente de primera instancia); establécese así la idea de que existe y se reconoce una competencia natural de los tribunales de la residencia habitual del menor en un litigio relativo a su custodia, en el caso en estudio, la competencia de los jueces y tribunales ecuatorianos. Esta idea es señalada y analizada de manera clara por la Dra. Elisa Pérez Vera, catedrática y Magistrada del Tribunal Constitucional español, en su ponencia titulada "*Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980*", presentada dentro de la **Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores por Parte de uno de sus Padres**, llevada a cabo los días 12 y 13 de agosto de 2002, en Montevideo- Uruguay (ver en www.mimdes.gob.pe/dgnna/ sinna/documentos.htm), especialmente al sostener, entre otras cosas, que "*Desde el punto de vista jurídico que aquí nos interesa, puede decirse que la sustracción internacional de menores implica la utilización por los particulares de vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial con vistas a obtener su custodia. De ahí que, al margen de los dramas humanos que inevitablemente rodean todas las cuestiones conectadas con la protección de la infancia, el problema jurídico que plantean las sustracciones de menores deriva de la posibilidad que tienen los particulares de establecer vínculos más o menos artificiales de competencia judicial internacional lo que, unido a las diferencias en los derechos internos, les hace pensar en la posibilidad de obtener una decisión favorable a sus intereses que, además, legitimaría su acción. Precisamente porque en estos supuestos la persona que ha desplazado al menor busca la connivencia de la autoridad bajo cuya tutela se sitúa y dado que la actuación acorde a sus deseos de tal autoridad no tiene por qué suponer ningún tipo de actuación irregular, es por lo que en muchos casos nos encontramos ante auténticos 'conflictos de culturas o civilizaciones' en los que las autoridades, imbuidas del convencimiento más o menos consciente de actuar como 'jueces naturales' en la materia, terminan por verter en su decisión el juicio que les merece un determinado modo de vida, y los valores sobre los que reposa, en contraste con el propio, en cuyas coordenadas se ha situado voluntariamente el 'secuestrador'. Y es que hay que recordar que, en un elevado número de casos, las sustracciones de menores se producen tras la disolución de parejas mixtas (de diferente nacionalidad), cada vez más frecuentes en un mundo en que los fenómenos migratorios se encuentran facilitados por un inusitado desarrollo de las comunicaciones; ahora bien, la posibilidad de que cada uno de los miembros de la pareja busque la 'protección' de las autoridades del Estado del que es nacional termina por erigirlas en paladines, especialmente bien situados, de una determinada manera de concebir las relaciones familiares, en general, y las relaciones paterno filiales, en particular. De ahí que, desde la peculiar óptica en que nos hemos situado, resulte tan importante desactivar la incidencia de decisiones adoptadas a instancia de una sola de las partes y en el foro de su elección, sobre unas relaciones -las paterno filiales-*

que solo deberían recibir una regulación unitaria."; más adelante, relata la Magistrada que "*Por hipótesis, en tales circunstancias el progenitor desposeído no puede hacer valer ninguna decisión anterior al desplazamiento y, lo que es aún más grave, tendrá dificultades para obtenerla después, cuando el menor, justamente por su traslado ilícito, ya se encuentra físicamente fuera del ámbito de acción de las autoridades de su anterior residencia habitual. Ante tal panorama la Conferencia entendió que la mejor forma de luchar contra la lacra que supone bien la utilización de los menores para saldar viejos agravios bien, en el mejor de los casos, el total desprecio de sus derechos a la hora de organizar una nueva vida en la que el otro progenitor no tiene cabida, era impedir que el adulto que desplaza al menor consiga alterar los datos jurídicos de la situación. Aceptada tal posición como punto de partida, todos los esfuerzos convencionales se centrarían en garantizar la devolución del menor a su primitiva residencia habitual, entendiendo que son las autoridades judiciales o administrativas de ésta las que mejor situadas se hallan para pronunciarse sobre los derechos de guarda y visita de los menores que residen en su circunscripción.*"; y, termina el análisis de este punto, diciendo "*Acabo de señalar que, en mi opinión, la idea rectora que preside el Convenio, y que se encarna en su principal objetivo, es que hay que lograr la devolución inmediata del menor ilícitamente sustraído a su residencia habitual. He señalado también cómo la consecución de tal fin se busca, inter alia, restringiendo el ámbito de competencia material de los jueces del Estado en el que el sustractor del menor ha buscado refugio, al disponer que ninguna decisión, adoptada en el marco del Convenio sobre la restitución del menor, afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia (Art. 19). Por lo demás, no hay que olvidar que, terminando de perfilar el sentido de las intervenciones propiciadas por el Convenio, en él se dispone que las autoridades del 'Estado de refugio' sólo se pronunciarán sobre la cuestión de fondo cuando se haya establecido que no se dan las condiciones fijadas por el Convenio para la restitución del menor o haya transcurrido un plazo razonable sin que se haya invocado la aplicación del mismo (art. 16)*", criterio que también lo acoge este Tribunal para reiterar que los jueces españoles de 1ª instancia No. 5 de Pontevedra y de Vigo, habrían procedido de manera errónea al reconocer y otorgar valor jurídico al acuerdo privado alcanzado entre Marta Rodríguez Cicero y Carlos Endara Rodríguez ante un Notario de la ciudad de Vigo, el 2 de mayo de 2001, respecto del derecho de custodia sobre el menor y de su residencia, para lo cual, como se ha visto y explicado, no tenían competencia natural y su decisión afectaba, inobservaba y alteraba el derecho del menor Samuel Endara Rodríguez reconocido judicialmente por los tribunales españoles al amparo del Convenio de La Haya Sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores, de retornar a la ciudad de Guayaquil que desde su nacimiento fue su residencia habitual en la que vivía con su familia hasta antes de acaecer el hecho ilícito perpetrado por su madre y reseñado en líneas anteriores.- SEXTO: No podemos dejar de señalar la absoluta procedencia y legalidad de la audiencia reservada llevada a cabo el 2 de diciembre de 2004 ante los ministros de la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil en la que se recabó la opinión del menor Samuel Endara Rodríguez, quien para entonces rebasaba los ocho años de edad y habría manifestado su deseo de permanecer con sus dos padres, para lo cual deseaba que su madre viniera a vivir a la ciudad de Guayaquil. La audiencia reservada con Samuel Endara Rodríguez, no constituyó ni constituye diligencia probatoria alguna, sino el reconocimiento del interés superior del menor y la ejecución de su derecho a ser consultado en los asuntos que le afectan, según lo prevé la Constitución Política del Estado en sus Arts. 48 y 49; la Convención sobre los Derechos del Niño en sus Arts. 3 y 12; y, el Convenio de La Haya Sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores en su Art. 13, cuya parte pertinente establece de manera clara y determinante que "*(…) La Autoridad judicial o administrativa puede también rehusar ordenar el regreso del niño si constata que este menor se opone a su regreso y tiene una edad y un estado de madurez que amerite tomar en cuenta su opinión. (…)*".- Por las consideraciones expuestas a lo largo de este fallo, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza por improcedente la petición de restitución internacional del menor Samuel Endara Rodríguez, formulada por su madre, Marta Rodríguez Cicero.- Sin costas ni multas.- Niégase por extemporánea la petición de audiencia solicitada por el demandado Carlos Nicolás Endara Medina, a través de su abogada defensora, doctora Dora C. Endara de Jaramillo. Notifíquese.

Fdo.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Dr. Ramón Jiménez Carbo y Dr. Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

Certifico que las nueve copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 170-2005 wg (Resolución No. 210-2007) que, sigue Marta Rodríguez Cicero contra Carlos Nicolás Endara Medina.

Quito, junio 28 del 2007.

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

No. 211-2007

ACTORA: Ab. Glenda Avecillas Estrella, Procuradora Judicial de Rafael Delfilio Avecillas Estrella.

DEMANDADA: Doris Noraida Mora Fernández.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 5 de junio del 2007; a las 09h10.

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 de 2005, publicada en el R. O. No. 165 de 14 de

diciembre de 2005. En lo principal, la demandada, Doris Noraida Mora Fernández, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 3 de junio de 2003, las 11h30, por la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil que confirma la sentencia dictada por el Juez Décimo Sexto de lo Civil de Salinas que declaró con lugar la demanda de reivindicación iniciada por la Ab. Glenda Avecillas Estrella, en su calidad de Procuradora Judicial de Rafael Delfilio Avecillas Estrella, en contra de la recurrente. La recurrente considera que en la sentencia impugnada se han infringido por aplicación indebida los Arts. 2422, 2434 y 2435 del Código Civil, por lo que invoca la causal 1ª; por falta de aplicación del Art. 262 de la Ley de Régimen Municipal, los Arts. 1505 y 1507 (numeral 1) del Código Civil; y, el Art. 183 del Código de Procedimiento Civil, invocando al respecto la causal 2ª. La recurrente, invocando la causal 3ª, estima que se habrían aplicado indebidamente, preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, sin embargo, no los determina. Finalmente, alega la recurrente que se habrían tomado decisiones contradictorias e incompatibles en la sentencia impugnada por lo que invoca también la causal 5ª. Encontrándose el juicio 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 4 de noviembre de 2003 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 demandada, una vez aceptado el recurso de hecho, ha sido calificado y admitido al trámite correspondiente mediante auto de 24 de marzo de 2004, las 09h00, por considerar que cumple con los requisitos de procedencia, legitimación y de formalidades que prescribe el Art. 6 de la Codificación de la Ley de Casación, en concordancia con los Arts. 2, 4 y 5 ibídem, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 299 de 24 de marzo de 2004. SEGUNDO: Habiendo la recurrente acusado la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, este Tribunal debe analizarlo en primer lugar puesto que, de proceder ésta, se vería impedido de seguir con el análisis del fondo de la controversia, debiendo en tal caso declarar la nulidad procesal desde el instante en que el vicio se produjo y reenviar el proceso de conformidad con lo dispuesto en el Art. 16 inciso segundo de la Ley de Casación. En la especie, Doris Noraida Mora Fernández alega la falta de aplicación del Art. 262 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (actual Art. 251), según el cual "*En todo juicio en que se alegare la adquisición por prescripción de un inmueble situado en el área urbana o en el área de expansión urbana, se citará al respectivo municipio, bajo pena de nulidad*". Consta de autos que, al tiempo de contestar la demanda, la recurrente reconvino a los demandantes alegando la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del inmueble materia del litigio, sin haber solicitado la citación a los personeros del respectivo municipio como debió hacerlo (fs. 18 y 18 vta. del expediente de primera instancia), por lo que el Juez a quo omitió disponer la citación a los mismos. Al respecto, este Tribunal encuentra, no sólo que la recurrente intenta beneficiarse de su propio error, sino también que esa omisión no influyó en la decisión de la causa ni causó indefensión al Municipio del Cantón Salinas, toda vez que la reconvención, en la cual se alegó prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, fue rechazada en sentencias de primera y segunda instancia. Más aún, consta del proceso (fs. 3 a 12 del expediente de primera instancia) que la parte actora adquirió por compraventa al propio Municipio del Cantón Salinas la propiedad del inmueble cuya reivindicación reclama; y, que la institución edilicia, por disposición expresa del Juez a quo, extendió varios certificados que fueron agregados al proceso y que acreditaron la propiedad del reivindicante sobre el inmueble reclamado. Enseñan la doctrina y la jurisprudencia que los errores procesales, para generar nulidad, deben cumplir con el principio de trascendencia, es decir, la violación debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia; no existe nulidad procesal si el incumplimiento no tiene trascendencia sobre la garantía de defensa en el juicio (Resolución No. 478-2000, publicada en el Registro Oficial No. 283 de 13 de marzo de 2001). El argentino Maurino, en su obra "Nulidades Procesales" manifiesta que: "*La finalidad de las nulidades procesales es asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio. Con suma claridad ALSINA nos da esta fórmula: donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión no hay nulidad (…)*" (Alberto Luis Maurino, "Nulidades Procesales", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 33). Por los motivos expuestos, se rechaza este cargo. TERCERO: Continuando con el análisis de la causal 2ª del Art. 3 de la Ley de Casación, en relación a la supuesta falta de aplicación de los Arts. 1505 y 1507, numeral 1 del Código Civil (actuales Arts. 1478 y 1480, respectivamente) y Art. 183 del Código de Procedimiento Civil (actual Art. 179) por cuanto, a decir de la recurrente, la *"(…) ESCRITURA PUBLICA base del proceso (…)*" contendría nulidad manifiesta, esta Sala advierte que *(a)* la litis no se trabó respecto de la validez de dicho instrumento, por lo que no cabe la aplicación de tales normas y, *(b)* que las mismas no tienen relación alguna con el objetivo de la causal invocada ya que no son normas cuya violación, de existir, nulite el proceso ni provoque indefensión a las partes. En tal virtud se desecha este cargo. CUARTO: Corresponde ahora, siguiendo la técnica jurídica, analizar la procedencia o no de la causal 5ª del Art. 3 de la Ley de Casación invocada por la recurrente que dice relación a la falta de requisitos exigidos por la ley en la sentencia o a la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles en la parte dispositiva del mismo. Al respecto se observa, por un lado, que el fallo impugnado no se contradice a sí mismo, guarda congruencia entre sus partes expositiva, considerativa y resolutiva y se encuentra suficientemente motivado; y, por otro lado, que la recurrente no señala los requisitos de la sentencia recurrida que, a su entender, no se habrían observado, en tal virtud este cargo se lo rechaza. QUINTO: En lo tocante a la invocación de la causal 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación, referente a la aplicación indebida de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, la Sala advierte que aquéllos no han sido determinados de manera concreta por la recurrente por lo que se ve imposibilitada de entrar al análisis pertinente. SEXTO: Finalmente, para analizar la causal 1ª del Art. 3 de la Ley de Casación relativa a la alegada aplicación indebida de los Arts. 2422, 2434 y 2435 del Código Civil que se refieren a la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, esta Sala destaca que la recurrente no señala, a su entender, en qué habría consistido dicho vicio ni qué normas debían aplicarse en la sentencia impugnada en lugar de las aplicadas supuestamente de manera indebida. En este sentido, la Corte Suprema se ha pronunciado reiteradamente que debe señalarse cómo debió ser la debida aplicación, es decir, cuál es la norma de derecho que se ha aplicado indebidamente y cuál debió ser la aplicable al caso

(Resolución No. 552-99 publicada en el Registro Oficial No. 348 de 28 de diciembre de 1999; Resolución No. 87-00 publicada en el Registro Oficial No. 63 de 24 de abril de 2000). La indeterminación en que cae la recurrente respecto de este cargo, lleva a esta Sala a rechazarlo. Por las consideraciones expuestas, 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, rechaza el recurso de casación interpuesto por la demandada, Doris Noraida Mora Fernández. Con costas a cargo de la recurrente. Notifíquese.
Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Ramón Jiménez Carbo y Ramiro Romero Parducci (Ministros Jueces) y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

Certifico que las tres copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 300-2003 F.I. (Resolución No. 211-2007) que, sigue Ab. GLENDA AVECILLAS ESTRELLA, Procuradora Judicial de RAFAEL DELFILIO AVECILLAS ESTRELLA contra DORIS NORAIDA MORA FERNANDEZ.

Quito, junio 28 del 2007.

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

No. 215-2007

ACTORES: Olmedo Indalecio Ruiz Maldonado y Amable Vitaliano Ruiz Maldonado.

DEMANDADOS: Enrique Martinod Hidalgo, ya fallecido, y actualmente contra Margarita Restrepo Quijano, Mathew Andrew y Ronald Mauricio Martinod Restrepo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, junio 5 del 2007; a las 14h45.

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 de 2005, publicada en el Registro Oficial No. 165 de 14 de diciembre de 2005. En lo principal, los señores Olmedo Indalecio Ruiz Maldonado y Amable Vitaliano Ruiz Maldonado, en el juicio ordinario por celebración y suscripción de escritura pública de compraventa, que siguen en contra del señor Enrique Martinod Hidalgo, ya fallecido, y actualmente contra Margarita Restrepo Quijano, Mathew Andrew y Ronald Mauricio Martinod Restrepo, dentro del término previsto en el artículo 5 de la Ley de Casación, presentan recurso de casación (fojas 40 de segunda instancia) de la sentencia dictada por la ex Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, el día 13 de septiembre de 2000, a las 08h30 (fojas 38 del cuaderno de segunda instancia), fundando su recurso en las causales primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. La jurisdicción y competencia se encuentran radicadas en esta Sala, por el sorteo pertinente de 23 de julio de 2001 y razones actuariales constantes en el cuaderno de casación; una vez concluida la etapa de sustanciación de este proceso, para resolver, se considera: PRIMERO: Este Tribunal de Casación es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud del mandato contenido en el Art. 200 de la Constitución Política de la República y en atención a lo dispuesto en el Art. 1 de la Ley de Casación. SEGUNDO: Los recurrentes manifiestan que las normas infringidas son: el numeral 27 del Art. 23 y el Art. 192 de la Constitución Política del Estado; el Art. 1594 del Código Civil; y el fallo dictado dentro del recurso de casación No. 395-96 propuesto por Amparo Páez Taco en contra de Edgar Llovani Sotomayor, publicado en el R. O. No. 162 de 5 de abril de 1999, págs. 10-18. TERCERO: Debido a que se ha invocado la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, es necesario considerarla en primer lugar porque en caso de ser aceptada y declararse la nulidad, sería innecesario analizar el otro cargo presentado. Al respecto, la fundamentación que los recurrentes presentan sobre esta causal dice: "Lo fundamentamos también en la causal segunda del indicado Art. 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de normas procesales correspondientes a la naturaleza del caso, al punto de viciar de nulidad el procedimiento y provocar indefensión, por haber influido en la decisión de la causa, a más, naturalmente, de volver inútil y sin ningún valor, el contrato de promesa de compraventa celebrada a nuestro favor el 2 de julio de 1986, en el cual, en forma clara y precisa, se determina el plazo de cumplimiento". De esta forma de presentar la causal segunda, se desprende que se trata de una invocación generalizada que no menciona las normas procesales que han sido violadas, lo que priva al Tribunal de Casación de controlar la legalidad, y que es motivo suficiente para no aceptar el cargo. CUARTO: 4.1. Sobre la causal primera, a más de mencionar las normas constitucionales y legales; transcribir el fallo dictado dentro del recurso de casación No. 395-96 propuesto por Amparo Páez Taco en contra de Edgar Llovani Sotomayor, publicado en el R. O. No. 162 de 5 de abril de 1999, págs. 10-18; y, presentar una especie de alegato que va del literal a) al f), en el cual se mencionan la celebración del contrato de promesa de compraventa, el punto de vista sobre el plazo para la celebración de la promesa, el incumplimiento de las obligaciones contractuales del promitente vendedor, la presentación de una diligencia de requerimiento judicial, y la referencia a un escrito del Ing. Martinod Hidalgo mediante el cual se negó a celebrar la escritura pública de compraventa, termina en el literal f) con el siguiente razonamiento: "… ustedes, en el fallo de 13 de septiembre del 2000, consideran que el Ing. Martinod Hidalgo no ha sido requerido judicialmente, aplicando, en forma indebida, lo preceptuado en los Arts. 1594 y 1595 del Código Civil en conexión con el último inciso del Art. 450 del Código de Procedimiento Civil, pese a que en el contrato de promesa de compra-venta, se estableció, con absoluta precisión, el plazo para la celebración de la escritura traslaticia de dominio". 4.2. Sobre este punto, la ex Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, en su fallo dice: "El 12 de julio de 1993 se requiere al promitente vendedor, Ing. Enrique

Martinod, para que concurra a la Notaría Vigésima Primera del Dr. Marco Vela a la suscripción de la escritura de compraventa. El Juez Noveno de lo Civil de Pichincha, dispone entre otros puntos en providencia de 12 de julio de 1993, de las 14h00, que el señor Ing. Enrique Martinod Hidalgo, comparezca a la Notaria Vigésima Primera del Cantón, a fin de que proceda a suscribir la escritura definitiva de compraventa del inmueble, cuya escritura de promesa de compraventa se adjunta a la presente, que se oficie al señor Notario Vigésimo Primero del Cantón, Dr. Marco Antonio Vela Vasco haciéndole conocer de este particular y, que se cite al Ing. Enrique Martinod Hidalgo, en el lugar que se indica. A fs. 5 vuelta y con fecha 14, 15 y 16 de julio de 1993, aparece citado el demandado por boletas. Este concurre dándose por citado, con el escrito de fs. 6 y se opone al requerimiento, alegando prescripción; nulidad de la cláusula penal y la nulidad de diligencia de requerimiento y "si los peticionarios insisten en que se perfeccione la venta esta se la hará en razón de un reajuste de precios". No aparece de la diligencia de requerimiento la razón que debió poner el Notario de la asistencia de los interesados, en el día y hora señalados para el otorgamiento de la escritura. No existe tampoco un nuevo señalamiento que debió solicitarse y ordenar para la realización del acto. SEGUNDO. En el día y hora señalados se presupone que debe estar confeccionada la minuta de la escritura, pagados los impuestos y concurrir ante el Notario tanto los promitentes compradores como los promitentes vendedores, pues, no se puede suscribir una escritura de compraventa en diferente tiempo con asistencia de una sola de las partes, es un acto al que debe concurrir el Notario ante quien se otorga, los promitentes vendedores y compradores, en unidad de acto. Cuando no han concurrido las partes o ha concurrido una de ellas, el Notario debe asentar esa razón. En el caso no se halla perfeccionado el requerimiento, como lo prevé los Arts. 1594 y 1595 del Código Civil, en conexión con el último inciso del Art. 450 del Código de Procedimiento Civil…". 4.3. De la redacción del recurso, antes citada, se desprende que el cargo concreto que hace el recurrente es la aplicación indebida de los artículos 1594 y 1595 del Código Civil, y el último inciso del Art. 450 del Código de Procedimiento Civil. El Art. 1594 del Código Civil (actual 1567) dice: "El deudor está en mora: 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; 2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, 3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor"; esta disposición legal se refiere a los casos en que el deudor está en mora de cumplimiento de una obligación, por tanto su aplicación al cumplimiento del contrato de promesa de compraventa es perfectamente pertinente, tanto más que el casacionista es el que lo utiliza como fundamento de derecho para pedir la diligencia de requerimiento que tiene la finalidad de constituir en mora al promitente vendedor, de tal manera que no existe aplicación indebida de esta norma. El Art. 1595 del Código Civil (actual 1568), dice: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos"; en este caso también, la norma se refiere a la forma de caer en mora en los contratos bilaterales, como es el caso del contrato de promesa de compraventa, cuyo cumplimiento es exigido por los promitentes compradores mediante el requerimiento al que se refiere el fallo del Tribunal de última instancia cuando invoca el Art. 1595, de tal manera que la norma está debidamente aplicada. El Art. 450 del Código de Procedimiento Civil (actual 440) se refiere a la entrega de especies o cuerpo cierto y a las obligaciones de hacer, y el último inciso mencionado por el recurrente como indebidamente aplicado dice: "Si el hecho consistiere en el otorgamiento y suscripción de un instrumento, lo hará el juez en representación del que deba realizarlo. Se dejará constancia en acta, suscrita por el juez, el beneficiario y el secretario, en el respectivo juicio"; la disposición se refiere al cumplimiento de la obligación de otorgamiento y suscripción de un instrumento cuando la persona directamente obligada no quiere o no puede hacerlo, que es la forma como debió procederse para el cumplimiento de la promesa de compraventa que nos ocupa, y que, el fallo del Tribunal ad quem hace referencia de manera absolutamente pertinente, por lo que no existe aplicación indebida de la norma. Por lo manifestado no se acepta el cargo de aplicación indebida de ninguna de las normas que invoca el casacionista y que han sido analizadas individualmente. Por las consideraciones que anteceden, 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, no casa el fallo dictado por la ex Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito. Sin costas. Notifíquese, publíquese y 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 tres copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el juicio ordinario N° 188-2001 (Resolución N° 215-2007) que, por celebración de escritura pública sigue Olmedo Indalecio Ruiz Maldonado y Amable Vitaliano Ruiz Maldonado contra Enrique Martinod Hidalgo, ya fallecido, y actualmente contra Margarita Restrepo Quijano, Mathew Andrew y Ronald Mauricio Martinod Restrepo.

Quito, junio 28 del 2007.

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

No. 216-2007

ACTORA: Isaura Rebeca Játiva.

DEMANDADO: Manuel Mesías Valenzuela.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 5 de junio del 2007; a las 14h55.

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 de 2005, publicada en el Registro Oficial No. 165 de 14 de diciembre del mismo año. En lo principal, la actora Isaura Rebeca Játiva interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Superior de Justicia del Carchi, que revoca la sentencia del Juez de primer nivel y desecha la demanda, en el juicio ordinario que, por restablecimiento de linderos sigue en contra de Manuel Mesías Valenzuela. 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 enero de 2005; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 20 de junio de 2006, 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: La casacionista funda el recurso en la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación, por haber resuelto lo que no fuera materia del litigio. Estima que en la sentencia se han infringido las siguientes normas: Arts. 677 y 277 del Código de Procedimiento Civil. TERCERA: 3.1. El vicio que contempla la causal cuarta es el de inconsonancia o incongruencia resultante de la comparación entre la parte resolutiva del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones deducidas, que se produce por los siguientes modos del vicio: 1) Ultra petita, cuando se otorga más de lo pedido; 2) Extra petita, cuando se otorga algo distinto a lo pedido; 3) Citra petita, cuando se deja de resolver sobre algo pedido; y, 4) Mínima petita, cuando se resuelve menos de lo pedido. 3.2. En la especie, la actora en su demanda en este juicio manifiesta que es propietaria de un bien inmueble ubicado en el sector urbano de la parroquia San José, cantón Montúfar, provincia del Carchi, cuyo lindero por el Oeste es con propiedad particular, antes de los cónyuges Leopoldo Isizán y María Ruano y actualmente de Manuel Mesías Valenzuela Huera, desde el cinco de marzo del año dos mil uno, quien violentamente –dice- en el mes de septiembre del año dos mil dos altera los límites de su propiedad al derribar árboles de eucalipto de propiedad de la actora, al construir dos cuartos separados tipo media agua; por lo que demanda a Manuel Mesías Valenzuela el restablecimiento del lindero Oeste, al sitio que se encontraba antes de que Manuel Valenzuela compre un lote de terreno al señor Leopoldo Isizán y señora, pues que dicho lindero ha experimentado un trastorno que perjudica a su propiedad en 995 metros cuadrados. 3.3. En el considerando quinto de la sentencia impugnada el Tribunal ad quem concluye: "Conforme a la prueba instrumental analizada y de acuerdo a los informes periciales de las tres inspecciones realizadas a los predios del conflicto, se ha establecido que el lindero Este de la propiedad de la actora Isaura Rebeca Játiva no se ha obscurecido, no ha desaparecido ni ha experimentado otro trastorno para que proceda el juicio de demarcación de linderos". 3.4. Es evidente que el Tribunal ad quem al resolver sobre el lindero Este, está resolviendo algo que no fue materia del litigio y ha dejado de resolver sobre lo pedido, que es el restablecimiento del lindero Oeste, en todo caso de la parte que colinda con terreno del demandado; por lo expuesto procede casar la sentencia. CUARTA: En aplicación del Art. 16 de la Ley de Casación, se debe expedir la sentencia; al efecto se considera: 4.1. El proceso es válido por cuanto en su tramitación no se observa omisión de solemnidad sustancial que vicie de nulidad lo actuado. 4.2. Las pretensiones de la actora constan del número 3.2. del considerando tercero de este fallo. El demandado opone las siguientes excepciones: "Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; falta de legítimo contradictor; ilegitimidad de personería por demandarlo en la forma que lo ha hecho; nulidad de la escritura que la parte actora acompaña a la demanda; inexistencia de identidad de la cosa reclamada; falta de prueba de la propiedad alegada por la actora; cosa juzgada; prescripción de la acción; y, que no se allana a ninguna solemnidad sustancial de las que adolece la presente acción y que son comunes a toda clase de juicios" (sic). 4.3. De conformidad con lo previsto en el Art. 666 (ex 677) del Código de Procedimiento Civil el juicio de demarcación y linderos procede en dos casos: 1) Por restablecimiento de linderos; 2) Cuando se fije por primera vez la línea de separación entre dos o más heredades, con señalamiento de linderos. A su vez el restablecimiento de linderos procede en los siguientes casos: a) Cuando los linderos se hubieren obscurecido; b) Cuando hubieren desaparecido los linderos; c) Cuando los linderos hubieren experimentado algún trastorno. En la especie, la actora demanda el restablecimiento del lindero Oeste con el señor Manuel Mesías Valenzuela por trastorno; y, según el Diccionario de Guillermo Cabanellas trastorno significa "Cambio de posición material". 4.4. En el proceso se han comprobado los siguientes hechos: a) Que actora y demandado son propietarios de predios colindantes en el sector urbano a la parroquia San José del cantón Montúfar, provincia del Carchi (fs. 32 a 35; 54 a 58); b) De la prueba instrumental, pericial e inspecciones judiciales se establece que en el lindero del terreno de la actora con el del demandado Manuel Mesías Valenzuela hay dos construcciones tipo media agua (fs. 15 del cuaderno de segunda instancia), (cuaderno de primera instancia fs. 47, 48, 29, 63 a 67, 68 a 71) y que por acción del demandado existe un trastorno de linderos, en la parte que el terreno de la actora colinda con la del demandado. 4.5. De la escritura pública de compraventa (fs. 32 a 35 del cuaderno de primera instancia), celebrada ante el Notario Primero del cantón Montúfar el 4 de mayo de 1991 entre Segundo Guerra y su cónyuge, con la actora, Isaura Rebeca Játiva, así como del certificado del señor Registrador de la Propiedad del Cantón Montúfar (fs. 36 de primera instancia), se desprende que el inmueble de propiedad de la actora tenía originalmente una superficie aproximada de once mil doscientos metros cuadrados y que en ninguna parte de los linderos originales de dicho lote de terreno constaba como límite, zanja alguna, como aparece en la posterior compraventa (escritura pública de 5 de marzo de 2001, celebrada ante el Notario Segundo del cantón Montúfar, fs. 54 a 58 del expediente de primera instancia) que realizan Leopoldo Isizán y su cónyuge al demandado, Manuel Valenzuela. Estos hechos también se corroboran con los informes periciales y planos elaborados por el Arq. Franklin Ortiz (fs. 65 a 67 de primera instancia) y por el Ing. Napoleón Chacón (fs. 69 a 71 de primera instancia), los cuales concuerdan en que la extensión del terreno inspeccionado es de 11.149 metros cuadrados, que entre sus linderos no consta zanja alguna y que el lindero OESTE del inmueble es de apenas 6 metros con propiedad de Leopoldo Izisán. 4.6. El demandado no ha probado ninguna de las

excepciones que opuso. Por lo expuesto, 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 la sentencia impugnada. En mérito de los autos, desechando las excepciones propuestas por el demandado, se acepta la demanda y se ordena el restablecimiento del lindero Oeste del predio de propiedad de la actora Isaura Rebeca Játiva en la parte que colinda con terrenos del demandado Manuel Mesías Valenzuela Huera, al sitio en que se encontraba el lindero antes de la compraventa de terreno realizada entre Leopoldo Isizán y cónyuge y Manuel Valenzuela, que es el que se determina en los informes periciales y planos elaborados por el Arq. Franklin Ortiz (fs. 65 a 67 de primera instancia) y por el Ing. Napoleón Chacón (fs. 69 a 71 de primera instancia). Sin costas. Notifíquese. Devuélvase.

Fdo.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Dr. Ramón Jiménez Carbo, Dr. Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

Certifico que las tres copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 11-2005 wg (Resolución No. 216-2007) que, sigue Isaura Rebeca Játiva contra Manuel Mesías Valenzuela.

Quito, junio 28 del 2007.

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

No. 220-2007

ACTOR: BANCO DEL PACIFICO S.A.

DEMANDADO: Luis Miguel Astudillo Astudillo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 12 de junio del 2007; a las 15h00.

VISTOS (25–2003): Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de magistrados titulares de esta Sala, designados por el Comité de Designación y Posesión de Magistrados y Conjueces de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución No. 199 de 29 de noviembre de 2005, publicada en el Registro Oficial No. 165 de 14 de diciembre del mismo año. En lo principal, el demandado en este juicio, Luis Miguel Astudillo Astudillo, interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, que confirma en lo principal el fallo del Juez de primer nivel en cuanto acepta la demanda, en el juicio ordinario que por dinero sigue el Banco del Pacífico S.A. en su contra. 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 por 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, en virtud del sorteo de 20 de enero del 2003; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 31 de marzo del 2003, 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 recurrente estima que en la sentencia impugnada se han infringido las siguientes normas: Del Código Civil: inc. 1° del Art. 2222 (actual 2195), del pago por error; 2225 (actual 2198), de la prueba del pago indebido; 29 (igual numeración actual), de las clases de culpa; 1494 (actual 1467), de los vicios del consentimiento; 1496 (actual 1469), del error de hecho sobre la especie del acto y la identidad de la cosa; 1497 (actual 1470), acerca del error de hecho sobre las calidades de la cosa; 1498 (actual 1471),respecto del error de hecho sobre la persona; incisos 1° y 3° del Art. 1590 (1563), de la responsabilidad civil del deudor; de la Ley de Cheques: inciso 2° del Art. 24; del Código de Procedimiento Civil: inc. 1° del Art. 117 (actual 113), sobre la carga de la prueba; 126 (actual 122), que define la confesión judicial; 119 (actual 115), sobre la valoración de la prueba; 127 (actual 123), de los requisitos para que la confesión judicial constituya prueba. Invoca las siguientes causales y formas de vicio: 2.1 La causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación por los siguientes vicios: por falta de aplicación del Art. 24 de la Ley de Cheques; en concordancia con los artículos 41 ibídem (sobre las acciones por falta de pago y la forma de acreditar el protesto) y 4 del Reglamento General de la Ley de Cheques (sobre forma de disponer de los depósitos en cuenta corriente "colectiva" o "corporativa"); por errónea interpretación del Art. 2222 (actual 2195) del Código Civil; falta de aplicación de las normas contenidas en los Arts. 1494, 1495, 1496, 1497, 1498, 1590 y 29 del Código Civil. 2.2 Causal segunda, por errónea interpretación de los Arts. 126 (actual 122) y 127 (actual 123) del Código de Procedimiento Civil, lo cual, -a juicio del recurrente-, provoca indefensión e influye directamente en la decisión de la causa.- 2.3 En la causal tercera, por errónea interpretación de los Arts. 117 (actual 113) y 119 (actual 115) del Código de Procedimiento Civil.- TERCERA: 3.1. Corresponde analizar el recurso en cuanto a la causal segunda invocada. Como señala el recurrente, en el considerando quinto de la sentencia impugnada se expresa: "El accionante prueba, consiguientemente que por su error ha hecho el pago que no lo debía y por ende tiene derecho de repetir lo indebidamente pagado; y, habiendo confesado el demandado a lo largo de todo el proceso el pago o, que esa suma fue acreditada en su cuenta corriente, le queda al accionante la prueba que no era debido...". Y por estas expresiones el recurrente estima que el Tribunal ad quem interpreta de manera errada las disposiciones procesales referentes a la confesión judicial, esto es los Arts. 122 y 123 del Código de Procedimiento Civil, "…al pretender dar a una serie de actos de diversa índole la categoría de confesión judicial…"; sostiene que el Tribunal "Se inventa una confesión judicial y por ello, asume la existencia de un pago indebido.../…ya que al conferirle a la comparecencia a juicio del Sr. Luis Astudillo la calidad de confesión, releva de la carga de la prueba al actor Banco del Pacífico S.A., se inventa una prueba plena que no existe y en base a ello acepta como cierto el hecho del pago indebido,…". 3.2. El Art. 2198 del Código Civil establece dos reglas sobre la prueba del pago indebido: a) Si el demandado confiesa el pago, el demandante debe probar que no era debido; b) Si el demandado niega el pago, toca al demandante probarlo; y probado, se presumirá indebido. La

primera regla contempla el caso de que el demandado "confiesa el pago", y esta expresión no se refiere a la confesión judicial regulada por el Art. 122 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, sino a la declaración del demandado, hecha de cualquier manera, reconociendo el pago; y, cuando el Tribunal ad quem usa la expresión "habiendo confesado el demandado a lo largo de todo el proceso el pago", se refiere a la primera regla que establece el citado Art. 2198 del Código Civil; sin mencionar en parte alguna de la sentencia el término "confesión" ni peor aún "confesión judicial". Además el fallo no solo se sustenta en esta declaración del demandado sino en otras pruebas analizadas en el considerando cuarto de la sentencia.- En conclusión, en la sentencia impugnada no existe la violación de normas que aduce el recurrente, respecto a la causal 2ª, ni la parte demandada ha quedado en indefensión. Por consiguiente, se rechaza este cargo. CUARTA: El recurrente invoca también la causal tercera por errónea interpretación de los Arts. 117 (actual 113) y 119 (actual 115) del Código de Procedimiento Civil, aduciendo que "Al interpretar erradamente los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba la Sala aplica de manera indebida las normas de derecho sustantivo relativas al pago indebido". El Art. 113 del Código de Procedimiento Civil contiene reglas sobre la carga de la prueba; y, el Art. 115 ibídem establece que la prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La Sala observa que el Tribunal ad quem en la valoración de la prueba no ha quebrantado las reglas de la lógica ni ha llegado a conclusiones arbitrarias. Por tanto, se desecha este cargo. QUINTA: En lo que corresponde a la causal primera invocada por el recurrente la Sala hace el siguiente análisis: 5.1 Respecto a esta causal el recurrente estima que existe falta de aplicación del Art. 24 de la Ley de Cheques, en concordancia con los Arts. 41 ibídem y 4 del Reglamento General de la Ley de Cheques. De la parte expositiva de la sentencia impugnada, en referencia a la demanda, consta que el Banco del Pacífico S.A., sucursal Cuenca suscribió un contrato de cuenta corriente con el Sr. Luis Miguel Astudillo Astudillo, signado con el No. 090242-7; que con fecha 5 de junio de 1998 se deposita el cheque No. 00389879 girado por el Aramark Uniform Services contra el Banco Nations Bank de los Estados Unidos de Norteamérica por la suma de USD $ 151.411,56 y a la orden de Millken & Company; que este cheque fue remitido como remesa al exterior en gestión de cobro por medio del banco corresponsal en dicho país, el Pacific Nacional Bank; que por error el 18 de junio de 1998 el banco acredita los fondos del cheque mencionado en la cuenta del señor Astudillo cancelando los cheques que éste gira sobre su cuenta, cuando no debieron ser pagados porque el endoso del cheque resultó falsificado conforme la declaración del banco girado al corresponsal y éste a su representado. El recurrente estima que esta acreditación de fondos a su cuenta sin esperar la confirmación del cobro del cheque no es un error del banco sino que constituye negligencia, que "…sobrepasa incluso la culpa y raya en el dolo, puesto que el Sr. Astudillo bien podía haber girado cheques sobre este saldo, cayendo en la figura del protesto por insuficiencia de fondos,…" (el subrayado es de la Sala); se observa que el mismo recurrente utiliza en esta parte una frase en potencial ("3. Que puede suceder o existir, en contraposición de lo que existe", DRAE, Vigésima Primera Edición); es decir, que el cuentacorrentista pudo haber girado cheques sin fondo, lo cual, de haber ocurrido, sí hubiere significado perjuicio al demandado; pero, no ocurrió; igual aseveración se encuentra más adelante en el escrito de interposición del recurso, cuando afirma: "…sino que esta negligencia lo colocó en una posición, totalmente de buena fe, de convicción plena de que los dineros depositados, ya habían sido efectivizados, y, como tal, que existían y sobre los cuales giró en su derecho cheques que luego pudieron ser protestados por el Banco del Pacífico S.A.. El giro de cheques sin fondos no solo pudo haber obligado a Luis Astudillo a desembolsar de otras fuentes el dinero para cubrir estas obligaciones, sino que lo puso en peligro de caer en un tipo delictual, que es, precisamente, el giro de cheques sin fondos." (los subrayados son nuestros); el recurrente, se basa en hipótesis y no en hechos reales, ya que el giro de cheques sin fondos y los posibles protestos no ocurrieron. 5.2. El Art. 24 de la Ley de Cheques, cuya disposición estima el recurrente no ha sido aplicada, establece: "A La presentación del cheque el girado está obligado a pagarlo o a protestarlo. En caso contrario, responderá por los daños y perjuicios que ocasione el portador o tenedor, independientemente de las demás sanciones a que hubiese lugar". Mas, en el caso el girado no es el Banco del Pacífico S.A. sino el Banco Nations Bank. Los artículos de la Ley de Cheques y su reglamento mencionados en el numeral 5.1. de este fallo, se refieren, evidentemente, a los cheques girados contra bancos nacionales, que no es el caso, pues, como se observó antes, el Banco del Pacífico no es el girado, ni siquiera la sucursal, el Pacific Nacional Bank. 5.3. La Sala estima que, en el caso materia de análisis, no se trata del error como vicio del consentimiento, ya que éste se encuentra claramente especificado en los artículos 1468 y siguientes del Código Civil y se refieren al error de derecho, al error de hecho sobre la especie del acto y la identidad de la cosa, sobre las calidades de la cosa, o sobre la persona con quien se contrata, que en ningún momento han sido alegados por el actor en la demanda, ni parte de la litis; ésta se refiere al error en sentido lato y no como vicio del consentimiento en los contratos –que en el caso sería en el contrato de cuenta corriente, el único que es materia del litigio-. Error significa "Equivocación, yerro, desacierto..." Conocimiento equivocado... Más particularmente, en lo jurídico se entiende por error el vicio del consentimiento originado por un falso juicio de buena fe, que en principio anula el acto cuando versa sobre el objeto o la esencia del mismo". (Guillermo Cabanellas, Diccionario Jurídico de Derecho Usual).- Según este mismo diccionario, negligencia significa "omisión de la diligencia (v) o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas, en el manejo o custodia de las cosas y en el cumplimiento de los deberes y misiones// Dejadez// Abandono// Desidia// Falta de aplicación // Defecto de atención // Olvido de órdenes o precauciones// Ejecución imperfecta contra la posibilidad de obrar mejor".- "El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro" (Art. 29, inc. final del Código Civil).- En este proceso no se ha probado que haya intencionalidad de causar daño al señor Astudillo ni esto es materia de la litis; más bien se determina que es correcta la apreciación del Tribunal ad quem de que constituye un error la acreditación de los fondos en la cuenta sin esperar la confirmación del cobro del cheque; pues en la cláusula Décima Tercera del Contrato de Apertura de Cuenta Corriente se estipula que "El cuenta correntista autoriza al banco para que gestione el cobro de los cheques de otras plazas que le entregue, y que una vez recaudados proceda a acreditarlos en su cuenta corriente. Por lo tanto dichos cheques no serán considerados como depósitos mientras no hayan sido efectivamente cobrados por el Banco... Por su parte el banco acepta el

mandato de cobranza de cheques de otras plazas otorgado y se compromete a acreditar los valores cobrados en la cuenta corriente del cuenta correntista o en su defecto, devolver dichos cheques protestados por el respectivo banco girado..." (el subrayado es nuestro). 5.4.- El recurrente estima también que en la sentencia impugnada existe errónea interpretación del Art. 2222 (actual 2195) del Código Civil, que en su inciso primero establece "El que por error ha hecho un pago y prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado", en cuanto el pago indebido, dice, debe realizarse "por error" y que la conducta del banco de efectivizar el cheque sin esperar la confirmación del girado no configura un error sino una omisión en el manejo de la cuenta que califica como culpa leve. Estima que para comprobar la "mala interpretación" del elemento error que establece el Art. 2195 del Código Civil deben analizarse las siguientes normas de derecho del Código Civil que no han sido aplicadas por el Tribunal ad quem en la sentencia impugnada: 1494, 1495, 1496, 1497, 1498 (actuales 1467, 1468, 1459, 1470, 1471) que se refieren al error como vicio del consentimiento; el Art. 1590 (actual 1563) que regula la responsabilidad civil del deudor; y, el Art. 29 que regula las especies de culpa.- El pago de lo no debido, que es la cuestión que se discute, es cuasicontrato que consiste en el pago que por error se hace de algo que no se debía, concediendo el derecho de repetir lo pagado de quien lo recibió. Al pago indebido lo configuran tres elementos: a) que exista un verdadero pago; b) que ese pago sea indebido; y, c) que haya mediado error; los que se encuentran probados en este proceso. La acreditación de fondos a la cuenta del demandado sin esperar la confirmación del cobro del cheque depositado, no es una omisión del banco, es una equivocación; y, este hecho en sí, como antes se observó fundamentadamente por parte de la Sala, no ha causado daño alguno al cuentacorrentista; el dinero le fue indebidamente acreditado y por lo tanto cabe la restitución del mismo. Por lo expuesto, no existe la violación de normas que invoca el recurrente. Por las consideraciones anotadas, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia dictada por La Segunda Sala de la Corte Superior de Cuenca. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Ramón Jiménez Carbo y Ramiro Romero Parducci (voto salvado) (Ministros Jueces) y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

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

VOTO SALVADO DEL DR. RAMIRO ROMERO PARDUCCI) EN EL JUICIO No. 25 – 2003)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 12 de junio del 2007; a las 15h00.

VISTOS (25-2003): 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 de 2005, publicada en el R. O. No. 165 de 14 de diciembre de 2005. El demandado, Luis Miguel Astudillo Astudillo, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 6 de noviembre de 2002 por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca que confirma en lo principal la sentencia dictada por el Juez Quinto de lo Civil de Azuay quien aceptó la demanda ordinaria presentada por Juan Vintimilla González, en su calidad de representante legal del Banco del Pacífico S.A., por la restitución de pago indebido.- El recurrente invoca la causal 1ª del Art. 3 de la Ley de Casación por la supuesta falta de aplicación del Art. 24 de la Ley de Cheques; por errónea interpretación del Art. 2222 del Código Civil; por falta de aplicación de los Arts. 1494, 1495, 1496, 1497, 1498, 29 inciso 2º, 1590 inciso 1º y 1590 inciso 3º del Código Civil.- También invoca la causal 2ª del Art. 3 de la Ley de Casación por una supuesta errónea interpretación de los Arts. 126 y 127 del Código de Procedimiento Civil.- Finalmente, el recurrente invoca la causal 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación alegando la errónea interpretación de los Arts. 117 y 119 del Código de Procedimiento Civil.- Encontrándose el juicio 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 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. Y de acuerdo al sorteo de ley realizado el 20 de enero de 2003. El recurso de casación interpuesto por la parte demandada ha sido calificado y admitido al trámite correspondiente mediante auto de 31 de marzo de 2003, las 16h00, por considerar que cumple con los requisitos de procedencia, legitimación y de formalidades que prescribe el Art. 6 de la Codificación de la Ley de Casación, en concordancia con los Arts. 2, 4 y 5 ibídem, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 299 de 24 de marzo de 2004. SEGUNDO: Habiendo el recurrente acusado la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, este Tribunal debe analizarlo en primer lugar puesto que, de proceder ésta, se vería impedido de seguir con el análisis del fondo de la controversia, debiendo en tal caso declarar la nulidad procesal desde el instante en que el vicio se produjo y reenviar el proceso de conformidad con lo dispuesto en el Art. 16 inciso segundo de la Ley de Casación. En la especie, el recurrente invoca la causal 2ª por una supuesta interpretación errónea de los Arts. 126 y 127 del Código de Procedimiento Civil (actuales Arts. 122 y 123) referentes a la presentación de la solicitud de confesión y a la forma en que ha de ser rendida; sin embargo, no explica ni demuestra cómo la violación de dichas normas habría producido nulidad insanable o provocado indefensión, ni en qué consistirían éstas, más aún cuando en la fundamentación de esta causal no señala violación procesal alguna; finalmente, se evidencia en el recurso una falta de correspondencia entre las normas supuestamente infringidas, con la causal 2ª invocada. Por estos motivos, este cargo se lo rechaza. TERCERO: Según la técnica jurídica corresponde realizar el análisis de la causal 3ª del Art. 3 de la Ley de Casación, invocada por el recurrente por una supuesta errónea interpretación de los Arts. 117 y 119 del Código de Procedimiento Civil, (actuales Arts. 113 y 115, respectivamente) que se refieren principalmente a la valoración de las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica. Al respecto, se advierte en el recurso que la

impugnación se basa en un desacuerdo con el análisis fáctico realizado por el Tribunal ad quem por lo que se ataca la apreciación probatoria que realiza aquél en la sentencia, análisis fáctico que no es susceptible de revisión según lo establecido por el tratadista Ulrich Klug: "*El que, en desacuerdo con las circunstancias fácticas tal como ellas fueron establecidas, ataca la apreciación que de la prueba hizo el tribunal, plantea una cuestión sobre los hechos, que no es susceptible de revisión*" (Ulrich Klug, *Lógica Jurídica*, Bogotá, Temis, 1990, pág. 203); no se alega en el recurso, ni se advierte en la sentencia impugnada, una infracción de la apreciación lógica de la prueba que haya originado una conclusión ajena a la lógica aplicada por Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca. Las reglas de la sana crítica son ante todo las reglas del correcto entendimiento humano en las que interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del Juez; unas y otras contribuyen de igual manera a que el Juez pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas (Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, Bs. Aires, 1951, pág. 174), lo cual ha sido observado en la sentencia recurrida, por lo que el cargo analizado en este considerando se lo desecha. CUARTO.- Finalmente, en cuanto a la causal 1ª del Art. 3 de la Ley de Casación, invocada por el recurrente, esta Sala realiza el siguiente análisis: 1) Las partes coinciden en que el 5 de junio de 1998 el demandado depositó en su cuenta corriente No. 090242-7 del Banco del Pacífico, el cheque No. 00389879 del Nations Bank of Georgia, de los Estados Unidos que recibió de manos de Angel Luis Liciardi Pasculli, girado por la compañía Aramark Uniform Services a la orden de la compañía MILLIKEN & COMPANY, por un valor de USD$ 151.411,56. Trece días después, esto es, el 18 de junio del mismo año, la entidad demandante acreditó los fondos a la cuenta de Luis Miguel Astudillo Astudillo, acreditación en base a la cual éste giró, días más tarde, algunos cheques que alcanzaron la suma de USD$ 128.411,56 y que fueron pagados por el Banco de Pacífico. En la demanda planteada, la entidad actora acepta haber cometido un error en dicha acreditación, ya que dicho cheque fue remitido por el Banco del Pacífico a su corresponsal en los Estados Unidos, el Pacific National Bank de Miami, para su cobro al Nations Bank of Georgia; este cobro no pudo realizarse porque el Nations Bank of Georgia, negó el pago por falsedad del endoso en el cheque. 2) El inciso primero del Art. 2222 (actual 2195) del Código Civil dispone que "*El que por error ha hecho un pago y prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado.*", de lo cual se desprende que la figura de repetición del pago de lo no debido, fundamento de la demanda planteada, requiere la concurrencia de dos elementos: a) que quien realizó el pago haya probado que no lo debía; y, b) que tal pago hubiese sido realizado por error. Por su parte, el Art. 24 de la Ley General de Cheques establece que el cheque es pagadero a la vista, por lo que, a su presentación, la institución bancaria debe pagarlo o protestarlo. 3) En el caso sub lite, el cheque fue presentado al cobro, mediante depósito en la cuenta corriente de Luis Miguel Astudillo No. 090242-7, el 5 de junio de 1998; transcurridos trece días, el cheque fue pagado por el Banco del Pacífico el 18 de junio de 1998 mediante la acreditación de fondos en la cuenta del demandado, por lo que, al tenor de lo dispuesto en el Art. 24 de la Ley General de Cheques, no aparece que la entidad bancaria haya realizado un pago que no debía hacerlo; al contrario, al no haber protestado el cheque, el banco estaba obligado por ley a realizar el pago. 4) Cabe también tener presente la regla general establecida en el Art. 60 de la Ley General de Cheques sobre la responsabilidad en el pago de un cheque falsificado: "*Art. 60.- La pérdida causada por el pago de un cheque falsificado no comprendido en la numeración del girador, corresponde al girado. La pérdida causada por el pago de cheques falsificados, comprendidos en la numeración del girador, corresponde a éste o al girado, según tenga uno u otro culpa en la pérdida. Si ninguno de los dos tuviere culpa, la pérdida corresponderá al girado. Si el girador no reclamare dentro de los seis meses de presentado por el girado el estado de la cuenta corriente indicado en el artículo anterior, en el que conste el pago de cheques falsificados, la pérdida causada por el pago de tales cheques corresponderá al girador. Prohíbese toda estipulación contraria a lo dispuesto en este artículo.*", norma respecto de la cual la Corte Suprema ha establecido que: "*(…) En síntesis, puede decirse que, por regla, el banco girado es responsable por el pago de un cheque falsificado, y solo por excepción queda liberado de responsabilidad si ese pago se hace por culpa del cuentacorrentista girador. Por esta razón, cuando el girado paga un cheque falsificado, la carga de la prueba de quien es el culpable corresponde al banco girado. En otras palabras, al banco girado le corresponde demostrar, en todos los casos, para liberarse de responsabilidad, que el cuentacorrentista girador fue el culpable para el pago del cheque falsificado (…)*" (Resolución No. 12-2001 publicada en el Registro Oficial No. 288 de 20 de marzo de 2001), lo cual, en la especie, no se encuentra probado, más aún cuando la propia entidad bancaria reconoce en su demanda haber sido ella la que habría cometido el error por el cual el cheque fue pagado (fs. 3 del expediente de primera instancia). 5) En cuanto al error, como segundo elemento para que se configure el pago indebido, debe anotarse que "*en lo jurídico se entiende por error el vicio del consentimiento originado por un falso juicio de buena fe, que en principio anula el acto cuando versa sobre el objeto o la esencia del mismo*" (Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo III, Ed. Heliasta, 1997, pág. 500). Nuestro Código Civil distingue el error de derecho, que no vicia el consentimiento (Art. 1468); el error de hecho que recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra y el error de hecho que recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata (Art. 1469), errores estos que vician el consentimiento; el error de hecho que vicia el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree (Art. 1470); y, el error de hecho sobre la persona, que en principio no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato (Art. 1471). En la especie, el supuesto error alegado por la entidad demandante, no se encuadra en la enumeración que al respecto recoge el Código Sustantivo Civil, y no podría encuadrarse por cuanto la actitud del banco no denota la comisión de un simple error de buena fe que pueda excusarlo de responsabilidad, sino un accionar negligente tomando en consideración no sólo el giro de su negocios y actividades habituales, en las que deben extremarse la diligencia y la prudencia, sino también lo dispuesto en el Art. 4 de la Sección III del Reglamento General de la Ley de Cheques que establece la obligación de los bancos de tomar "*todas las precauciones necesarias previas al pago de cheques, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley de Cheques, en la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Area Tributaria y en este*

capítulo. Estos procedimientos deberán constar en los manuales operativos internos de cada institución".- No existiendo, como se ha visto, pago de algo no debido, ni error en el pago realizado por el Banco del Pacífico, se evidencia una errónea interpretación del Art. 2222 (actual Art. 2195) del Código Civil en la sentencia recurrida que fue determinante en su parte dispositiva, por lo que se declara con lugar este cargo.- Sin ser necesarias otras consideraciones, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia recurrida y, acogiendo la excepción de improcedencia de la demanda, declara sin lugar la acción de repetición de pago indebido presentada por el Banco del Pacífico S.A. Sin costas. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Ramón Jiménez Carbo y Ramiro Romero Parducci (voto salvado) (Ministros Jueces) y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

Certifico que las siete copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 25-2003 F.I. (Resolución No. 220-2007) que, sigue BANCO DEL AUSTRO S.A. contra LUIS MIGUEL ASTUDILLO ASTUDILLO.

Quito, junio 28 del 2007.

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

No. 221-2007

ACTOR: Luis Salomón Arce Arevalo.

DEMANDADOS: Rodolfo Eduardo Rodríguez Cruz y Clara Esbelta Escobar Ledesma.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 12 de junio del 2007; a las 16h00.

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 de 2005, publicada en el R. O. No. 165 de 14 de diciembre de 2005. En lo principal actor, Luis Salomón Arce Arévalo interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 28 de enero de 2003, las 11h30 por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Chimborazo que confirma la pronunciada por el Juez Quinto de lo Civil de Riobamba mediante la cual se declaró sin lugar la demanda ordinaria de nulidad de sentencia ejecutoriada que inició el recurrente en contra de Rodolfo Eduardo Rodríguez Cruz y Clara Esbelta Escobar Ledesma. El recurrente considera infringidos los anteriores Arts. 9, 1725, 1509, 1510 y 1519 del Código Civil, por aplicación indebida; y, los anteriores Arts. 88, 118, 125 y 458 del Código de Procedimiento Civil y el Art. 24, numeral 13 de la Constitución Política del Estado sin especificar el vicio que los estaría afectando. De manera general invoca la causal 1ª del Art. 3 de la Ley de Casación. Encontrándose el juicio 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 24 de marzo de 2003 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 el actor ha sido calificado y admitido al trámite correspondiente mediante auto de 23 de marzo de 2004, las 09h20. SEGUNDO: El vicio que la causal 1ª del Art. 3 de la Ley de Casación imputa al fallo 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 en que se puede incurrir en esta violación son la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación. TERCERO: En la especie, los anteriores Arts. 88, 118, 125 y 458 (actuales 84, 114, 121 y 448, respectivamente) del Código de Procedimiento Civil no comportan normas sustantivas cuya violación haya sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia recurrida por lo que se observa que el recurrente equivocó la causal invocada respecto de tales normas, por lo que esta Sala se ve impedida de pronunciarse sobre si existió o no la violación de aquellas normas. En este sentido, el tratadista colombiano Hernando Devis Echandía 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 Echandía Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso, pág. 573). Además, el actor no especifica de manera inequívoca, respecto de los anteriores Arts. 88, 118, 125 y 458 (actuales 84, 114, 121 y 448, respectivamente) del Código de Procedimiento Civil y del Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política del Estado, el vicio que a su entender estaría afectando a dichas normas; en otras palabras, respecto de aquéllas no determina si existió aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, lo cual imposibilita que este Tribunal de Casación pueda analizar la procedencia o no del cargo basado en la causal 1ª del Art. 3 de la Ley de Casación que establece expresa y claramente que la "aplicación indebida" o la "falta de aplicación" o la "errónea interpretación" son los únicos vicios que pueden afectar a la normativa legal que se estime infringida, no pudiendo ésta ser afectada por un vicio no previsto, imprecisión frente a la cual esta Sala no puede pronunciarse porque no le corresponde interpretar el vicio al que, eventualmente, quiso referirse el recurrente ni resolver la existencia de un vicio no previsto en la ley de la materia. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema al decir que *"(…) La importancia de la fundamentación del recurso es tal, que Devis Echandía, en su obra 'Compendio de Derecho Procesal', al respecto anota: 'La Corte no puede examinar causales no alegadas, ni errores de la sentencia no alegados aunque pueda corresponder a una de las causales escogidas por el recurrente. En esto se diferencia de la apelación y por ello no se trata de otorgar una tercera instancia'. Por su parte*

Véscovi, en su obra 'Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica' enseña que 'El recurso de casación en todos los sistemas está sometido a estrictas reglas formales, especialmente en lo que se refiere a los requisitos para la interposición del recurso', añade: 'Resulta esencial el respeto a dichas formas, que no son simples requisitos extremos sin contenido. Y que determinan el rechazo, por razones de forma, del recurso de casación, dentro de la calificación primaria de admisibilidad que todos los sistemas incluyen', y dando más fuerza a estas ideas, agrega: 'Podemos reproducir, al respecto, las exactas expresiones del profesor argentino Fernando de la Rúa, cuando expresa: <No son solemnidades innecesarias ni mecanismos sacramentales que hayan perdido su justificación procesal…> sino que <responden a la necesidad, siempre actualizada, de no quitar al recurso su carácter de medio de impugnación verdaderamente extraordinario que supone –por eso mismo- el previo cumplimiento de obligaciones inexcusables, para evitar que en la práctica se concluya por desvirtuarlo>'. El profesor Fernando de la Rúa, en su obra, 'El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino' manifiesta que 'El recurso de casación debe ser motivado, y esa motivación debe ser suministrada por la parte recurrente en el mismo escrito de interposición, determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta'" (Resolución No. 687-97 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 19 de febrero de 1998). En este mismo sentido tenemos que "*(…) La casación, como bien lo señala la doctrina procesal, es considerada como una demanda contra la sentencia y en tal virtud, debe quedar trabada la litis con relación a las normas de derecho, normas procesales y preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que se estimen aplicados indebidamente, erróneamente interpretados y no aplicados: dichas circunstancias deben quedar expuestas en forma clara por el recurrente para que proceda la impugnación. Por otro lado, el recurrente no ha tenido presente que los vicios a los que hace referencia el Art. 3 de la ley en cuestión, son excluyentes entre sí; no pueden concurrir simultáneamente la aplicación indebida, falta de aplicación y errónea interpretación de una misma norma de derecho, de una misma norma procesal o de un mismo precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, la mera enunciación de las causales no constituye la fundamentación del recurso, se requiere del análisis del vicio en relación a la norma de derecho, norma procesal y precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba (…)*" (Fallo de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 5 de diciembre de 1997, publicado en la Gaceta Judicial, año XCVII, No. 10, Pág. 2522). Por los motivos expuestos en este considerando, esta Sala se ve imposibilitada de analizar la supuesta infracción de los Arts. 88, 118, 125 y 458 (actuales 84, 114, 121 y 448, respectivamente) del Código de Procedimiento Civil y del Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política del Estado. CUARTO: El vicio de aplicación indebida debe partir de la efectiva aplicación en el fallo recurrido de las normas que se estima infringidas, a fin de que el recurrente pueda señalar en su recurso cómo debió el Tribunal ad-quem aplicarlas debidamente. En el caso *sub judice*, no se advierte que los anteriores Arts. 9, 1725, 1509, 1510 y 1519 (actuales 9, 1698, 1482, 1483 y 1492, respectivamente) del Código Civil, hayan sido mencionados o invocados en la sentencia recurrida por lo que mal podía el recurrente alegar la indebida aplicación de normativa que no ha sido aplicada por el Tribunal ad-quem. Cabe, sin perjuicio de las consideraciones expuestas, señalar que la demanda versó sobre la nulidad de la sentencia ejecutoriada dictada dentro del juicio ejecutivo No. 508-98 que siguió Rodolfo Rodríguez Cruz en contra de Luis Salomón Arce Arévalo. Al respecto, la Corte Suprema ha establecido en fallos de triple reiteración el principio que acoge esta Sala, por el cual, cualquier impugnación de la sentencia dictada en juicio ejecutivo debe hacerse en juicio separado con arreglo al actual Art. 448 del Código de Procedimiento Civil, y no mediante la acción de nulidad de sentencia prevista en el actual Art. 299 del mismo código. Así tenemos que en la Resolución Nº 250-1998 publicada en el Registro Oficial No. 319 de 18 de mayo de 1998, se estableció que "*(…) A lo dicho se agrega, que la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada no procede en los juicios ejecutivos. En estos juicios se pronuncia sentencia de condena que si bien da término al proceso no pone fin al litigio ni surte efectos irrevocables, porque el deudor vencido puede intentar la vía ordinaria, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 458 del Código de Procedimiento Civil. Así se ha pronunciado en varios fallos la Corte Suprema de Justicia, entre los que merece relievarse la sentencia de tercera instancia dictada por la ex Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia en el juicio ordinario, por nulidad de sentencia ejecutoriada seguida por el Procurador General de la Nación contra Adriana Cevallos, publicada en la Gaceta Judicial N° 8 Serie X, página 2835 (…)*"; igual criterio se expuso en la Resolución N° 146-2000, publicada en el Registro Oficial No. 65 de 26 de abril de 2000, al decir que "*…En nuestra legislación procesal no se la da autoridad de cosa juzgada material a la sentencia dictada en juicio ejecutivo, puesto que el Art. 458 del Código de Procedimiento Civil faculta al deudor vencido para proponer contra el ejecutante juicio ordinario, para que dentro de este se discuta, con ciertas limitaciones, el asunto debatido en el juicio ejecutivo. Por lo dicho, dada la naturaleza del juicio ejecutivo no procede la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada dictada en este juicio; cualquier alegación de nulidad debe hacerse dentro del juicio ordinario previsto en el Art. 458 del Código de Procedimiento Civil. Al respecto el doctor Emilio Velasco Célleri, dice: 'La acción que se concede al ejecutado para que vuelva a discutirse en juicio ordinario, la obligación sobre la que versó el juicio ejecutivo es distinta a la encaminada a obtener la nulidad de la sentencia; porque la nulidad de una sentencia que se propusiere como acción, no comprende a los fallos de juicio ejecutivo, en vista de que con la acción que le concede el Art. 458 del Código de Procedimiento Civil actual, se considera que se protege el derecho del ejecutado, para que se vuelva a discutir, sobre las excepciones que no hubieren sido materia de la sentencia, entre las que bien pueden estar una de las alternativas del Art. 303 del Código de Procedimiento Civil actual indica cuando la sentencia ejecutoriada es nula' (Sistema de Práctica Procesal Civil, Tomo 3, Pág. 583, Editorial Pudeleco -Quito – Ecuador 1994). En sentido similar se pronunció esta Sala especializada en la Resolución No. 250 de 23 de marzo de 1998, publicada en el R. O. No. 319 de 18 de mayo de 1998 (…)*"; y, en Resolución N° 36-2001, publicada en el Registro Oficial No. 289 de 21 de marzo de 2001 en que se sostuvo que "*(…) A lo dicho se agrega que, como ha resuelto esta Sala en varios fallos, no procede la nulidad de sentencia ejecutoriada dictada en juicio ejecutivo, y cualquier impugnación a tal sentencia debe hacerse en juicio separado con arreglo al Art. 458 del Código de Procedimiento Civil (…)*". En base a 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, rechaza el recurso de casación interpuesto por el actor, Luis Salomón Arce Arévalo. Sin costas ni multas. Notifíquese.
Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero, Ramón Jiménez Carbo y Ramiro Romero Parducci (Ministros Jueces) y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

Certifico que las cuatro copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el Juicio No. 90-2003 F.I. (Resolución No. 221-2007) que, sigue Luis Salomón Arce Arévalo contra Rodolfo Eduardo Rodríguez Cruz y Clara Esbelta Escobar Ledesma.

Quito, junio 28 del 2007.

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

No. 225-2007

ACTOR: Sergio Garavito Carvajal.

DEMANDADO: Carlos Ochoa Quezada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, junio 21 del 2007; a las 10h25.

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 de 2005, publicada en el Registro Oficial No. 165 de 14 de diciembre del mismo año. En lo principal, el demandado, arquitecto Carlos Ochoa Quezada, interpone recurso de casación objetando la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que confirma el fallo del Juez de primer nivel, que declara con lugar la demanda, dentro del juicio ordinario que, por daño moral, sigue en su contra Sergio Garavito Carvajal. 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 5 de junio de 2006; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 9 de noviembre de 2006, 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 las siguientes causales y formas de vicio establecidas por el Art. 3 de la Ley de Casación. 2.1. En la causal primera, por falta de aplicación de los artículos 22, 23 numeral 27, 24 numerales 10, 13 y 14 de la Constitución Política del Ecuador y precedentes jurisprudenciales. 2.2. En la causal segunda, por falta de aplicación de las normas de procedimiento contempladas en los artículos 92, 118, 126, 215, 273, 274, 344, 345, 346 numeral 5, 356, 411 del Código de Procedimiento Civil. 2.3. En la causal quinta, por cuanto la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley. TERCERA: Corresponde analizar los cargos por la causal segunda. 3.1. La causal segunda contempla el vicio de violación de normas procesales que producen el efecto de nulidad procesal insanable o provoca indefensión del agraviado. Las causas de nulidad procesal están determinadas en la ley, sin que puedan ampliarse o aplicarse extensivamente, por el principio de especificidad. Las formas en que se comete la violación es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. Para que estos vicios constituyan causal de casación se requiere: a) que la violación produzca nulidad insanable o indefensión; b) que el vicio esté contemplado en la ley como causa de nulidad (especificidad); c) siempre que los vicios hubieren influido en la decisión de la causa (trascendencia); d) que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente. 3.2. Las normas procesales que el casacionista señala como infringidas, regulan: el término en que se harán las citaciones y notificaciones (92); la potestad de los jueces para ordenar pruebas de oficio (118); oportunidad de la confesión (126); deber del Juez frente al perjuicio y sanción por omisión (215); circunstancias que debe decidir la sentencia (273); fundamentación de sentencias y autos (274); motivos para anular un proceso (344); recurso de apelación por omisión de solemnidad sustancial (345); responsabilidad personal del los jueces (356). De lo expuesto se determina que las normas procesales que el casacionista invoca como infringidas respecto de la causal segunda no contienen solemnidades sustanciales cuya omisión produzca nulidad procesal; pues, como lo dispone el Art. 344 sobre violación de trámite, el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuado se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en el Código de Procedimiento Civil; y más aún, por el principio de trascendencia que rige esta materia, no toda omisión o violación produce nulidad procesal, sino aquellas que pueden influir en la decisión de la causa (Art. 349 ibídem). El casacionista cita también como infringidos, el Art. 346, numeral 5, del Código de Procedimiento Civil que establece como solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, la "Concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término"; y, el Art. 411 ibídem, que regula el término para la práctica de pruebas en segunda instancia. En la especie, a fojas 16 vuelta del cuaderno de primera instancia, se abre la causa a prueba por el término de diez días, y se notifica a las partes. En segunda instancia, ni actor ni demandado han pedido prueba, conforme faculta el Art. 410 del Código de Procedimiento Civil. Por lo expuesto, no existe la violación de normas que aduce el casacionista respecto a la causal segunda, por lo que no se acepta el cargo. CUARTA: 4.1. La causal quinta, que también invoca el casacionista, contempla el vicio de violación de normas relativas a la estructura, al contenido y forma de la sentencia o auto, que se configura en dos formas: a) Por 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. 4.2. El casacionista alega la falta de motivación en la sentencia impugnada. Esta motivación consiste en la enunciación de las normas y principios jurídicos en que se fundamenta y la explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho; y, en la especie, esta motivación se cumple, particularmente en los considerandos tercero y cuarto del fallo impugnado. Por tanto no se acepta este cargo. QUINTA: Respecto a la causal primera, el casacionista alega falta de aplicación de los siguientes artículos de la Constitución Política de la República: a) Art. 22 que establece la responsabilidad civil del Estado en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el Juez o funcionario responsable. En la especie, no se trata de una demanda de responsabilidad civil contra el Estado, por error judicial, y por ello el casacionista no ha podido fundamentar este cargo. b) Art. 23, numeral 27, que establece el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilataciones; y, el Art. 24, numerales: 10 que establece en lo principal que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento; 13 que establece que las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas; 14, que prescribe que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna. El casacionista no explica ni fundamenta debidamente cómo la supuesta falta de aplicación de estas normas de derecho ha sido determinante de la parte dispositiva de la sentencia, lo que hubiese completado la configuración de la causal primera. La Sala observa que no se ha faltado al debido proceso en esta causa. Por lo expuesto, no se acepta los cargos por la causal primera. SEXTA: La doctrina y jurisprudencia nos permiten establecer los siguientes elementos del daño moral y la acción: 1) Daño moral es el que proviene de toda acción u omisión que lesiona los sentimientos, afecciones, las facultades espirituales o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana. 2) La acción de indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal; es decir no existe esta prejudicialidad. 3) El daño moral no tiene una manifestación externa y por ello no se requiere una prueba directa de la existencia del daño moral, sino que es suficiente la valoración objetiva de la acción u omisión antijurídica que lo provoca. 4) El daño moral se ubica en el campo de la responsabilidad civil. 5) La acción civil por daño moral es contenciosa y declarativa; se debe sustanciar por la vía ordinaria. 6) La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechohabientes, conforme a las normas de este código (Art. 2233 del Código Civil). 7) Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes (Art. 2234 del Código Civil) (Gil Barragán. Elementos de Daño Moral, Edino, 1995). En la especie, se cumplen estos elementos. Por tales 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 Segunda Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil. Entréguese la caución, conforme lo dispone el Art. 12 de la ley en la materia. 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 tres copias que anteceden, son tomadas de sus originales, constantes en el juicio ordinario N° 277-2006 B.T.R. (Resolución N° 225-2007) que, por daño moral sigue Sergio Garavito Carvajal contra Carlos Ochoa Quezada.

Quito, junio 28 del 2007.

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

No. 226-2007

ACTOR: Jaime Rodrigo Coronel Salcedo.

DEMANDADA: Laura Eugenia Freire Guerrero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 21 de junio del 2007; a las 10h30.

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 de 2005, publicada en el Registro Oficial No. 165 de 14 de diciembre del mismo año. En lo principal, la demandada Laura Eugenia Freire Guerrero impugna la sentencia dictada por la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja, que confirma la sentencia del Juez de primer nivel, en el juicio verbal sumario que por divorcio le sigue Jaime Rodrigo Coronel Salcedo. 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 29 de marzo de dos mil cuatro; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 26 de julio de 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: La casacionista funda el recurso en las siguientes causales y formas de vicio: 2.1. En la casual primera, por errónea interpretación del Art. 109, causal 3ra.

del Código Civil. 2.2. En la causal tercera, por falta de aplicación, aplicación indebida y errónea interpretación de las normas contenidas en los siguientes artículos del Código de Procedimiento Civil: 71 (actual 67), 117 (actual 113), 119 (actual 115), 120 (actual 116), 211 (actual 207) y 212 (actual 208), lo que ha "traído como efecto -dice- la equivocada aplicación de la causal 3ra. del Art. 109 del Código Civil y a la no aplicación del último inciso del mismo Art. 109 antedicho" (sic). TERCERA: Corresponde analizar los cargos por la causal tercera invocados por la casacionista. 3.1. Esta causal contiene el vicio que la doctrina llama violación indirecta, el vicio de violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que conduce a la equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho. El yerro en que puede incurrir el Tribunal de instancia se produce al aplicar indebidamente, al inaplicar o al interpretar en forma errónea los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, para que constituya vicio invocable como causal de casación, debe haber conducido: a) A una equivocada aplicación de normas de derecho; o, b) A la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Estas condiciones completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues el yerro respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, conducen a otra violación, a la violación de normas de derecho. En conclusión, la recurrente debe determinar, especificar y citar lo siguiente: a) Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos. b) El modo por el que se comete el yerro; esto es: 1) Por aplicación indebida, 2) por falta de aplicación, 3) por errónea interpretación. Hay que recordar que no se pueden invocar los tres modos a la vez, porque son excluyentes, autónomos, diferentes, independientes. c) Que normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. 3.2. En la especie, respecto a la causal tercera el recurso no cumple los requisitos señalados en el numeral anterior de este considerando; y, más aún, la casacionista invoca a la vez las tres formas de vicio sobre las mismas normas que aduce han sido infringidas; esto es, invoca falta de aplicación, indebida aplicación y errónea interpretación, cuando estas formas de vicio son autónomas, independientes, excluyentes ente sí. Por tanto, no es posible el control de legalidad que se pretende por esta causal tercera. CUARTA: Respecto a la causal primera, la casacionista aduce errónea interpretación del Art. 109 (actual 110), causal tercera del Código Civil. 4.1. El ex Art. 109 del Código Civil establece que son causas de divorcio: "…3. Injurias graves y actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial". El inciso último del Art. 109 (actual 110) establece: "El divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas…". Con la reforma introducida por la Ley 43 (R. O. No. 256-S de 18 de agosto de1989) este numeral del Art. 109 del Código Civil contiene dos causales específicas y autónomas de divorcio: a) Injurias graves; y, b) actitud hostil. En la especie, la causal que se invoca es actitud hostil, cuyos elementos son los siguientes: 1) Debe existir un comportamiento de agresión sistemática de un cónyuge por acción u omisión, que revele claramente enemistad y la intención de perturbar al otro; 2) La actitud hostil debe manifestar claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades. La ley no exige gravedad de cada actitud hostil; 3) Este estado habitual de falta de armonía de los cónyuges debe darse "en la vida matrimonial"; y, por tanto esta causal no puede ser invocada por cónyuges que se encuentran separados; 4) La demanda por esta causal debe ser presentada por el cónyuge agraviado o perjudicado. 4.2. En la especie, la casacionista aduce que el actor no ha probado que él es el cónyuge agraviado o perjudicado, que tampoco ha probado el supuesto estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial. 4.3. La causa de divorcio en la que el actor funda su acción es que: "…hay una actitud hostil que manifiesta un claro estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades". 4.3.1. En lo que respecta al primer elemento de la actitud hostil se observa que existió un comportamiento de animadversión de uno hacia el otro; con el escrito de fojas 45 presentado por la señora Laura Freire Guerrero solicitando que se agregue a los autos, la boleta de auxilio que le fue conferida por la Intendencia de Policía el 27 de mayo de 2002, se desprende que existió agresión que revela claramente enemistad y la intención de perturbarse mutuamente como ella misma lo manifiesta al final del numeral 3 de su escrito en el que dice: "fecha de la primera y única agresión", pues de no existir esta enemistad no se hubiera recurrido a la Autoridad Policial como lo ha hecho la demandada. 4.3.2. En relación al segundo elemento, que se refiere a que la actitud hostil debe manifestar claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades se establece que: el actor ha justificado los hechos que constituyen el sustento de su acción en cuanto a este segundo elemento, con las declaraciones testimoniales rendidas por: Byron Fernando Sevilla Lara fojas 37; Fausto Rodrigo Contreras Morales fojas 37 vta.; Ledis Yober Jaramillo Jaramillo fojas 38; y, Milena Yaqueline Jaramillo Jaramillo fojas 43, las mismas que son claras, concordantes y coinciden en afirmar que conocen a los litigantes, que conocen del matrimonio celebrado y que les consta de la incompatibilidad de caracteres, la incomprensión, además de las agresiones que se han dado entre los cónyuges, lo que ha provocado un estado habitual de falta de armonía entre las dos voluntades en el matrimonio, declaraciones que al no sufrir motivo de tacha constituyen prueba de lo afirmado. 4.3.3. El tercer elemento, consistente en que la falta de armonía de los cónyuges debe darse en la vida matrimonial; y, por tanto esta causal no puede ser invocada por cónyuges que se encuentran separados, también se encuentra justificado ya que si bien el actor al momento de demandar se encontraba fuera del domicilio por las medidas dispuestas por la Comisaría de la Mujer, a pedido de su esposa como consta en la confesión judicial a fojas 46, de las declaraciones de los testigos presentados por el actor, y afirmaciones de actor y demandada, en las absoluciones que ellos mutuamente se solicitan, aparece que los cónyuges tuvieron su domicilio en la Av. 20 de Junio y Venezuela, cantón Lago Agrio, provincia de Sucumbíos, que el actor salió de su hogar en abril de 2002 por pedido de la demandada luego de que hubo una discusión verbal y física, que siempre tenían problemas de incomprensión e incompatibilidad de caracteres por lo que pasaban solo discutiendo en su hogar, estableciéndose de esta manera que los hechos relativos a la actitud hostil se produjeron en la vida matrimonial a pesar de que varias veces ha dejado y regresado a su hogar y que

en la actualidad tampoco esta viviendo en su domicilio como lo manifiesta la demandada en la confesión judicial de fojas 53. El caso materia de este juicio es el que contempla el Art. 110 numeral 3 del Código Civil; por tanto no se acepta el cargo de errónea interpretación de esta norma. Por las consideraciones expuestas, 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 Corte Superior de Justicia de Nueva Loja. Notifíquese. Devuélvase.

Fdo.) Dres. Carlos Ramírez Romero; Ramón Jiménez Carbo; Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

Certifico que las tres copias que anteceden son tomadas de su original, constante en el Juicio No. 99-2004-k.r (Resolución No. 226-2007), que por divorcio sigue: Jaime Rodrigo Coronel Salcedo contra Laura Eugenia Freire Guerrero.

Quito, 28 de junio del 2007.

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

No. 917-06

Juicio penal N° 170-06 seguido en contra de Carlota Litardo García y Fidel Sánchez Coello por el delito tipificado y reprimido por el Art. 409 del Código Penal, en perjuicio del Lcdo. Jimmy Patricio Fierro Carriel.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 23 de noviembre del 2006; a las 10h00.

VISTOS: A la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, por sorteo de ley, le corresponde del recurso de casación interpuesto por Carlota Litardo García y Fidel Sánchez Coello de la sentencia que en su contra dicta la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo, con fecha 24 de octubre de 2005, por la que confirma en todas sus partes la sentencia pronunciada por el Juez Sexto de lo Penal de los Ríos con sede en Ventanas, que declara con lugar la acusación particular propuesta por el Lcdo. Jimmy Patricio Fierro Carriel y que los querellados son autores del delito que tipifica y reprime el Art. 409 del Código Penal, imponiendo a cada uno de ellos, la pena de un año de prisión y el pago de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Agotado el trámite que corresponde, es del caso resolver; y, para hacerlo, se considera: PRIMERO: Los recurrentes al fundamentar su recurso expresan que la sentencia dictada en su contra no responde a los méritos del proceso, que se los ha condenado a base de pruebas trasladadas de una inspección judicial en la que nunca estuvieron presentes ni sabían que se había realizado con anterioridad al presente proceso penal; que rechazan la sentencia por no existir acto punible, no existe responsabilidad en la comisión del delito, no se han aplicado las normas del Código de Procedimiento Penal, que piden con franqueza, con honestidad se declare su inocencia. SEGUNDO: De modo general, el recurso de casación se concreta a examinar la sentencia impugnada a efecto de establecer si en ella se ha vulnerado o no la ley en cualesquiera de las formas previstas por la ley; pero, cuando se aprecia que en la valoración de la prueba los juzgadores se apartan de la realidad procesal y no observan las reglas de la sana crítica con apego estricto a derecho, es inevitable que se efectúe el análisis correspondiente; y, en el caso al realizar la Sala un pormenorizado estudio y análisis de las sentencias expedidas en este proceso, tanto por el Juez Sexto de lo Penal de los Ríos con sede en Ventanas, cuanto por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo, encuentra: 1.- Que lo expresado en el considerando tercero de la sentencia que dicta el Juez Penal de Ventanas no corresponde a la realidad procesal cuando expresa: “El querellante con el objeto de probar los fundamentos de su querella evacuo las siguientes diligencias previa de reconocimiento del lugar de los hechos que en originales obra a fs. 53 a 59, diligencia a la que se acompañan seis fotografías y el informe pericial y en base al cual se ha probado conforme a derecho la existencia material de la infracción acusada y a fs. 29 y 39, otras secuencias gráficas con el mismo propósito; y el vínculo causal que liga la existencia material de la infracción con la conducta material de los acusados quedo aprobado con las declaraciones rendidas por los testigos Otto Fretz León Iñiguez a fs. 36 y vta., Juan Eduardo Castro Manzo a fs. 39 y vta., y Perfecto Genaro Cortez Briones a fs. 39 vta. y 40”, porque, de una parte, el testigo “Otto Fretz León Iñiguez”, que declara a fs. 36 y vta., es testigo presentado por los querellados y manifiesta que los acusados el día que se dice cometidos los hechos que motivan el proceso, se encontraban en su domicilio, por lo que con este testimonio no se puede fundamentar una declaración de certeza en cuanto a la participación de los acusados en los hechos que se los acusa; de otra parte, el testigo Juan Eduardo Castro Manzo, depone a fs. 39 y vta., “porque nosotros le íbamos a alquilar las tierras del señor Juan Valdivieso y pasábamos por ahí a esa hora, cuando nos vieron ellos se metieron a unos “bruques”, explicando que iba acompañado de su socio Genaro Cortez con el que alquilan tierras para “desmontaciones”; Perfecto Genaro Cortez Briones, al declarar a fs. 39 vta. y 40, en lo fundamental dice: “Vi unas personas trabajando ahí pero no se si serían los señores porque al pasar ya no estaban, los vi de lejos no más ya se habían ido”. En síntesis, este juzgador no analizó y valoró la prueba en su conjunto y con apego estricto a derecho vulnerado de manera evidente las reglas de la sana crítica y consiguientemente los Arts. 84, 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal. 2.- Los miembros de la Sala Especializada de lo Penal, en el literal a) del considerando quinto de su sentencia, dicen: “Que en sus declaraciones los testigos nominados por éste, señores Juan Eduardo Castro Muñoz (sic) (fs. 39 y vuelta) y Perfecto Genaro Cortez Bueno (sic) (fs. 39 vuelta a 40), contestan afirmativamente a los hechos que les fueron preguntados, y dan suficiente razón de sus dichos, por lo que merecen credibilidad sus asertos”. De esta lectura se establece que las personas que mencionan los juzgadores de segundo nivel no existen en el proceso, pues a fs. 39 y vta. declara Juan Eduardo Castro Manzo y a fs. 39 y 40 Perfecto Genaro Cortez Briones, quienes en modo alguno contestan afirmativamente los

hechos preguntados, pues el primero es ambiguo cuando se refiere que cuando ellos les vieron se metieron en los bruques, mientras que el segundo categóricamente dice que no sabe si serían los acusados porque los vio de lejos y cuando pasó por el lugar ya no estaban; es decir, los juzgadores a parte de inventar nombres de testigos que no han depuesto, aseguran que existe coincidencia de afirmaciones cuando en la realidad no existen tales coincidencias, vulnerando con ello desde luego, los Arts. 84, 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal, demostrando con ello tanto el Juez del primer nivel como los de segundo nivel un extraño alejamiento de la realidad procesal que indudablemente conlleva a una valoración jurídica alejada de la realidad procesal y conduce a una inadecuada declaración de certeza en cuanto a la culpabilidad de los acusados y por ende de su responsabilidad penal violando el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal y, además, el Art. 409 del Código Penal; y, 3.- El Código de Procedimiento Penal no contiene norma alguna que regule el procedimiento a observarse cuando se trate de evacuar diligencias preprocesales en delitos de acción privada, cuyas materialidades pueden borrarse o desaparecer, sin embargo, es de advertir que el inciso final del Art. 70 ibídem dispone que el acusado tiene los derechos y garantías previstos en la Constitución y en la ley desde la etapa preprocesal hasta la finalización del proceso, con la advertencia consagrada en el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución y reiterada en el Art. 80 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que las pruebas obtenidas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna. El derecho del que habla la Constitución es el derecho al debido proceso y la garantía que se quebranta en el caso es el haber colocado a los acusados en indefensión, al no habérseles notificado que se iba a realizar el reconocimiento del lugar como diligencia previa, privándoles del legítimo derecho de defensa. Agregando que en el decurso de la estación probatoria los acusados impugnaron esta diligencia. Por las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, esta Sala, en acatamiento a lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal, en orden a enmendar la violación de la ley que existe en el fallo impugnado por los recurrentes, casa la sentencia y declara procedente el recurso de casación interpuesto por los querellados Carlota Litardo García y Fidel Sánchez Coello, absolviéndoles del delito que se les acusa. Se declara que la acusación particular no es maliciosa ni temeraria. Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

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

Certifico que en esta fecha a las dieciséis horas notifiqué por boleta con la nota de relación y sentencia que anteceden: a Carlota Litargo García y Fidel Sánchez Coello, en el casillero N° 1901; a Jimmy Fierro Carriel, en el casillero N° 1586.

Quito, 23 de noviembre del 2006.

f.) Secretario Relator.

RAZON: En esta fecha con Of. N° 1075-SSPCSJ-06 remito la presente causa penal a la Sala Especializada de lo Penal de la H. Corte Superior de Justicia de Babahoyo.- Babahoyo, en 102 fojas útiles, dos cuerpos las actuaciones de los niveles inferiores, incluida la ejecutoria suprema en tres fojas.

Quito, 29 de noviembre del 2006.

f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Es fiel copia de su original; Quito, 2 de julio del 2007.- Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 918-206

Juicio penal N° 288-05 seguido en contra de Diego Jefferson Beltrán Rojas por el delito previsto en el Art. 550 y sancionado en el Art. 552 numeral 2 del Código Penal, en el grado de tentativa, en perjuicio de Víctor Hugo Acurio Miranda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, noviembre 22 del 2006; a las 17h00.

VISTOS: A la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia ha correspondido conocer el recurso de casación que interpone Diego Jefferson Beltrán Rojas, de la sentencia condenatoria que dicta el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, por la que lo declara autor del delito previsto en el Art. 550 y sancionado en el Art. 552 numeral 2 del Código Penal, en el grado de tentativa y le impone la pena de cuatro años de reclusión menor ordinaria. Agotado el trámite del recurso, corresponde resolver; y, para hacerlo, se considera: PRIMERO: El recurrente al fundamentar su recurso, expresa, en lo principal: que se han violado todos los principios constitucionales que garantizan la inocencia de las personas, así como las siguientes normas legales: Arts. 84, 85, 86, 87, 88, 106, inciso segundo del Art. 140; numerales 2 y 3 del 309, 312 y 313 del Código Penal Adjetivo; Arts. 117 inciso primero, 119 y 120 del Código Civil Adjetivo; y, 24 de la Constitución Política del Estado. Que para sancionar la tentativa es imprescindible justificar que los bienes que iban a ser robados existieron y que por diferentes motivos la infracción no se materializó, debiéndose haber justificado la preexistencia de los mismos, el lugar en que se encontraban y los medios utilizados, elementos que no se desprenden del fallo, por lo que se han violado los principios constitucionales que garantizan la inocencia de las personas y legales que norman el

procedimiento. SEGUNDO: La señora Ministra Fiscal General del Estado, al dar contestación al escrito de fundamentación que se le ha corrido traslado, luego de exponer en síntesis los fundamentos que contiene el mismo, procede a efectuar un detenido análisis de la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal, destacando que quién practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responderá por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica; que en el caso se ha comprobado la existencia de la infracción por la que el acusado fue llamado a juicio, esto es por el delito de robo, tipificado en el Art. 550 y sancionado en el Art. 552 del Código Penal en el grado de tentativa. Que para establecer la responsabilidad del acusado es menester recordar el Art. 162 del Código de Procedimiento Penal que conceptúa el delito flagrante; que Diego Jefferson Beltrán Rojas intentó cometer el delito por el que fue llamado a juicio, en presencia de más de una persona, poniendo innecesariamente en riesgo la vida de la víctima con el uso del arma, la que fue utilizada disparando en su contra, que fue descubierto en el mismo momento en que intentaba cometer el delito, cuando ya había roto la ventana del vehículo marca Wolkswagen Saveiro, color verde, utilizando para ello un destornillador, en cuyas circunstancias es sorprendido por los ofendidos con el arma en su poder. Que del contenido de la sentencia no se advierte que el acusado en la etapa de juicio haya demostrado que fue detenido violando una de las garantías del debido proceso; que el Art. 79 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal dispone que las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa de juicio y que el representante del Ministerio Público en la audiencia de juzgamiento pidió que se incorporen y valore. Que el Tribunal Segundo de lo Penal, como soberano en la apreciación de la prueba, con la facultad que le confiere el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, llega a la certeza de que el sentenciado Diego Jefferson Beltrán Rojas, es autor responsable del delito de robo previsto y reprimido en los Arts. 550 y 552, por concurrir la circunstancia del numeral 2 de la última disposición legal citada, esto es por haberse ejecutado el acto antijurídico con armas, en pandilla y en vía pública: que en su criterio, el recurso interpuesto no procede, por lo que así pide lo declare la Sala. TERCERO: El recurso de casación es por su naturaleza extraordinario y especial y, para su procedencia debe cumplirse de manera exacta con las exigencias legales, determinando con absoluta claridad y precisión los vicios o errores de los que adolece la sentencia, la sola enunciación de una norma sin acreditar la forma y modo en que se ha vulnerado el derecho del recurrente no ameritan la procedibilidad del recurso. En el caso, el impugnante se limita a expresar que "se ha violado todos los principios constitucionales que garantizan la inocencia de las personas y legales que norman el procedimiento, entre las que se destacan: Arts. 84, 85, 86, 87, 88, 106, inciso segundo del Art. 140; numerales 2 y 3 del 309, 312 y 313 del Código Penal Adjetivo, el último mencionado en virtud de que el Tribunal Penal demoró más de UN MES para pronunciar sentencia; Arts. 117 inciso primero, 119 y 120 del Código Civil Adjetivo; y, Art. 24 de la Constitución Política del Estado". Sin embargo de lo expresado, se advierte que al examinar la sentencia pronunciada por el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, no se puede establecer que en la etapa de juicio el recurrente haya logrado probar que se vulneraron sus garantías constitucionales consagradas en el Art. 24 de la Constitución, que puedan afectar a la presunción de inocencia de la que goza toda persona, además de que fue aprehendido en el momento mismo en que intentaba llevar a cabo el ilícito por el que motiva este proceso, que fue presenciado por más de una persona, lo que configura la flagrancia que define el Art. 162 del Código de Procedimiento Penal; que en el extenso texto de la sentencia recurrida, de manera prolija y minuciona se da cuenta de todos y cada uno de los actos de prueba que en la forma y modo como determinan los Arts. 79, 83, 84 y 85 del Código de Procedimiento Penal, fueron producidos en la audiencia oral de juzgamiento y que en conformidad con lo previsto en el Art. 86 del mismo cuerpo de leyes lo analiza y valora el Tribunal Penal, con sujeción a las reglas de la sana crítica y llega a la convicción y certeza de que el acusado fue sorprendido en la comisión flagrante del delito tipificado y sancionado en los Arts. 550 y 552 numeral 2 del Código Penal, por lo que en conformidad con lo dispuesto en los Arts. 309 y 312 del Código de Procedimiento Penal y Arts. 16 y 46 del Código Penal, lo declara autor responsable del delito referido en el grado de tentativa, particulares éstos que se evidencian de la parte final del considerando séptimo, en el que se sintetiza que el recurrente fue sorprendido por los hermanos Víctor Hugo y Alfredo Vinicio Acurio Miranda, cuando había roto la ventana posterior del vehículo Wolkswagen Saveiro, de propiedad del primero y con un destornillador se aprestaba a desmantelar al vehículo; que al ser descubierto recibió a los hermanos Acurio con arma en mano, disparándoles, en cuyas circunstancias fue aprehendido y entregado a la policía que llegó momentos después. Por las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala, rechaza por improcedente el recurso de casación interpuesto y dispone devolver el proceso al Tribunal Penal de origen para que se ejecute la sentencia. Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

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

En esta fecha, a las diez horas por boleta notifico con la copia de la providencia que antecede, a la señora Ministra Fiscal General en el casillero judicial N° 1207, a Diego Jefferson Beltrán en el casillero judicial N° 790 y 1537, al Director del Centro de Rehabilitación Social de Varones en el casillero judicial N° 1080. Quito, noviembre 23 de 2006.- Certifico.

f.) Secretario Relator.

Como Secretario del Segundo Tribunal Penal de Pichincha.- Quito, recibo la presente causa penal seguido en contra de Diego Jefferson Beltrán Rojas, por robo calificado, en 126 fojas útiles, un cassette de audio, dos cuerpos las actuaciones del nivel inferior, incluida la ejecutoria suprema en tres fojas.- Quito, 30 de noviembre del 2006.

f.) Ilegible.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Es fiel copia de su original; Quito, 2 de julio del 2007.- Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 923-06

Juicio penal N° 195-05 seguido en contra de Milton José Jiménez Castillo por el delito de corretaje o intermediación, tipificado y sancionado en el Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 27 de noviembre del 2006; a las 10h00.

VISTOS: Milton José Jiménez Castillo interpone recurso de casación de la sentencia que pronuncia el 29 de septiembre del 2003, la Sala de Conjueces de la Corte Superior de Justicia de Zamora, al absolver la consulta que eleva a su conocimiento el Primer Tribunal Penal de Zamora Chinchipe, que revoca la sentencia absolutoria y lo condena a ocho años de reclusión mayor ordinaria y multa de sesenta salarios mínimos vitales al declararlo coautor del delito de corretaje o intermediación tipificado y sancionado en el Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Concedido que ha sido el recurso, por sorteo corresponde conocer a la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que lo sustancia en su mayor parte; y, el 9 de diciembre del 2005, el conocimiento de este asunto se radica en la Segunda Sala Especializada de lo Penal, al efectuarse la distribución de procesos entre las tres salas especializadas de lo Penal, en acatamiento a la resolución obligatoria adoptada por el Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Justicia, el 7 de diciembre de 2005; y, al haberse agotado corresponde resolver, para lo cual la Sala considera: PRIMERO: Al fundamentar el recurso el impugnante manifiesta, en lo principal, que el Tribunal Penal de Zamora Chinchipe dictó sentencia absolutoria a su favor por no haberse probado su responsabilidad en los hechos y que al subir en consulta la sentencia los señores conjueces sin que exista prueba incriminatoria, sin base ni fundamento legal lo declaran coautor del delito tipificado y sancionado en el Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; que es criterio universal el de que se presuma la inocencia de toda persona, reconocido en el numeral 7 del Art. 24 de la Constitución Política de la República; que en concordancia con este principio, de presunción de inocencia, ni en la etapa de instrucción fiscal, ni en la etapa de juicio durante la audiencia oral de juzgamiento en el Tribunal de lo Penal se pudo determinar el más leve indicio de presunción de responsabilidad del recurrente en algún ilícito y mucho menos en el que motiva el juicio, que no tuvo ninguna participación directa ni indirecta en los actos personales realizados por Cordero Alverca; que los conjueces han violado flagrantemente la ley al momento de expedir la sentencia condenatoria al no tomar en cuenta y mucho menos valorar las disposiciones contenidas en los Arts. 79, 80, 83, 84, 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal; que en mérito a lo expuesto solicita se case la sentencia enmendando la violación a la ley en la que han incurrido los conjueces. SEGUNDO: El señor Director General de Asesoría subrogante de la Ministra Fiscal, al dar contestación al escrito de fundamentación presentado por el recurrente, en lo fundamental expresa: que revisada la sentencia se desprende que la existencia material de la infracción está justificada con la intervención de los peritos Dra. Mónica Arpi, que determina que las diez muestras dieron positivo para clorhidrato de cocaína, del Dr. Jesús Jaya Valle, quién practicó el reconocimiento médico legal de los policías heridos con arma de fuego el uno en el miembro inferior derecho y el otro en el quinto dedo de la mano derecha; y con el testimonio del perito Leonardo Salazar Torres, que se ratifica en el acta de reconocimiento del lugar. En cuanto a la culpabilidad de Milton Jiménez Castillo, la Sala de la Corte Superior de Justicia de Zamora, se basa en el testimonio rendido por el coautor Luis Felipe Cordero Alverca quién sostiene que el que lo indujo a realizar la intermediación para adquirir la droga fue Milton Jiménez, que contrató a Manuel Elicio Morales para que les haga una carrera y los lleve a él y a dos amigos a una finca de su propiedad conocida como “Zonora”, en donde revisaron las muestras de droga y acordaron ofrecer la suma de 1.600 dólares por kilogramo, así también el juzgador considera los testimonios de Segundo Mejía y Manuel Elicio Morales Luzuriaga, pruebas que llevaron al Tribunal a considerar como coautor del delito de corretaje. Que el recurrente alega se violaron las disposiciones contenidas en los Arts. 79, 80, 83, 84, 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal y al respecto hay que observar que en la sentencia el Tribunal falla considerando las pruebas que se han producido en el juicio conforme lo determina el Art. 79; que el impugnante ha ejercido todas las garantías del Art. 24 de la Constitución, por lo que no encuentra violación del Art. 80 del Código de Procedimiento Penal; que en la sentencia se constata que las pruebas se realizaron en la etapa del juicio, bajo los principios de inmediación y contradicción por lo que no se viola el Art. 83; y que con respecto a los Arts. 84 y 85, se desprende de la sentencia que éstas normas no han sido violadas, pues se probó la existencia material de la infracción, así como el hecho de que los coautores se conocían, que Milton Jiménez fue quién pidió a Cordero intermedie para adquirir la droga y que juntos fueron a constatar la mercancía, hechos que no han sido controvertidos en la etapa de juicio, estableciéndose con ello el nexo causal entre la infracción y sus responsables, por lo que la conducta del encausado Jiménez Castillo se encuadra en lo tipificado en el Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por lo que no procede el recurso de casación interpuesto. TERCERO: Al realizar el análisis de la sentencia, para determinar si proceden o no los cargos que contra ella formula el recurrente, se aprecia: 1.- Que según consta de la parte expositiva de la sentencia que expide el Tribunal Penal de Zamora Chinchipe, el Agente Fiscal, doctor Lauro Larreátegui, resuelve dar inicio a la instrucción fiscal contra Luis Felipe Cordero Alberca y posteriormente dispone la vinculación con dicha instrucción a Milton Jiménez, en virtud del oficio N° 2002-0593-JPAL, por el que llega a conocer que luego de realizar operaciones básicas por cuarenta días, se detectó que en el sitio la Cruz, de la parroquia Chito, del cantón Chinchipe, provincia de Zamora Chinchipe, se estaban realizando transacciones ilícitas por lo que montó la policía la respectiva vigilancia y, que el día 9 de octubre del 2002, al ser detectados los participantes de estos ilícitos, fueron atacados con armas de fuego los miembros de la policía que estaban comandados por el

Subteniente Manuel Andrés Vallejo, los que se vieron obligados a repeler el ataque habiendo aprehendido a Luis Felipe Cordero Alverca, en circunstancias que transportaba diez barras de una sustancia amarillenta, que luego se determinó se trataba de clorhidrato de cocaína, con un peso total de 8.952 gramos; y, que resultaron con heridas de bala el Cabo Pablo Betancourt y el Policía Adrián Congo; que fenecida la instrucción fiscal, el Juez Tercero de lo Penal de Zamora Chinchipe, con sede en Zumba, dicta auto de llamamiento a juicio contra Luis Felipe Cordero Alverca y Milton José Jiménez Castillo como presuntos autores del delito de corretaje o intermediación en la negociación de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, contemplado en el Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que al ser apelado es confirmado en todas sus partes por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Zamora; luego, el Tribunal Penal de Zamora Chinchipe, el 24 de julio de 2003 dicta sentencia condenatoria contra Luis Felipe Cordero Alverca, a quién le impone la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, por considerarlo autor responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 63 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; dicta sentencia absolutoria con respecto a Milton José Jiménez Castillo, sentencia que es elevada en consulta a la Corte Superior de Justicia de Zamora y, al absolver la misma los señores conjueces revocan la sentencia y declaran a Luis Felipe Cordero Alverca autor del delito de corretaje o intermediación tipificado y sancionado en el Art. 61 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y le imponen la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria y multa de sesenta salarios mínimos vitales, sin considerar atenuantes; e igualmente declara coautor de la misma infracción a Milton José Jiménez Castillo, imponiéndoles la misma pena y multa con que sancionan a Luis Felipe Cordero Alverca. 2.- En el considerando quinto de la sentencia recurrida los señores conjueces al efectuar la valoración de la prueba, con estricta sujeción a las normas de derecho y en aplicación de las reglas de la sana crítica, en acto soberano declaran que en mérito a "la versión rendida por el imputado Cordero Alverca /(fs. 32, 33 y 34), que aún sin constituir testimonio propio o testimonio del acusado previstos en los Arts. 123 y 143 del Código de Procedimiento Penal, que se ha valorado en la etapa de juicio y que forma parte de la instrucción fiscal, a la que se refiere el Art. 79 ibídem, se establece la relación delictiva de intermediación y corretaje para el negocio de drogas, hecho ilícito corroborado por Segundo Mejía, quién sostiene en su informe que jamás los ha presentado a los imputados, así como en el testimonio rendido en la etapa de juicio por parte de Manuel Elicio Morales Luzuriaga", quién según consta del acta de audiencia oral, ante el Tribunal, identificó al recurrente como a una de las personas que en el mes de agosto transportó en su vehículo de alquiler conjuntamente con Luis Felipe Cordero y otro, a la finca "Zonora" y luego lo volvió a identificar en el Centro de Rehabilitación Social de Loja, lo que les lleva a la convicción de que Jiménez Castillo tuvo participación en la intermediación para la adquisición de la droga, habiendo concurrido con anterioridad al 9 de octubre, en el mes de agosto, a revisar las muestras y pactar el precio en la suma de 1600 dólares por kilogramo; y 3.- Que al recurrente, en el desarrollo de la audiencia no se le ha privado ni limitado de las garantías constitucionales establecidas en el Art. 24 de la Constitución Política de la República del Ecuador; que la Sala de Conjueces al hacer referencia a las pruebas actuadas en la audiencia, está precisamente cumpliendo con lo dispuesto en el Art. 79 del Código de Procedimiento Penal y, no procede en consecuencia el cargo de violación que alega el recurrente, al igual que no proceden los cargos de violación a los Arts. 80, 83, 84, 85 y 86 del mismo cuerpo de leyes, tanto porque, como queda dicho, las pruebas fueron pedidas, ordenadas practicadas e incorporadas al juicio en la forma y modo que establece la ley, observando las garantías correspondientes, cuanto porque están dirigidas a obtener el objeto que persigue el proceso de modo que llevan a los juzgadores a la convicción y certeza de la existencia material de la infracción y a la culpabilidad del recurrente en el sentido de que fue Milton José Jiménez Castillo quién pidió a Luis Felipe Cordero Alverca intermedie para adquirir droga y que juntos fueron a constatar la mercancía, hechos que, como bien anota el representante el Ministerio Público, no han sido controvertidos en la etapa de juicio, lo que conlleva a establecer el nexo causal entre la infracción que se juzga y los culpables y por ende responsables como lo exige el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal, para concluir adecuando de manera correcta los actos analizados a la norma que tipifica y sanciona la intermediación o corretaje de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en conformidad a lo previsto y sancionado en el Art. 61, hoy Art. 59, de la Ley Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Por las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala rechaza por improcedente el recurso interpuesto y dispone remitir el proceso al Tribunal Penal de origen para que ejecute la sentencia. Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

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

En esta fecha, a las dieciséis horas, notifico mediante boleta con la nota en relación y sentencia que anteceden, a la Sra. Ministra Fiscal General en el casillero judicial N° 1207, al señor Procurador General del Estado en el casillero judicial N° 1200; a Milton Jiménez en el casillero judicial N° 203; a Luis Felipe Cordero Alverca en el casillero judicial N° 1111. Quito, 27 de noviembre de 2006.

Certifico.

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

RAZON: En esta fecha con Of. N° 1083-SSPCSJ-06 remito la presente causa penal al Primer Tribunal Penal de Zamora Chinchipe.- Zamora, en 390 fojas útiles, cinco cassettes de audio, cuatro cuerpos las actuaciones del nivel inferior, incluida la Ejecutoria Suprema en cuatro fojas.

Quito, 5 de diciembre del 2006.

f.) Dr. Honorato Jara Vicuña.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Es fiel copia de su original.

Quito, 2 de julio del 2007.

Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 928-06

Juicio penal N° 410-05 seguido en contra de Jorge Geovanny Santacruz Lapo por el delito de violación en perjuicio de Paola Cristina Pineda Ortega.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 28 de noviembre del 2006; a las 10h00.

VISTOS: Laura Irma Ortega Insuasti, en su calidad de acusadora particular y el acusado Jorge Geovanny Santacruz Lapo; interponen recurso de casación de la sentencia que dicta el Primer Tribunal Penal de Pichincha, el 4 de noviembre de 2003, por la que declara a Jorge Geovanny Santacruz Lapo autor del delito de violación tipificado en el numeral 2 del Art. 512 del Código Penal y sancionado en la parte final del Art. 513 ibídem, imponiéndole la pena de doce años de reclusión mayor ordinaria; y, a Paulo César Razo Mariño, encubridor del mismo delito al que le impone la pena de dos años de prisión correccional. Concedido el recurso, ha correspondido conocer del mismo a esta Sala en virtud de la distribución de procesos efectuados entre las tres salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en acatamiento a la resolución obligatoria dictada para tal efecto por el Pleno de la Corte Suprema; y, al haberse agotado al trámite, previo a resolver, se considera: PRIMERO: De una parte, el recurrente Jorge Geovanny Santacruz Lapo, al fundamentar su recurso primeramente consigna algunas opiniones personales subjetivas en torno a las afirmaciones que el Tribunal realiza en la sentencia, para luego precisar las siguientes violaciones a la ley en la sentencia: numerales 6 y 7 del Art. 29 del Código Penal, al no tomar en cuenta las atenuantes justificadas en la audiencia; la inaplicación del Art. 72 incisos 4 y 6 del Código Penal, al no haber modificado la pena impuesta; violación del Art. 42 del Código Penal al declararlo autor de un delito que jamás ha cometido, de un hecho que dice desconocer sin que en el proceso se haya justificado su responsabilidad, razón por la que el Tribunal ha hecho una falsa aplicación de la ley; y, de otra, la señora Laura Irma Ortega Insuasti, acusadora particular, dice que ha interpuesto el recurso de casación por una falsa aplicación del Art. 48 del Código Penal, respecto del acusado Paulo César Razo Mariño, atribuyéndole la calidad de encubridor en base a una interpretación errónea de la norma penal contenida en el Art. 44 ibídem, cuando la conducta de dicho acusado se adecua a la descripción típica contenida en el numeral 2 del Art. 512 del Código Penal, toda vez que su participación en el ilícito es de manera directa e inmediata, desde el momento en que le pidió autorización para llevar a su hija a una cena a un lugar que nunca fueron, porque todo era un engaño; y, que además menciona que los acusados Jorge Santacruz y Paulo Razo utilizando el mismo sistema o modus operandi, consistente en privarles del uso de la razón a sus víctimas, antes del presente caso, participaron en actos delictivos similares en perjuicio de dos personas cuyos nombres cita, lo cual demuestra la peligrosidad de los acusados, por lo que pide se lo sentencie declarándolo autor del delito de violación tipificado en el numeral 2 del Art. 512 y sancionado por el Art. 513 del Código Penal.- SEGUNDO: El señor Director General de Asesoría, Subrogante de la Ministra Fiscal General del Estado, debidamente facultado por el Acuerdo No. 042-2004, de 15 de octubre de 2004, en representación del Ministerio Público, al dar contestación de los escritos de fundamentación presentados por los impugnates, realiza en primer término una síntesis de la exposición fundamentada contenida en sus respectivos escritos y que coincide con las expuestas en el considerando que antecede, para llegar a la conclusión de que las partes pretenden una nueva valoración de las pruebas que ya fueron analizadas por el juzgador al momento de dictar sentencia; luego, efectúa un análisis crítico jurídico de la sentencia emitida por el Tribunal Juzgador, principalmente en lo que se relaciona a la forma y modo como dicho Tribunal estima que se ha comprobado la existencia material de la infracción y la responsabilidad del sentenciado recurrente; y expresa "que en cuanto a la calificación de encubridor de Paulo César Razo Mariño, considera que existe un error de derecho en la sentencia, porque las pruebas practicadas en la audiencia de juicio, llevan a determinar que éste tiene participación directa en el hecho, quién solicitó el permiso y sacó de su casa a la ofendida, era el dueño y conductor de la camioneta en la que se encontró evidencia entre ellas el collar de la víctima, fue quién inicialmente dijo que irían a cenar al restaurante Fridays, con los juzgadores de basket, sabiendo que no era verdad que existía tal acto, en fin era la persona bajo cuya responsabilidad se encontraba la menor de edad, por tanto coadyuvó en el hecho de un modo principal, toda vez que la participación comprende no solo los actos de ejecución directa, no se precisa que el autor intervenga en todos los accidentes del hecho, basta que contribuya directamente a su realización, que todos concurran a la comisión del delito, tomando parte en él, con unidad de acción, igual propósito y cooperación recíproca". Que, en consecuencia, considera "que el recurso de casación interpuesto por la acusadora particular es procedente, por cuanto el Tribunal violó las disposiciones legales puntualizadas en el Art. 512 del Código Penal en concordancia con el Art. 42 ibídem, por lo que la Sala debe corregir el error de derecho, dictando la sentencia que corresponde". TERCERO: Con la finalidad de establecer si proceden o no los cargos que se formulan a la sentencia, la Sala procede a estudiar y analizar la misma y encuentra: 1.- Que en el considerando tercero, el Tribunal, con convicción y certeza declara comprobada la existencia de la infracción con base al testimonio que presta en la audiencia la Dra. Sandra Gardenia Andrade Granja, perito médica, que expresa haber practicado el examen médico legal ginecológico a Paola Cristina Pineda Ortega, el 8 de febrero de 2003, la misma que presentaba en su membrana himen, un desgarro reciente, ubicado a las siete, comparada con la esfera del reloj y en periné un desgarro reciente del medio centímetro de extensión; que la examinada le refirió que este hecho ocurrió en un restaurante, el 8 de febrero de 2003, a las 03h00; además, en el acta de la audiencia consta que dicha perito en el examen externo verificó la presencia de varias excoriaciones en codo y rodilla derecha y que también se hizo examen de espermatozoides; de igual modo, en el acta consta el testimonio de la Dra. Janeth Elizabeth Jaramillo Caiza, Tecnóloga Médica, quien

intervino como perito en el reconocimiento de prendas de vestir y al ratificarse en su informe de fs. 258, dice que se recibió "unas prendas, un brazier color negro, una chaqueta de paño, un pantalón blue jean. Analizadas las prendas se concluye que las manchas encontradas en el fondillo del pantalón existe la presencia de espermatozoides". 2.- Que en cuanto a la responsabilidad penal de Jorge Geovanny Santacruz Lapo, en el literal a) del considerando cuarto de la sentencia recurrida, los juzgadores, realizan un amplio y pormenorizado análisis de la prueba aportada en la audiencia para arribar a la conclusión que emiten en el considerando quinto en estos términos: "De las pruebas anteriormente analizadas y apreciadas por este Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se establece que, el día sábado 8 de febrero de 2003, a eso de las 03h00, en el bar-restaurante Tijuana, de esta ciudad de Quito, la ahora ofendida Paola Cristina Pineda Ortega, ha sido violada sexualmente, por el ahora acusado Jorge Geovanny Santacruz Lapo, aprovechando el estado de ebriedad de la misma, pues desde las 21h00 más o menos del día viernes 7 de febrero del 2003, empezaron a ingerir licor, incluso el mismo Jorge Santacruz reconoce que en dicho bar Tijuana, a donde ingresó con Paola a eso de las 01h00, del día sábado 8 de febrero de 2003, tomaron seis cervezas pequeñas y han salido de dicho bar a eso de las 02h30, lo cual coincidió con lo aseverado por Paola Pineda e incluso por lo manifestado por César Razo Mariño quien en ese lapso se ha quedado descansando en su vehículo en las afueras de dicho bar". Que de este proceder se observa que el Tribunal Juzgador con estricto apego a derecho valora la prueba aportada sujetándose a las reglas de la sana crítica y en forma correcta adecua el hecho al tipo penal que corresponde al numeral 2 del Art. 512 y sancionado en la parte final del Art. 513, todo del Código Penal, sin aceptar las circunstancias atenuantes previstas en los numerales 6 y 7 del Art. 29 del Código Penal por considerar que se ha ejecutado el hecho buscando de propósito la noche y abusando de la confianza que le ha brindado la víctima, circunstancias agravantes que impiden la modificación de la pena y aplicación del Art. 72 ibídem, no procede la aplicación del Art. 4 del mismo cuerpo de leyes puesto que no existe duda de naturaleza alguna, dada a la convicción y certeza con la que el Tribunal declara comprobada tanto la existencia material del hecho como la culpabilidad y por ende la responsabilidad del recurrente; y, 3.- De la referencia que obra en la sentencia y de la constancia recogida en el acta se audiencia, se puede advertir que ante el Tribunal, en la audiencia, en forma coincidente declaran Jorge Santacruz Lapo, Paola Pineda y Paulo César Razo, que el día 7 de febrero de 2003, a eso de las 21h00, salieron desde la casa de habitación de Paola Pineda, en una camioneta roja y luego de comprar licor empezaron a ingerirlo para trasladarse hasta Carapungo llegando hasta el sector de Marianitas, con la finalidad de llevar a una amiga habiéndose bajado del vehículo Jorge Santacruz, quién se dirigió a una casa del sector y retornó luego expresando que la chica no podía ir por lo que regresaron y en Carcelén, se encuentran con unos amigos integrantes del equipo de básquet del Club Mavort con quienes departen hasta la media noche, para continuar y dirigirse a la Amazonas llegando al bar Tijuana a eso de las 01h00, al que ingresan Jorge Santacruz y Paola, quedándose en el vehículo Paulo César Razo porque se encontraba mareado; que en el interior del bar Jorge y Paola han ingerido algunas cervezas retornando al vehículo más o menos a las 02h30, quedándose dormidos los tres y que al haber recibido una llamada por celular de la madre de Paola ha contestado Paulo indicando que ya la iban a dejar, lo que ocurrió aproximadamente a las 05h00 en cuyas circunstancias la ve su madre y por el estado deplorable en que llega procede a auxiliarle para conducirla a su habitación donde se percata que su hija ha sido abusada sexualmente por lo que la lleva a que se le practique el examen médico legal, comprobándose que efectivamente había sido violada. De esta síntesis, se aprecia que Paulo César Razo tuvo una participación directa e inmediata y coadyuvó a la ejecución de la violación de un modo principal, deliberada e intencionalmente por lo que su conducta se adecua a la de coautor y no a la que erradamente ubica el Tribunal como encubridor, cometiendo con ello error de derecho al vulnerar los Arts. 42, 44 y 48 del Código Penal. Esta apreciación de los juzgadores distorsiona el concepto que el legislador y la doctrina tienen en torno al encubridor en el sentido de que éste interviene con posterioridad al cometimiento de un delito, a tal punto que se sostiene que debiera considerarse como un delito independiente, es decir que el encubrir actúa para proteger en cierta forma al delincuente para que éste no sea descubierto y sancionado, bien sea suministrándole alojamiento, proporcionándole medios para que se aproveche de los efectos de delito, o inutilizando las señales o huellas del delito u ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, es decir, que no es ni siquiera un auxiliar en la comisión del delito. Por las consideraciones que anteceden, coincidiendo con el criterio del Ministerio Público, en el sentido de que la conducta de Paulo César Razo en los hechos motivo de este proceso corresponde a la de coautor, la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza por improcedente el recurso interpuesto por Jorge Santacruz Lapo y declara con lugar el interpuesto por la acusadora particular por lo que casa la sentencia recurrida y corrigiendo el error de derecho, declara a Paulo César Razo, cuyo estado y condiciones constan del proceso, coautor del delito de violación de la menor Paola Cristina Pineda Ortega, tipificado en el numeral 2 del Art. 512 y sancionado en la parte final del Art. 513 del Código Penal, según Ley No. 2001-47, publicada en el Registro Oficial No. 422 de 28 de septiembre de 2001 y se le impone la pena de doce años de reclusión mayor ordinaria, que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito, debiendo descontarse el tiempo que hubiere estado privado de su libertad por esta causa, agravación de la pena que es posible hacerla porque la prohibición establecida en aplicación del principio "no reformatio in pejus" contenida en la parte final del numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política y el Art. 328 del Código de Procedimiento Penal, es para el procesado recurrente como único impugnante de la sentencia y en el presente caso, el sentenciado no es recurrente sino la acusadora particular de la ofendida por violación. Con Costas. Se regulan en cincuenta dólares los honorarios del abogado patrocinador de la acusadora. Remítase el proceso al Tribunal Penal de origen una vez que se ejecutorie esta sentencia. Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

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

En esta fecha, a las dieciséis horas, notifico mediante boleta con la nota en relación y sentencia que anteceden, a la Sra. Ministra Fiscal General en el casillero judicial N° 1207, a Jorge Geovanny Santacruz Lapo en el casillero judicial N° 2280; a Laura Irma Ortega Insuasti en el casillero judicial N° 1513; a Paulo César Razo Mariño en el casillero judicial N° 391. Quito, 28 de noviembre de 2006.
Certifico.

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

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original; Quito, 2 de julio del 2007.

Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 929-06

Juicio penal N° 128-05 seguido en contra de Manuel Gavino Peralta Peralta por considerarle autor de la infracción prevista y sancionada por el Art. 450 (reformado) del Código Penal con las agravantes de los numerales 1 y 7 del mismo artículo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, noviembre 28 del 2006; a las 09h50.

VISTOS: Del fallo dictado por el Tribunal Penal de Pastaza, en el que al procesado Manuel Gavino Peralta Peralta, por la muerte de María Hortensia Zaruma Maita, de la menor Wilma Esthela Zaruma Maita y de Luis Jordán Rivera Miranda; y, al considerarle autor de la infracción prevista y sancionada por el Art. 450 (reformado) del Código Penal "con las agravantes de los numerales 1 y 7 del mismo artículo", por lo que no se le considera las atenuantes por expresa prohibición legal, se le impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial, interpone recurso de casación el sentenciado, concedido el mismo, ha correspondido su conocimiento a la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, una vez efectuada la distribución de las causas entre las tres salas especializadas de esta materia por resolución del pleno de este máximo Tribunal de Justicia y luego de su nueva integración; Sala que para resolver considera.- PRIMERO: Que al fundamentar el recurso, el procesado manifiesta: Que la sentencia dictada por el Tribunal de Pastaza es injusta, fundamentada en el Art. 313 y 312, aunque no se enuncia este último artículo; que en el Código de Procedimiento Penal se han violado: el Art. 311 por no haberse comprobado conforme a derecho la responsabilidad del procesado; el Art. 86 por cuanto no se han apreciado las pruebas con objetividad de conformidad a las reglas de la sana crítica; el Art. 309, en todos sus numerales de los requisitos de la sentencia; el Art. 79, por cuanto pese haberse practicado y presentado la prueba durante la etapa de juicio, el Tribunal jamás lo valoró al momento de dictar sentencia; los Arts. 123, del testimonio propio; 124, de que no tendrá valor probatorio del testimonio cuando no aparece demostrada la existencia de la infracción; y 134, de la declaración del testigo ante el Tribunal Penal; por cuanto se les ha concedido valor probatorio cuando no existe prueba en el que aparezca probada su responsabilidad.- Que en la Constitución Política del Estado se han infringido los Arts. 18, de la aplicación de los derechos y garantías determinadas en la Constitución; 19, de los derechos y garantías señaladas en esta Constitución, que no excluye otros que se derivan de la naturaleza de las personas; 23, de los derechos civiles de la inviolabilidad de la vida, de la integridad personal y de la prohibición de penas crueles; y, 24, de la garantía al debido proceso: pues, señala, existe total violación de sus derechos humanos, naturales y civiles, haciéndose tabla rasa del debido proceso.- SEGUNDO: La señora Ministra Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso, manifiesta en síntesis. Que el recurrente argumenta que el Tribunal Penal no ha procedido a valorar las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, que no se ha comprobado conforme a derecho la responsabilidad del procesado; que no se valoró la prueba presentada por él durante el juicio; y que se ha concedido valor probatorio a los testimonios de varios testigos simplemente referenciales, pues nunca estuvieron en el lugar de los hechos; y, finalmente que existe total violación de los derechos humanos, civiles y del debido proceso, sin embargo no menciona ningún hecho concreto que evidencie la violación de la norma constitucional.- Que conforme al Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, ha lugar al recurso de casación cuando existe error in iudicando y no vicios de procedimiento u omisiones que pueden haberse producido durante la sustanciación de la causa.- En cuanto a la alegación de que se ha violado el Art. 309 del Código Procesal Penal en todos sus numerales; examinada la sentencia se aprecia que el Tribunal hace un análisis minucioso de la prueba aportada por el Fiscal como por el acusado, y con aplicación de la sana crítica expresa los motivos para conceder credibilidad o no los testimonios; sustenta su convicción de que se ha comprobado la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado: respecto de lo primero mediante el informe del perito que intervino en el levantamiento de los tres cadáveres y los protocolos de autopsia de éstos, en el que se concluye que Luis Jordán Rivera Miranda, María Hortensia Zaruma Maita y la menor Wilma Esthela Zaruma Maita murieron a consecuencia de hipovolemia y paro cardíaco, ocasionado por sangrado profuso a consecuencia de graves heridas a nivel del cuello que seccionaron grandes venas yugulares y carótidas.- En cuanto a la responsabilidad del acusado en abundante prueba testimonial debidamente valorada que lleva a la convicción de que Manuel Gavino Peralta Peralta es el único autor de asesinato de estas personas, cometido durante la noche, con premeditación y alevosía.- Valoración que corresponde al Tribunal Juzgador y no a la Sala hacerlo nuevamente, por lo que solicita a ésta declare improcedente y se devuelva el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia.- TERCERO: En la casación penal hay que tener en cuenta que lo que procede es el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente.- Es por tanto ajeno a la casación penal, pretender que la Sala

vuelva a analizar la carga probatoria, que fue motivo de análisis del Tribunal Penal.- CUARTO: Del estudio de la sentencia impugnada en relación con el recurso interpuesto, tenemos que la Sala encuentra: Que en ésta, en el considerando cuarto se señala que dando cumplimiento a que en la etapa de juicio deben practicarse los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, la representante del Ministerio Público práctica las siguientes diligencias: El testimonio del perito Cbo. Luis Patricio Grijalva Troya, quien practicara el reconocimiento del lugar de la infracción, habiendo encontrado en el interior de la vivienda, en un espacio descubierto dos cadáveres de sexo femenino, de 54 y 10, años respectivamente; y, en el dormitorio un cadáver de sexo masculino de aproximadamente 60 años de edad; todos ellos degollados.- La de varios testigos y agentes de la policía, mediante los cuales se identificó que las víctimas correspondían a los nombres de María Hortensia Zaruma Maita de 45 años de edad; Wilma Esthela Zaruma Maita de 10 años de edad; y, Luis Jordán Rivera Miranda de sesenta años de edad.- Los testimonios de: Sénecas Juan Wachapa Wanit, quien dice el lunes 18 de marzo del 2002, a eso de las 13h30, ingresó a su finca María Hortensia Zaruma acompañada de un trabajador que por primera vez ingresaba a la colonia; que en la casa del declarante, que queda a unos cien metros de la María Hortensia Zaruma, al ser despertado por su esposa, escucho gritos de su vecina por lo que se trasladó a su casa, observando en el camino a un hombre con linterna, al cual le llamó su esposa, pero éste apagó ese instrumento y corrió; que en la vivienda encontraron a las referidas víctimas envueltas en sangre y ya sin vida.- De Jerónimo Rigoberto Maita Zaruma, quien manifiesta que su madre María Hortensia Zaruma había sido amenazada de muerte por Gavino Peralta si no le daba a él a su hija Rosa Irene Maita, que le había incluso sacado y llevado a Lago Agrio por un mes, que al regresar su madre le había quitado a la menor por lo cual el procesado le amenazó con matarla; que su madre le hizo meter preso a Gavino Peralta con intervención de la Comisaría de la Mujer, la que le proporcionó además una boleta de auxilio contra Gavino Peralta.- De Luis Deifilio Zaruma Maita, quien asimismo asevera que su sobrina Rosa Irene Maita, de catorce años de edad, le había hecho suya por Manuel Gavino Peralta; que su madre le había quitado por ser menor de edad y éste la había amenazado de muerte; que Wilson Maita le suplicó a su madre que le entregue a Rosa a don Peralta, puesto de lo contrario su cuerpo llegará en pedazos.- De Gloria Carmela Grefa Tanguila, Luis Timoleón Hernández Sangurima y la del Sargento Angel Martínez Camino, en ese mismo sentido.- En el considerando quinto la declaración del acusado que niega su autoría; y, testimoniales que ha presentado en el sentido que un día lunes sin recordar la fecha, fueron atendidos por el curandero acusado, habiendo permanecido uno toda la noche y otros unas horas; declaraciones que dicho sea de paso, como se observa, son contradictorios y carentes de verdad, pues ninguno de ellos refieren haber visto a los otros esa noche.- En el considerando octavo, el protocolo de autopsia practicado a los cadáveres de María Hortensia Zaruma Maita, de la menor Wilma Esthela Zaruma Maita y de Luis Jordán Rivera Miranda, determina que por heridas profundas, entre otras, en el cuello, sus muertes, se han producido por hipovolemia y paro cardíaco.- Que del análisis de estas constancias el Tribunal llega a la convicción de que el acusado Manuel Gavino Peralta Peralta es el único autor del asesinato de estas personas, cometido en horas de la noche, con premeditación y alevosía.- QUINTO: De las observaciones anotadas, se establece que el Tribunal Penal de Pastaza, en el fallo realizó una pormenorizada descripción de las pruebas aportadas en la audiencia de juzgamiento, analizándolas a través de la sana crítica y llegando a la convicción y certeza de que está probada la existencia de la infracción; y, así como la autoría y responsabilidad del acusado, pues los indicios que sirvieron de premisa conforme observamos son: varios; relacionados con el asunto materia del proceso así como con los otros indicios; concordantes entre sí; unívocos; y, directos, pues conducen a establecer lógica y naturalmente que fue el procesado el autor de este delito de asesinato en las mentadas víctimas; delito tipificado y reprimido en el Art. 450, con las circunstancias agravantes de los numerales 1 y 7 del Código Penal, por el que no se considera atenuantes a su favor dado que además del asesinato, existe también la otra circunstancia agravante; sentencia que guarda perfecta armonía entre la parte expositiva de los hechos descritos y valorados con la disposición legal aplicada para el delito cometido, sin que por lo tanto proceda la manifestación del recurrente: de que no se ha valorado las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica; de que pese haber practicado y presentado prueba durante la etapa de juicio, el Tribunal jamás lo valoró al momento de dictar sentencia; de que no se ha probado la existencia de la infracción y de que en este caso no tiene valor las pruebas testimoniales; ni de que la sentencia no guarda relación entre la parte expositiva de los hechos descritos con la disposición legal aplicada para el delito cometido; y, por ende de que se hayan violado en el Código Adjetivo Penal sus Arts. 79, 86, 123, 124, 134, 309, 311, 313 y 312.- Tampoco que se hayan infringido los Arts. 18, 19, 23 y 24 de la Constitución Política del Estado; pues no consta que hayan sido en el fallo infringido derechos y garantías señaladas en esta Constitución, ni otras que se derivan de la naturaleza de las personas; ni la de los derechos civiles de la inviolabilidad de la vida, de la integridad personal y de la prohibición de penas crueles; ni de las garantías al debido proceso; cuanto mas que en el mismo recurso no se menciona ningún hecho concreto que evidencie la violación de tales normas en el fallo.- Por lo antes analizado esta Sala de lo Penal estima que en el fallo, del caso que nos ocupa, el Tribunal Penal de Pastaza, de ninguna manera ha violado la ley, ha contravenido a su texto, ni ha hecho una falsa aplicación de ésta, ni ha interpretado erróneamente las normas ya referidas, antes por el contrario en ella hay su correcta aplicación.- Por ello, en armonía con el criterio de la señora Ministra Fiscal General del Estado, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY", de conformidad con la disposición del Art. 358, parte pertinente, del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado Manuel Gavino Peralta Peralta; y, se dispone que se devuelva el proceso al Tribunal Penal de origen, para que se ejecute la sentencia.- Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

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

En esta fecha a las once horas, por boleta notifico con la copia de la nota en relación y providencia que antecede a la señora Ministra Fiscal General Subrogante en el casillero judicial No. 1207, a Manuel Peralta en el casillero judicial No. 344. Quito, noviembre 28 del 2006.

Certifico.

f.) Secretario Relator.
Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original; Quito, 2 de julio del 2007.-

Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 930-06

Juicio penal N° 505-06 seguido en contra de María Auxiliadora Paredes Ubidia por el delito previsto en el Art. 490 y sancionado en el Art. 491 del Código Penal vigente, en perjuicio de la Dra. Sonia Judith Ojeda Rivera.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 28 de noviembre del 2006; a las 09h00.

VISTOS: La doctora Sonia Judith Ojeda Rivera, interpone el recurso de casación, de la sentencia dictada por la Primera Sala Especializada de lo Penal de la H. Corte Superior de Quito, que revoca la sentencia condenatoria dictada contra María Auxiliadora Paredes Ubidia por el Juez Tercero de lo Penal de Pichincha por el delito previsto en el Art. 490 y sancionado en el Art. 491 del Código Penal vigente, y se le impone la pena de seis meses de prisión correccional por considerarla autora responsable del mismo. A esta Sala Especializada de Casación Penal le corresponde resolver este recurso y por haberse radicado la competencia para hacerlo mediante el sorteo de ley y para lo cual considera: PRIMERO: La querellante recurrente Dra. Sonia Judith Ojeda Rivera fundamenta el recurso de casación expresando en lo principal que: la Sala de Apelación no valora la prueba actuada en primera instancia y ante el Juez de lo Penal que sentenció la causa aceptando la querella y consecuentemente impuso la pena de seis meses de prisión correccional a la querellada y a continuación procede a realizar desde su punto de vista un análisis de la prueba testimonial, que según su criterio no ha sido valorada por el Tribunal de apelación, pero no señala que violaciones de la ley ha cometido este Tribunal en la sentencia revocatoria de la sentencia dictada por el Juez de primera instancia y en la que se condena a la querellada, ni tampoco expresa en que forma se vulnera la ley en la sentencia, ni en que parte de ésta consta la violación de la ley; puesto que se limita a expresar que el Tribunal de apelación no ha valorado la prueba como es debido por lo cual interpone recurso de casación por haber hecho una falsa aplicación de la ley y no haberse tomado en cuenta las pruebas actuada ante el Juez de primera instancia, porque debía resolverse conforme a derecho y lo que era de estricta legalidad, condenando a la querellada al cumplimiento del máximo de la pena de tres años en virtud de que se halla justificado el delito de injuria calumniosa cometido por María Auxiliadora Paredes Ubidia.- SEGUNDO: La querellada María Auxiliadora Paredes Ubidia contestando al traslado con la fundamentación del recurso de casación deducido por el querellante, en lo principal expresa que la sentencia de segunda instancia revocatoria de la sentencia condenatoria de primera instancia, se encuentra conforme a derecho, y que la valoración de la prueba que realiza, y que la valoración de la prueba que le conduce al fallo revocatorio, se realiza en estricta aplicación de las reglas de la sana crítica, porque los testigos presentados por la querellante no son más que una burla a la justicia ya que emiten respuestas repetitivas y visiblemente preparadas; hecho que es resaltado por el Tribunal de apelación, cuando en el considerando quinto se expresan que: ".. situación que no suple el requisito exigido por la norma contenida en el numeral 3 del Art. 371 del Código de Procedimiento Penal produciendo el efecto evidente que la prueba testimonial resulta acomodaticia y de dudosa veracidad, tornando la querella improcedente.". TERCERO: Entre los aspectos a que se contrajo la fundamentación del recurso de apelación interpuesto por la querellada María Auxiliadora consta las razones por las cuales la prueba presentada por la querellante y en la que se fundamentaba la sentencia condenatoria impugnada, era inconsistente, acomodaticia y por lo tanto carente de valor probatorio; y por lo cual el Tribunal de segunda instancia necesariamente debía pronunciarse sobre este aspecto de la fundamentación del recurso de apelación, conforme procede en derecho y consecuentemente, con toda propiedad y mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica una nueva valoración de la prueba y como resultado determina que carece de valor probatorio porque no conduce a determinar con certeza la existencia de la infracción objeto del juicio, lo cual le sirve de fundamento para revocar la sentencia condenatoria de primera instancia.- CUARTO: Esta Sala Especializada de lo Penal de Casación Penal carece de atribuciones para realizar una nueva valoración de la prueba conforme lo pide la recurrente; solo le corresponde verificar si en este caso, el Tribunal de segunda instancia observó los principios, que como garantías del debido proceso rigen la valoración de la prueba, y que son el principio de legalidad de la prueba, estableciendo en el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal, el principio de pertinencia de la prueba y que se encuentra establecido en el Art. 84 ibídem, así como los principios de la sana crítica contemplados en el Art. 86 ibídem. En el presente caso no se observa que el Tribunal de segunda instancia haya incurrido en la vulneración de alguno de estos principios que rige la valoración de la prueba, sino que por el contrario, los ha observado estrictamente; y por lo cual, no existen violaciones o errores de derecho que deban ser corregidas por esta Sala de Casación Penal. Por estas consideraciones ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto por la Dra. Sonia Judith Ojeda Rivera por improcedente. Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

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

En la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, veintiocho de noviembre del año dos mil seis, a las quince horas, mediante boletas, notifico con la copia de la nota en relación y de la sentencia que anteceden a: María Auxiliadora Paredes Ubidia, en la casilla judicial N° 276; y a Sonia Judith Ojeda Rivera, en la casilla judicial N° 859.

Certifico.

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

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original; Quito, 2 de julio del 2007.- Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 932-06

Juicio penal N° 188-05 seguido en contra de César Enrique Tejena Mendoza por el delito tipificado y sancionado en el Art. 450, con las circunstancias agravantes de los numerales 1, 4, 5 y 8 del Código Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, noviembre 27 del 2006; a las 17h30.

VISTOS: Del fallo dictado por el Tribunal Penal Primero de Manabí, en el que al procesado César Enrique Tejena Mendoza, por la muerte de Jaime Delgado Lino y al considerarle autor del delito tipificado y sancionado en el Art. 450, con las circunstancias agravantes de los numerales 1, 4, 5 y 8 del Código Penal, en concordancia con el Art. 77 y ordinal 2.1 del Art. 80 de ese mismo cuerpo de leyes, se le impone la pena de veinticinco años de reclusión mayor especial; interpone recurso de casación el sentenciado; concedido el mismo, ha correspondido su conocimiento a la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, una vez efectuada la distribución de las causas entre las tres salas especializadas de esta materia por resolución del pleno de este máximo Tribunal de Justicia y luego de su nueva integración; Sala que para resolver considera.- PRIMERO: Que al fundamentar el recurso, el procesado manifiesta: Que la tipificación del delito y pena impuesta no guarda armonía, con las pruebas actuadas en el proceso como con las realizadas en la audiencia pública de juzgamiento, pues no cometió este delito.- Que en el considerando cuarto, el fallo se refiere a los testimonios que determinan su responsabilidad o culpabilidad, pero éstos corresponden: a Gloria María Lino Macías, madre del fallecido; a Diana Elizabeth Mendoza Quinteros, conviviente del occiso; y, a Galo Nogales Paredes, Sargento de Policía quien realizo las investigaciones sin orden del Agente Fiscal; que ellos no son testigos presénciales de los hechos.- Estima que se han violado: En la Constitución Política del Estado, el numeral 14 del Art. 24, del derecho al debido proceso puesto que se le ha sentenciado en base a testigos parcializados; y, asimismo su Art. 194, el de la sustanciación de aquel.- en el Código Adjetivo Penal: el Art. 208, referente a que la Policía Judicial debe realizar la investigación de los delitos de acción pública y de instancia particular, bajo la dirección y control del Ministerio Público; y, el Art. 214, que las investigaciones, actuadas por el Ministerio Público, constituirán elementos de convicción.- SEGUNDO: La señora Ministra Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso, manifiesta en síntesis. Que el recurrente aspira a una nueva valoración de la prueba y si bien menciona violaciones al debido proceso, mas no expresa de manera concreta en que consiste la trasgresión a la norma constitucional; y, en cuanto a los testimonios de la madre y de la conviviente, no se encuentran comprendidos en las prohibiciones del Art. 126 del Código Adjetivo Penal.- Que además revisada la sentencia, el Tribunal considera hechos ciertos y probados los siguientes: Que a muerte de Julio Jaime Delgado Lino, tuvo lugar a consecuencia de gran contusión que produjo hundimiento del cráneo con fractura de la región temporal y parietal izquierda, y por la herida de proyectil de arma de fuego localizada arriba de la nuca, conforme a los peritos médicos legales que practicaron la autopsia.- Que este cadáver fue encontrado en poza honda en estado de putrefacción flotando sobre el agua y con huellas de haber sido torturado.- Y en cuanto a la responsabilidad, con los testimonios: Del Sargento Galo Nogales Paredes, quien conocía los actos delictivos del acusado; que éste era buscado por la policía por hechos de sangre, asaltos a taxistas y heridas a varios ciudadanos; que habiendo sido encontrado el cadáver, el realizó las investigaciones con moradores del lugar, y de cinco a diez personas identificaron plenamente por medio de la fotografía, tanto al occiso como al acusado, quienes anduvieron juntos; lo que concuerda con lo afirmado por la madre de Julio Delgado; que por referencias conoció que el autor de la muerte de su hijo es el acusado.- Que asimismo la responsabilidad del acusado está probado con el testimonio de la conviviente de la víctima, la que expresa que César Tejena, había amenazado de muerte a su marido, que llevaba un revólver; que desde que él con su hermano lo fueron a buscar en taxi, ya no regresó más; que cuando su esposo desapareció llegó a su casa César Tejena, a decirle que a su marido le había dejado en poza honda; que el acusado tenía puesto los zapatos de su marido y que a la gente de afuera le había dicho que le había matado; que después regresó para amenazarla a ella y a su hermano.- Prueba esta que lleva al Tribunal a la convicción de que el recurrente es el autor de este asesinato, por lo cual se le impone la pena de veintiún años de reclusión mayor especial, en vista de que es reincidente, por haber sido condenado con anterioridad a una pena de nueve años de reclusión menor ordinaria, resultando acertada la aplicación de los Arts. 450, 77 y ordinales 2.1 del Art. 80 del Código Penal.- Existiendo entonces armonía lógica entre los hechos descritos por el Tribunal Penal en la parte expositiva de la sentencia y lo resuelto en la parte dispositiva, así como con las normas aplicadas; sin que se encuentre ninguna violación a la ley por lo que se debe rechazar el recurso interpuesto por improcedente.- TERCERO: En la casación penal hay que tener en cuenta que lo que procede es el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones en

ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente.- Es por tanto ajeno a la casación penal, pretender que la Sala vuelva a analizar la carga probatoria, que fue motivo de análisis del Tribunal Penal.- CUARTO: Del estudio de la sentencia impugnada en relación con el recurso interpuesto, tenemos que la Sala encuentra: Que en ésta, en el considerando tercero se señala que dentro de la audiencia se practicaron todas las pruebas pedidas o solicitadas por los sujetos procesales, las que fueron ordenadas e incorporadas al juicio, emergiendo la existencia de la infracción: con los testimonios de los peritos doctores Irvin Jhon Ramírez Ulloa y Vicente Antonio Párraga Bernal, quienes realizaron la autopsia del cadáver del Julio Jaime Delgado Lino, que fuera encontrado en estado de putrefacción, presentado: herida en su pie izquierdo; una herida en la rodilla derecha y varias heridas en la cabeza, entre ellas una de gran extensión que produjo el hundimiento del cráneo con fractura en la región temporal y parietal izquierda; una herida de proyectil de arma de fuego en región occipital izquierda arriba de la nuca; determinando los peritos médicos que la muerte se dio a causa de la contusión realizada en la cabeza y las heridas de bala, habiéndose encontrándose cuatro esquirlas. Con el testimonio de Edgar David López Pajuna, quien manifiesta que con el señor Chango y el Agente Bonano de la Policía Judicial, procedieron a realizar el levantamiento del cadáver, el que se reencontraba en una saca de color negro y amarrado de un palo aproximadamente de un metro ochenta centímetros. Y en el considerando cuarto, que la responsabilidad del acusado César Enrique Tejena Mendoza, está comprobada con: El testimonio propio de Gloria María Lino Macías, madre del occiso, quien relata haber tenido conocimiento que quien anduvo con su hijo fue el procesado, siendo tanto la audacia de éste, que utilizando a sus amigos le había amenazado de muerte a Julio Jaime Delgado Lino.- El testimonio de Diana Elizabeth Mendoza Quinteros, conviviente del occiso, quien nos da a conocer; que dos semanas antes de la muerte de su esposo, llegó a su casa César Tejena para amenazarlo de muerte, teniendo en su mano un revólver; que ello lo contó a su suegra Gloria Lino, quien estaba en Mocache con su esposo, diciéndolo éste que no dejaría de ir por ello; que, el 23 de diciembre llegó su esposo y se quedó en Portoviejo trabajando en el taller; que más o menos el dos de enero del dos mil dos a eso de las 08h00, llegaron en un taxi de placas MCE-359, César Tejena y su hermano y le dijeron a su esposo vamos; que de ahí él no regresó más; que lo vieron salir sus amigos el Flaco, Danny, El Gato y Ñato; que El Gato le contó posteriormente que le había dicho su esposo que si algo le pasaba iba con los dos hermanos Tejena; que ella le habían buscado a su esposo y encontrándose en la casa de su suegra, llegó César Tejena a decirle que a su esposo le habían dejado en poza honda, pero éste llevaba puesto los zapatos de su marido los que estaban enlodados; que a la gente de afuera les decían que habían matado a su marido.- Pruebas las cuales han sido analizadas y apreciadas por el Tribunal, llegando el mismo a la certeza de que el autor del asesinato de Julio Jaime Delgado Lino fue el procesado César Enrique Tejena Mendoza.- QUINTO: De las observaciones anotadas, se establece que el Tribunal Penal Primero de Manabí, en el fallo realizó una pormenorizada descripción de las pruebas aportadas en la audiencia de juzgamiento, analizándolas a través de la sana crítica y llegando a la convicción y certeza de que esta probada la existencia de la infracción; y, así como la autoría y responsabilidad del acusado, pues los indicios que sirvieron de premisa conforme observamos son: varios; relacionados con el asunto materia del proceso así como con los otros indicios; concordantes entre sí; unívocos; y directos, pues conducen a establecer lógica y naturalmente que fue el procesado el autor de este delito de asesinato tipificado y reprimido en el Art. 450, con las circunstancias agravantes de los numerales 1, 4 y 5 del Código Penal, en concordancia con el Art. 77 y ordinal 2.1 del Art. 80 de ese mismo cuerpo de leyes; sentencia que guarda perfecta armonía entre la parte expositiva de los hechos descritos y valorados con la disposición legal aplicada para el delito cometido, sin que por lo tanto proceda la manifestación del recurrente: de que ella no guarda armonía con las pruebas actuadas en el proceso ni de las realizadas en la audiencia pública de juzgamiento; tampoco que carezcan de valor los testimonios de la madre y de la conviviente del occiso, pues no están comprendidas dentro de las prohibiciones del Art. 126 del Código de Procedimiento Penal; ni de que se hayan violado en ese mismo cuerpo de leyes los Arts. 208 y 214; peor que se hayan infringido en la Constitución Política del Estado: el numeral 14 del Art. 24, pues no consta que las pruebas hayan sido obtenidas o actuadas con violación a ella; ni de su Art. 194, pues sí se ha cumplido la sustanciación procesal con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación.- Por lo antes analizado esta Sala de lo Penal estima que en el fallo, del caso que nos ocupa, el Tribunal Penal Primero de Manabí, de ninguna manera ha violado la ley, ha contravenido a su texto, ni ha hecho una falsa aplicación de ésta, ni ha interpretado erróneamente las normas ya referidas; antes por el contrario en ella hay su correcta aplicación.- Por ello, en armonía con el criterio de la señora Ministra Fiscal General del Estado, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, "ADMINISTRABDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY", de conformidad con la disposición del Art. 358, parte pertinente, del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado César Enrique Tejena Mendoza, corrigiéndose empero el error de derecho en cuanto a la circunstancia agravante del numeral 8 del Art. 450 del Código Penal al no encontrarse probado, pero que en nada altera en lo fundamental al fallo.- Se dispone que se devuelva el proceso al Tribunal Penal de origen, para que se ejecute la sentencia.- Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

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

En esta fecha a las nueve horas, por boleta notifico con la copia de la nota en relación y providencia que antecede a la señora Ministra Fiscal General subrogante en el casillero judicial N° 1207, a César Tejena en el casillero judicial N° 1896. Quito, noviembre 28 del 2006.- Certifico.

f.) Secretario Relator.

RAZON: En esta fecha con Of. N° 1121-SSPCSJ-06 remito la presente causa penal al Primer Tribunal Penal de Manabí.- Portoviejo, en 339 fojas útiles, cuatro cuerpos las

actuaciones del nivel inferior incluida la ejecutoria suprema en tres fojas.- Quito, 12 de diciembre del 2006.

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

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original; Quito, 2 de julio del 2007.- Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 933-06

Juicio penal N° 198-05 seguido en contra de Hernán Alonso González Trespalacios por la muerte de Nelson Laureano Angulo Vallejo, en el grado de cómplice de la infracción prevista y sancionada por el Art. 450 numeral 1 del Código Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 30 de noviembre del 2006; a las 10h00.

VISTOS: Del fallo dictado por el Tribunal Penal de Napo, en el que al procesado Hernán Alonso González Trespalacios, por la muerte de Nelson Laureano Angulo Vallejo; y, al considerarle cómplice de la infracción prevista y sancionada por el Art. 450, numeral 1 del Código Penal, en concordancia con los Arts. 42, 30 numerales 1 y 4; y, 601 de ese mismo código, se le impone la pena de ocho años de reclusión mayor especial, interpone recurso de casación el sentenciado; concedido el mismo, ha correspondido su conocimiento a la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, una vez efectuada la distribución de las causas entre las tres salas especializadas de esta materia por resolución del pleno de este máximo Tribunal de Justicia y luego de su nueva integración; Sala que para resolver considera: PRIMERO: Que al fundamentar el recurso, el procesado manifiesta: Que el Tribunal de Napo ha violado: En la Constitución Política del Estado el Art. 23 en sus numerales 26, de la seguridad jurídica; y, 27, del derecho al debido proceso: pues se prescindió del abogado defensor y que pese a que el Juez penal ordena el examen grafológico de su firma, lo niega el Fiscal alegando que éste debe ser espectador imparcial y cumplidor; el Art. 24 en sus numerales 1, que nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no estaba legalmente tipificado; 4, que toda persona tiene derecho al ser detenido conocer las razones de su detención, pues fue privado de su libertad sin orden de autoridad competente; 5, que ninguna persona puede ser interrogada sin presencia de su defensor, ello por no haberla rendido ante la presencia del Fiscal o del Defensor, pues el abogado que le representó estampa una rúbrica sin determinar su nombre ni número de matrícula; 6, que nadie puede ser privado de su libertad sino por orden escrita de Juez competente; 14, que las pruebas obtenidas con violación a la Constitución no tendrán validez alguna; y, 17, que toda persona tiene derecho a acceder a los órganos judiciales y obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos.- En el Código de Procedimiento Penal los Arts. 83, de la legalidad de la prueba practicada; 84 de que se deben probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación; 85, que la prueba debe establecer la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado; 86, de que la prueba debe ser apreciada a través de la sana crítica; 87, que las presunciones deben basarse en indicios probados; 222, de que el imputado puede presentar los elementos de descargo; 267, que dentro del plazo fijado para que se reúna el Tribunal, las partes presentarán el listado de testigos; y, 291, de que el Presidente dispondrá que se llame a los testigos y tomará juramento; y 309, en su numeral 2, la enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible de los actos que del acusado el Tribunal estime probados.- Que en la sentencia se le condena como cómplice pero se hace referencia al Art. 42 que trata de los autores.- SEGUNDO: El señor Director General de Asesoría subrogante de la Ministra Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso, manifiesta en síntesis: Que al analizar el fallo el Tribunal considera que la existencia de la infracción está determina con el parte policial en el que consta la identificación y levantamiento del cadáver de Nelson Angulo Vallejo; con el reconocimiento exterior y autopsia del occiso, en el que el verídico médico legal, del testimonio del perito, luego de detallar las lesiones concluye, que se encuentran heridas de proyectiles de arma de fuego, perforación pulmonar y cardiaca, siendo la causa de su muerte shock hipovolémico.- En cuanto a la responsabilidad del acusado: Conforme a la versión rendida por éste en el proceso, se establece que el 11 de febrero de 2003, a las 21h00 y en el bar "La esquina del sabor", estaba en compañía de varios amigos, de los que indica desconocer sus nombres, y de José Luis Jadán Topón, alias el gato; que fueron éstos los que hicieron problema a quien está ahora muerto; habiendo él intervenido para separarlos; que el gato se retiró pero a los veinte minutos volvió y le pidió que suba a la moto con Jhonny Añazco y otro; que al pasar por la calle Añazco vieron a Nelson Angulo, por lo que detuvieron la moto y Añazco se bajó y corrió hacia él disparándole en la cabeza.- Que el recurso de casación –anota también el Ministerio Público- es de excepción y procede cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea por contravenir a su texto, por haberse hecho una falsa aplicación o por haberla interpretado erróneamente: que el recurrente pretende que se valore nuevamente las pruebas que ya fueron analizadas por el Tribunal Penal en aplicación de las reglas de la sana crítica las que fueron determinantes para la sentencia condenatoria; que el recurrente se ha conformado con hacer una enumeración de las disposiciones constitucionales que dicen han sido violadas; que no obstante de ello precisa, el señor Director General de Asesoría subrogante de la Ministra Fiscal General del Estado, que en la sentencia se han aplicado las normas sustantivas y procesales establecidas para este tipo de delito; que en cuanto a las supuestas violaciones del trámite establecido en la norma procesal, éstas debieron de ventilarse al momento de la audiencia preliminar al tenor del Art. 229 del Código Adjetivo Penal; que la no observarse violación alguna de la ley, estima que el recurso es improcedente.- TERCERO: En la casación penal hay que tener en cuenta que lo que procede es el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente.- Es por tanto ajeno a la casación penal, pretender que la Sala vuelva a analizar la carga probatoria, que fue motivo de análisis del Tribunal Penal.- CUARTO: Del estudio de la sentencia impugnada en relación con el recurso interpuesto, tenemos que la Sala encuentra: Que en ésta, el considerando tercero se determina, que la existencia material del delito

está comprobada: Con el parte policial en el que consta la identificación y levantamiento del cadáver de Nelson Angulo Vallejo; con su reconocimiento exterior y autopsia, del perito médico que determina la presencia de cuatro orificios de entrada de arma de fuego que han producido perforación pulmonar y cardiaca, produciéndose su muerte por shock hipovolémico.- Que en el considerando quinto se anota: que dentro de la instrucción fiscal consta la versión rendida por el procesado, en presencia del señor Agente Fiscal y de su abogado defensor, de haberse encontrado, el once de febrero de 2003 desde las 21h00 en el bar "La esquina del sabor", acompañado de su enamorada; que a este sitio llegó "el gato", al que ahora conoce responde a los nombres de José Jadán Topón, acompañado de otros amigos de los cuales desconoce sus nombres; que éstos buscaron problemas al que ahora esta muerto, llamado Nelson Laureano Angulo Vallejo; que pelearon éstos pero él los separó; que el gato con un muchacho se fueron en una moto negra, regresando a los 20 minutos y pidiendo que se suba a la otra moto con Jhonny y otro más; que en las dos motos y al pasar por la calle Añazco vieron a Nelson Angulo y sus amigos que bebían, por lo que detuvieron la moto bajándose Jhonny y corrió y encontrándose con Nelson Angulo lo disparó; que al salir corriendo un amigo de Angulo, Jhonny le persigue y le dispara en la cabeza.- En el considerando sexto y de las versiones de Idalo Marcelo Román Torres, José Mauricio Gancino Torres y Carlos Rodríguez Gómez Vega, en su conjunto se conoce que: en ese día, hora y lugar, los amigos de Perugachi llamados José Luis Jadán T., Jhonny Ruiz, Julio Enrique Bahamonde trataron de pelear con los deponentes, haciéndolo José Luis Jadán Topón con Nelson Angulo, ganándole este último; el colombiano Hernán Alonso González Trespalacios con Marcelo Román, invitándoles éste a pelar con un revólver y amenazándoles con matarlos; que su primo viendo que las cosas estaban serias se fue a guardar el carro para luego en la calle Añazco tomar en la vereda unas cuatro cervezas; que los que les habían atacado sorpresivamente llegaron al lugar, pasando la una moto a unos treinta metros y la otra deteniéndose al costado derecho y sacando las armas de fuego en forma rápida y violenta, Jhonny Ruiz y José Luis Jadán Topón les dispararon a matar; dándole a Mauricio Gancino en la cabeza y a Nelson Angulo cuatro disparos; anotando el testigo Idalo Marcelo Román Torres que Nelson Angulo al forcejear para evitar que les dispare a los otros José Luis Jadán Topón, recibe dos disparos, rematándolo luego éste mismo con dos disparos más.- En el considerando séptimo que de lo expuesto se determina que Hernán Alonso González Trespalacios participó juntamente con José Luis Jadán Topón alias "el gato", Jhonny Ruiz, Julio Enrique Bahamonde y Luis Enrique Campos, siendo los dos primeros nombrados los que realizaron los disparos que ocasionaron la muerte de Nelson Laureano Angulo Vallejo y la herida grave en el ojo derecho a Mauricio Gancino; siendo el acusado la tercera persona que viajó en la motocicleta con Jhonny Ruiz y Enrique Campos situación que le permitió colaborar en el cometimiento del ilícito toda vez que con sus dos amigos se ubicaron en un extremo del lugar de los hechos para evitar que las víctimas escapen, mientras que en el otro lado se detuvo la motocicleta en la que viajaban José Luis Topón y Julio Enrique Bahamonde, circunstancias en las que se produjo el hecho delictivo.- QUINTO: De las observaciones anotadas, se establece que el Tribunal Penal de Napo, en el fallo realizó una pormenorizada descripción de las pruebas aportadas en la audiencia de juzgamiento, analizándolas a través de la sana crítica y llegando a la convicción y certeza de que esta probada la existencia de la infracción; y así, como la responsabilidad del acusado como cómplice, toda vez que su conducta no se concretó en actos propios del delito ni en hechos absolutamente necesarios para su comisión sino en la ayuda simultánea de haber con su presencia, en esa moto y con otros sujetos, coadyuvado para impedir la huída de la víctima, acto sin el cual el delito habría podido existir y por lo que su conducta no se circunscriba en la del autor; delito éste tipificado y reprimido en el Art. 450, numeral 1 del Código Penal, en concordancia con los Arts. 43, 30 numerales 1 y 4; 601; y 47 de ese mismo cuerpo de leyes.- Sentencia que guarda perfecta armonía entre la parte expositiva de los hechos descritos y valorados con la disposición legal aplicada para el delito cometido, sin que por lo tanto proceda la manifestación del recurrente: de que no se haya establecido la existencia de la infracción ni la responsabilidad del procesado; de que las pruebas no hayan sido valoradas a través de la sana crítica; de que ellas hayan sido ilegalmente practicadas; y, por ende de que se hayan violado en el Código Adjetivo Penal sus Arts. 83, 84, 85, 86, 87, 222, 267, 291 y 309, numeral 2; constatándose eso si en la sentencia un lapsus al haber citado el Tribunal el Art. 42 en vez del Art. 43 referente a la complicidad.- Tampoco que se hayan infringido los Arts. Art. 23, en sus numerales 26, y 27; Art. 24, en sus numerales 1, 4, 5, 6, 14 y 17, de la Constitución Política del Estado; pues no consta que hayan sido en el fallo infringido: la seguridad jurídica; el derecho al debido proceso; de que se haya juzgado por un acto que no estaba legalmente tipificado; que las pruebas obtenidas hayan sido con violación a la Constitución; que no haya tenido acceso a los órganos judiciales; que haya declarado sin presencia de su abogado defensor; que no haya conocido la razón de su detención y que haya sido privado de su libertad sin orden escrita de Juez competente.- Por lo antes analizado esta Sala de lo Penal estima que en el fallo, del caso que nos ocupa, el Tribunal Penal de Napo, de ninguna manera ha violado la ley, ha contravenido a su texto, ni ha hecho una falsa aplicación de ésta, ni ha interpretado erróneamente las normas ya referidas, con excepción del lapsus de haber citado el Art. 42 en vez del Art. 43 del Código Penal, existiendo una correcta aplicación de ellas.- Por ello, en armonía con el criterio del Ministerio Público, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY", de conformidad con la disposición del Art. 358, parte pertinente, del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado Hernán Alonso González Trespalacios; corrigiéndose sin embargo el error de derecho en que incurre el Tribunal juzgador en la sentencia, al citar por un lapsus calami que lo referente al cómplice lo regula el Art. 42 cuando lo hace el Art. 43 del Código Penal.- Se dispone se devuelva el proceso al Tribunal Penal de origen, para que se ejecute la sentencia.- Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

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

Certifico que en esta fecha a las dieciséis horas notifiqué por boleta con la nota de relación y sentencia que anteceden: a la Sra. Ministra Fiscal General del Estado, subrogante, en el casillero judicial N° 1207; a Hernán Alonso González Trespalacios, en el casillero judicial N° 2597.

Quito, 30 de noviembre de 2006.

f.) Secretario Relator.
RAZON: En esta fecha con Of. N° 1111-SSPCSJ-06 remito la presente causa penal al Tribunal Penal de Napo.- Tena, en 443 fojas útiles, cuatro cuerpos las actuaciones del nivel inferior, incluida la ejecutoria suprema en cuatro fojas.

Quito, 7 de diciembre del 2006.

f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original; Quito, 2 de julio del 2007.

Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 935-06

Juicio penal N° 122-05 seguido en contra de Nancy Carmita Sisa Silva por la muerte de Manuel Gonzalo Flores Aguilar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 30 de noviembre del 2006; a las 10h00.

VISTOS: Del fallo dictado por el Segundo Tribunal Penal de Chimborazo, en el que a la procesada Nancy Carmita Sisa Silva, por la muerte Gonzalo Flores Aguilar, se la absuelve y se declara que la acusación particular deducida en su contra por Flavio Gonzalo Flores Guaño, no es maliciosa ni temeraria; interpone recurso de casación el acusado particular; concedido el mismo, ha correspondido su conocimiento a la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, una vez efectuada la distribución de las causas entre las tres salas especializadas de esta materia por Resolución del Pleno de este máximo Tribunal de Justicia y luego de su nueva integración; Sala que para resolver considera.- PRIMERO: Que al fundamentar el recurso, el acusador particular manifiesta: que la acusada es una de las personas coautoras del delito, al ser quien condujo al lugar en el cual se encontró el cadáver, justamente porque la noche anterior estuvo en compañía de su hijo y ella conoce a la persona que, en su presencia, lo asesinó; que el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal determina que la prueba debe establecer la existencia de la infracción y la responsabilidad del imputado, no habiendo permitido el Tribunal por meras formalidades, de no tener cédula, que declaren los menores adultos que se presentaron a la audiencia de juzgamiento.- SEGUNDO: El señor Director General de Asesoría subrogante de la Ministra Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso, manifiesta: Que el recurrente en el cortísimo escrito con el cual pretende fundamentar el recurso, ni siquiera explica como el Tribunal a quo cometió el grave error de no condenar, a pesar de que las pruebas mencionadas en la sentencia, demuestran realmente la existencia de la infracción y la responsabilidad de la acusada.- Que examinada la sentencia dictada por el Segundo Tribunal de Chimborazo, se encuentra: que en el considerando quinto declara que la existencia material del delito se encuentra comprobada con el contenido del informe médico legista, en el que se anota que la muerte de Manuel Gonzalo Flores Aguilar a consecuencia de un shock hipovolémico, por herida corto punzante en pulmón izquierdo.- Y en cuanto a la responsabilidad de la acusada, el Tribunal expresa que de las pruebas de cargo presentadas durante el juicio no aparece ningún dato idóneo que le vincule como partícipe en el homicidio, ya sea como autora, cómplice o encubridora, pues el testimonio de Flavio Gonzalo Flores, repite lo que expone en su acusación y en la cual le inculpa a ésta por los comentarios de Avelina Alvarado, la que ni siquiera ha rendido su versión en la instrucción fiscal; y, por el testimonio de Miguel Angel Urquizo Ramos, quien dijera que el cadáver fue encontrado teniendo como guía a la acusada; que en el considerando octavo se anota que no fueron receptados los testimonios de los menores Angel y Juan Ramos, conforme lo solicitó el acusador, por no tener documentos que los identifique y permita establecer sus edades, para la base de ellos y sus condiciones personales poder apreciar razonablemente la credibilidad de sus dichos.- TERCERO: En la casación penal hay que tener en cuenta que lo que procede es el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente.- Es por tanto ajeno a la casación penal, pretender que la Sala vuelva a analizar la carga probatoria, que fue motivo de análisis del Tribunal Penal.- CUARTO: Del estudio de la sentencia impugnada en relación con el recurso interpuesto, tenemos que la Sala encuentra: Que en ésta, en el considerando quinto declara que la existencia material del delito se encuentra comprobada, entre otras, con el testimonio del Dr. Francisco Fernández Báez, que realizara la diligencia de reconocimiento exterior y autopsia de Manuel Gonzalo Flores Aguilar, el que señala que la muerte fue a consecuencia de un shock hipovolémico, por herida corto punzante en pulmón izquierdo.- Y en el considerando sexto, en cuanto a la responsabilidad de la acusada, que de las pruebas de cargo presentadas durante el juicio, no existe ningún dato idóneo que lo vinculen como participe en el homicidio, ya sea como autora, cómplice o encubridora; pues: el testimonio de Flavio Gonzalo Flores, es repetición de lo que expone en su acusación y en el cual le inculpa a la encausada por comentarios de Avelina Alvarado, pero ésta ni siquiera ha rendido su versión en la instrucción fiscal; y, a su vez el testimonio de Miguel Angel Urquizo Ramos, hace referencia que el cadáver fue encontrado teniendo como guía a la acusada, quien les ha conducido al lugar donde había sido agredido Manuel Gonzalo Flores, por parte de Alex García, Jorge Flores y otros conocidos con los alias de “Alino” y “Chino”.- A su vez en el considerando octavo el Tribunal Penal aclara que no fueron receptados los testimonios de los menores Angel y Juan Ramos, conforme lo solicitó el acusador, por no

tener documentos que los identifique y permita establecer sus edades, para mediante de ellos y sus condiciones personales poder apreciar razonablemente la credibilidad de sus dichos. Y en el considerando décimo que de los elementos probatorios que quedan examinados, apreciados en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, establece que si bien se ha comprobado la existencia material de la infracción; en cambio en lo que se relaciona con la intervención de la acusada en su cometimiento, ya sea como autora cómplice o encubridora, no existe ningún elemento de prueba que la comprometa.- QUINTO: De las observaciones anotadas, se establece que el Segundo Tribunal Penal de Chimborazo, en el fallo realizó una pormenorizada descripción de las pruebas aportadas en la audiencia de juzgamiento, analizándolas a través de la sana crítica y llegando a la convicción y certeza de que si bien se ha comprobado la existencia material de la infracción; en cambio en lo que se relaciona con la intervención de la acusada en su cometimiento, ya sea como autora, cómplice o encubridora, no hay elemento de prueba que la comprometa.- Sentencia que guarda perfecta armonía entre la parte expositiva de los hechos descritos y valorados con la absolución dada, sin que por lo tanto proceda la manifestación del recurrente: de que la acusada sea coautora del delito; ni de que se haya violado el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, por no haberse recibido las declaraciones de los menores, este último no solo porque ello no hacen referencia a esa norma, y de que no fueron receptadas esas deposiciones por las razones anotadas por el Tribunal, sino dado a que el recurrente no ha indicado en forma clara y precisa como estos supuestos yerros han afectado a la sentencia.- Por lo antes analizado esta Sala de lo Penal estima que en el fallo, del caso que nos ocupa, el Segundo Tribunal Penal de Chimborazo, de ninguna manera ha violado la ley, ha contravenido a su texto, ni ha hecho una falsa aplicación de ésta, ni ha interpretado erróneamente las normas ya referidas.- Por ello, en armonía con el criterio del Ministerio Público, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY", de conformidad con la disposición del Art. 358, parte pertinente, del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el acusador particular Flavio Gonzalo Flores Guaño.- Se dispone se devuelva el proceso al Tribunal Penal de origen, para los fines de ley.- Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

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

Certifico que en esta fecha a las dieciséis horas notifiqué por boleta con la nota de relación y sentencia que anteceden: a la Sra. Ministra Fiscal General del Estado, Subrogante, en el casillero N° 1207; a Flavio Gonzalo Flores, en el casillero N° 1153; a Nancy Carmita Sisa Silva, en el casillero N° 2052.

Quito, 30 de noviembre del 2006.

f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original; Quito, 2 de julio del 2007.

Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 942-06

Juicio penal N° 278-05 seguido en contra de Luis Pascual Borbor Paz y Ernesto Rafael Alexander Paz por la muerte de Pedro Simón Bartolomé Pivaque.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 4 de diciembre del 2006; a las 10h00.

VISTOS: Del fallo dictado por el Sexto Tribunal Penal de Manabí, en el que a los procesados Luis Pascual Borbor Paz y Ernesto Rafael Alexander Paz, por la muerte de Pedro Simón Bartolomé Pivaque, y, al considerarles autores de la infracción prevista y sancionada por el Art. 450, con la circunstancia del numeral 1 del Código Penal, se les impone a cada uno de ellos a la pena de dieciocho años de reclusión mayor especial, no aplicándoles atenuantes por la alarma social que provocara y dado a que los infractores registran antecedentes penales y el segundo ha sido sentenciado por robo, interponen recurso de casación los sentenciados; concedido el mismo, ha correspondido su conocimiento a la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, una vez efectuada la distribución de las causas entre las tres salas especializadas de esta materia por Resolución del Pleno de este máximo Tribunal de Justicia y luego de su nueva integración; Sala que para resolver considera.- PRIMERO: Que al fundamentar el recurso, los procesados manifiestan: Que el Tribunal de Manabí apartándose del criterio del Ministerio Público que les acusa por el delito del Art. 449 del Código Penal, y sin que se haya probado nada les sentencia por el delito del Art. 450, con la circunstancia primera, de ese mismo cuerpos de leyes, sin considerar atenuantes; que no se ha cumplido con el numeral 27 del Art. 23 de la Constitución Política, referente al debido proceso y a una justicia sin dilaciones; que como testigos están los hermanos, cuñados y la señora Bella López Quijije, conviviente de Pedro Simón Bartolomé Pivaque, que denunció su muerte; que tienen a su favor la presunción de inocencia del Art. 4 del Código de Procedimiento Penal; que su derecho de defensa normada en el Art. 11, de ese mismo cuerpo de leyes, ha sido violada, pues el defensor de oficio aceptó en forma obediente el dictamen fiscal acusatorio en la audiencia preliminar.- SEGUNDO: La señora Ministra Fiscal General del Estado subrogante, al contestar la fundamentación del recurso, manifiesta: Que al analizar el fallo, se advierte que el Tribunal establece la existencia material de la infracción con: el levantamiento del cadáver de quien en vida se llamó Pedro Simón

Bartolomé Vivaque; datos de prensa del que se conoce que dos disparos de arma de fuego terminaron con su vida; y el reconocimiento del lugar, que según la conviviente Bella López fue en donde le dispararon al padre de sus hijos.- Y la responsabilidad con los testimonios del Cabo de Policía Luis René Altasig Ninacuri, José Antonio Bartolomé Pivaque, Claudia Celestina Valeriano Conforme, Manuel Vicente Cedeño Vinces y Segundo Clotario Romero Intriago, quienes declaran que cuando el hoy occiso se encontraba sentado en un tronco, cerca de la tienda "Kelvin", desarmado y bajo los efectos del alcohol, se acercaron los acusados: Pascual Borbor Paz, con una arma de fuego (cartuchera) le realizó el primer disparo en la sien, mientras Rafael Alexander Paz le instigó para que dispare nuevamente, haciéndolo el segundo en el pecho; que nadie pudo intervenir porque los amenazaron y se alejaron disparando al aire.- Que el Tribunal ha examinado entonces cuidadosamente los testimonios rendidos en la audiencia, de los que colige que los sentenciados actuaron con alevosía, que consiste en el empleo deliberado de medios que posibilita ejecutar el delito sin riesgo para el sujeto activo, que pudiera provenir de la defensa del agredido; usando arma de fuego, es decir un medio de causar graves estragos, configurándose las circunstancias 1 y 6 del Art. 450 del Código Penal, sin que se advierta que el Tribunal juzgador haya incurrido en la violación de la ley al emitir la sentencia condenatoria, toda vez que los hechos considerados en la sentencia se sustentan en las pruebas incorporadas al juicio conforme lo establece el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal por lo cual se debe rechazar el recurso interpuesto.- TERCERO: En la casación penal hay que tener en cuenta que lo que procede es el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente. Es por tanto ajeno a la casación penal, pretender que la Sala vuelva a analizar la carga probatoria, que fue motivo de análisis del Tribunal Penal.- CUARTO: Del estudio de la sentencia impugnada en relación con el recurso interpuesto, la Sala encuentra: Que en ésta, en el considerando tercero se determina, que la existencia material del delito está comprobada: con el levantamiento del cadáver de quien en vida se llamó Pedro Simón Bartolomé Pivaque; los datos de prensa, del que se conoce que fueron dos disparos de arma de fuego los que terminaron con su vida; y, el reconocimiento del lugar, en el cual según su conviviente Bella López, fue en donde le dispararon al padre de sus hijos.- Y, en el considerando cuarto, que la responsabilidad se ha establecido con los testimonios del Cabo de Policía Luis René Altasig Ninacuri, Bella Alejandra López Quijije, José Antonio Bartolomé Pivaque, Claudia Celestina Valeriano Conforme, Manuel Vicente Cedeño Vinces y Segundo Clotario Romero Intriago, quienes manifiestan: que el cinco de marzo del dos mil dos, a eso de las 18h30 y cerca de la tienda "Kelvin", cuando el hoy occiso se encontraba sentado en un tronco, desarmado y bajo los efectos del alcohol, se acercaron los acusados: Pascual Borbor Paz, con una arma de fuego (cartuchera), quien le realizó el primer disparo en la sien; mientras Rafael Alexander Paz le instigó para que dispare nuevamente, haciéndolo así Borbor Paz, en el pecho; que nadie pudo intervenir porque los amenazaron y se alejaron disparando al aire.- Concluye el Tribunal juzgador, en el considerando noveno: que está establecido en legal y debida forma la existencia material de la infracción y asimismo la certeza de la responsabilidad de los acusados, quienes en un momento en que todavía existía luz natural se acercaron al occiso Pedro Simón Bartomolé Pivaque, que cerca de la cancha de voleibol estaba sentado en un árbol, bajo los efectos de bebida alcohólica y desarmado; disparándolo a éste en la sien Luis Borbor Paz, quien instigado por Ernesto Rafael Alexander Paz, le realiza nuevamente un segundo disparo en el pecho.- QUINTO: De las observaciones anotadas, se establece que el Tribunal Penal de Manabí, en el fallo realizó una pormenorizada descripción de las pruebas aportadas en la audiencia de juzgamiento, analizándolas a través de la sana crítica y llegando a la convicción y certeza de que esta probada la existencia de la infracción; y, así como la responsabilidad de los autores de éste delito tipificado y reprimido en el Art. 450, numeral 1 del Código Penal, pues obraron sobre seguro sorprendiendo indefensa a la víctima por el estado de embriaguez y sin riesgo alguno para los ejecutores.- Sentencia que guarda perfecta armonía entre la parte expositiva de los hechos descritos y valorados con la disposición legal aplicada para el delito cometido, sin que por lo tanto proceda la manifestación del recurrente: de que no se haya establecido la existencia de la infracción, pues lo está con las pruebas señaladas por el Tribunal juzgador y que son demostrativas del resultado de la infracción; y, la responsabilidad de los acusados, con las pruebas que han sido analizadas por aquel a través de la sana crítica.- Cabe anotar que tampoco procede: de que en la sentencia se haya violado los Arts. 4 y 11 del Código de Procedimiento Penal, puesto que los recurrentes no han señalado en que sentido se ha dado ello, es decir si por haber contravenido expresamente a su texto, por haberse hecho una falsa aplicación de ellas o por haberla interpretada erróneamente, lo cual lo vuelve al recurso antitécnico en su formulación e improcedente.- Asimismo no procede: de que se haya violado las garantías constitucionales del debido proceso y el derecho a una justicia sin dilaciones, pues no consta esto de autos, como tampoco procede que sin fundamento no se les haya considerado atenuantes: pues del juicio no solo no se han probado atenuantes para su modificación, sino que consta su mala conducta; e incluso que Ernesto Rafael Alexandre Paz, ha sido sentenciado a dos años de prisión por robo, sin que proceda además para él la modificación de la pena por lo dispuesto en el ordinal 8 del Art. 80 del Código Penal.- Por lo antes analizado esta Sala de lo Penal estima que en el fallo, del caso que nos ocupa, el Sexto Tribunal Penal de Manabí de ninguna manera ha violado la ley, ha contravenido a su texto, ni ha hecho una falsa aplicación de ésta, ni ha interpretado erróneamente las normas ya referidas, existiendo una correcta aplicación de ellas.- Por ello, en armonía con el criterio del Ministerio Público, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY", de conformidad con la disposición del Art. 358, parte pertinente, del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por los procesados Luis Pascual Borbor Paz y Ernesto Rafael Alexander Paz.- Se dispone se devuelva el proceso al Tribunal Penal de origen, para que se ejecute la sentencia.- Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

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

Certifico que en esta fecha a las dieciséis horas notifiqué por boleta con la nota de relación y sentencia que anteceden: a la Sra. Ministra Fiscal General del Estado, Subrogante, en el casillero N° 1207; a Luis Borbón Paz y Ernesto Alexander Paz, en el casillero N° 28.

Quito, 4 de diciembre del 2006.

f.) Secretario Relator.
RAZON: En esta fecha con Of. N° 1119-SSPCSJ-06 remito la presente causa penal al SEXTO TRIBUNAL PENAL DE MANABI.- MANTA, en 335 fojas útiles, dos cassettes de audio en folio N° 282, incluida la ejecutoria suprema en tres fojas.

Quito, 11 de diciembre de 2006.

f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original; Quito, 2 de julio del 2007.

Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 944-06

Juicio penal N° 267-06 seguido en contra de Esthela de Lourdes Izurieta y Heymer Neptalí Sánchez a fin de que se deje sin efecto el embargo ordenado en perjuicio del Dr. Gustavo Humberto Sánchez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 5 de diciembre del 2006; a las 09h00.

VISTOS: El Sr. Doctor Gustavo Humberto Sánchez comparece a fs. 1 de los autos y deduce tercería excluyente de dominio en contra de Esthela de Lourdes Izurieta y Heymer Neptalí Sánchez, a fin de que se deje sin efecto el embargo del inmueble N° 2 ubicado en la urbanización Capelo, sector el Maíz de la parroquia San Pedro de Taboada. Luego del trámite respectivo el Presidente del Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha desecha la demanda y de ésta resolución interpone recurso de apelación que en razón del resorteo le corresponde conocer este recurso a la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, la cual desecha el recurso de apelación y confirma la resolución venida en grado. El sentenciado Sánchez Gustavo Humberto interpone recurso de casación de la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2005 a las 16h00 por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito y, siendo esta Sala Especializada de lo Penal competente para resolver este recurso por la distribución de causas realizada por Resolución del Pleno de la Corte Suprema y para hacerlo se considera: PRIMERO: Esthela de Lourdes Izurieta Escudero en calidad de mandataria de Fabiola Izurieta Escudero comparece a fojas 452 de los autos y solicita el embargo del bien inmueble materia de la tercería, en los siguientes términos: "El señor Heymer Neptalí Sánchez demandado en el juicio verbal sumario N° 01-2002 propuesto por mi, no ha pagado ni dimitido bienes equivalentes al monto de la obligación debida, en cumplimiento de la providencia de 7 de enero del 2002; en consecuencia, señalo para el embargo la CASA N° 2 y el terreno ubicados en el conjunto Habitacional "RESIDENCIAS SANCHEZ VELASCO" construido en el lote de terreno N° 61-B de la urbanización de Capelo, sector El Maíz, parroquia San Pedro de Taboada, del cantón Rumiñahui, se encuentra dentro de los siguientes linderos: Por el Norte, en una longitud de 3,20 metros, calle Zitacuaro, anteriormente, hoy Mariela de Veintimilla, en parte y en otra parte, en una longitud de 2,35 metros casa N° 1 de la urbanización y, en otra parte en una longitud de 7.15 metros, la misma casa N° 1; Sur en una longitud de 12,50 metros, el lote N° 65 de la urbanización indicada; Oriente, en una longitud de 19,40 metros, el lote N° 61-A de la propiedad de la señora Cecilia Sánchez en parte, y en otra parte, en una longitud de 0,60 metros. Casa N° 1 y en otra parte en una longitud de 19,60 metros, casa y terreno N° 1 y, Occidente, en una longitud de 37,30 metros, lote N° 62 de la urbanización, como consta del certificado del Registrador de la Propiedad del cantón Rumiñahui". En esta petición de embargo no se acompaña la copia certificada del auto en que se hizo efectiva la caución hipotecaria, que tiene por objeto el inmueble cuyo embargo solicita, conforme lo establece el Art. 177 y 178 del Código de Procedimiento Penal; y el Presidente del Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha tenía la obligación jurídico procesal de ordenar a la peticionaria del embargo que acompañe la copia certificada de la referida pieza procesal, y sobretodo de cerciorarse que el bien señalado para el embargo sea de propiedad del ejecutado como textualmente lo exige el Art. 445 del Código de Procedimiento Civil, antes de ordenar el embargo y negar este de plano en todo caso que no se le presente la copia certificada de dicha pieza procesal. Se observa además que en el curso de la estación probatoria del trámite de esta Tercería, la actora Esthela de Lourdes Izurieta, no presentó copia certificada del auto en que se hizo efectiva la caución hipotecaria ni tampoco pidió que se siente razón al actuario del despacho sobre su existencia. SEGUNDO: Consta de autos que Esthela de Lourdes Izurieta Escudero presento la solicitud de embargo en calidad de mandataria de Fabiola Antonieta Izurieta Escudero y consta también en autos que interviene en esta calidad en el juicio verbal sumario incidental de liquidación de daños y perjuicios declarados en la sentencia penal condenatoria, que acepta la acusación particular deducida en contra del acusado Heymer Neptalí Sánchez, y que se tramita ante el Presidente del Tribunal Penal Juzgador por lo dispuesto en el numeral 1 del Art. 31 del Código de Procedimiento Penal y, por lo cual cuando el doctor Gustavo Humberto Sánchez deduce la tercería excluyente de dominio en contra de Esthela de Lourdes Izurieta (ejecutante) y contra Heymer Neptalí Sánchez (ejecutado) en el juicio verbal sumario de liquidación de daños y perjuicios, lo hace como titular del derecho real del dominio que tiene sobre el bien embargado para que se cancele el embargo, por haber sido ordenado ilegalmente,

esto es solicitando que el titular del órgano jurisdiccional penal que ordenó el embargo, le otorgue la tutela jurídica efectiva imparcial y expedita de su derecho real de dominio sobre el bien embargado ilegalmente, es decir en el ejercicio de un derecho que como garantía del debido proceso le confiere el numeral 17 del Art. 24 de la Constitución Política y consecuentemente el Juez tenía la obligación jurídica constitucional y procesal de otorgar la tutela jurídica solicitada sin exigir condición alguna, o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley para el ejercicio de este derecho, de conformidad con el Art. 18 de la Constitución Política de la República. Además consta en el escrito de petición de embargo que lo hace en calidad de mandataria porque interviene en esta calidad en el juicio y se entiende, que en esta calidad seguirá interviniendo hasta que concluya el trámite previsto en la ley para sustanciar la tercería excluyente de dominio, porque siendo este un derecho real se lo tiene contra una cosa determinada y no con respecto a determinada persona conforme lo establece el Art. 595 del Código Civil. Es de considerar también que, el no haber hecho constar en la demanda de la tercería excluyente de dominio, que la ejecutante interviene en el juicio de liquidación de daños y perjuicios en calidad de mandataria no se conculca derecho humano alguno, ni garantía del debido proceso, lo cual constituye el presupuesto fundamental para que se vulnere el debido proceso por parte del tercerista y consecuentemente, no se puede sacrificar la justicia por la sola omisión de solemnidades conforme lo establece como garantías del debido proceso el Art. 192 de la constitución Política, además de conformidad con el Art. 502 del Código de Procedimiento Civil, el único requisito que se exige para deducir la tercería excluyente es ser el dueño de la cosa embargada.- TERCERO: Al rendir la caución hipotecaria el garante adquirió la obligación de presentar al imputado cuando el Juez lo ordene o pagar el valor total de la caución, de conformidad con el inciso primero del Art. 177 del Código de Procedimiento Penal. La obligación de presentar al imputado se la cumple dentro del plazo fijado por el Juez de la causa, puesto que en caso contrario, el Juez está obligado a ejecutar de oficio la caución, en aplicación del Art. 185 del mismo Código Procesal ejecución que se hace efectiva mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad, cuando la caución es hipotecaria, lo cual no sucede en el presente caso, obviamente porque el garante cumplió con su obligación de presentar al imputado y consecuentemente, habiendo cumplido con su obligación, esta se extingue, razón por la cual la cancelación de la caución hipotecaria cuando el garante lo pida, de conformidad con el numeral 1 del Art. 189 ibídem; pero puede suceder que el garante no haya solicitado a cancelación de la caución, o habiéndole solicitado el Juez de la causa no la haya cancelado, lo cual no significa que, persiste la obligación, porque esta se extinguió en el momento que el garante presento al imputado. Por lo tanto, al no constar en el certificado del Registro de la Propiedad, que se ejecutó la caución hipotecaria, conforme lo exige el literal d) del artículo 25 de la Ley de Registro de Inscripciones, es inadmisible el embargo del bien hipotecado en aplicación del Art. 445 del Código de Procedimiento Civil. Por estas consideraciones ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se acepta el recurso de casación interpuesto por Gustavo Humberto Sánchez y corrigiendo los errores de derecho cometido en la sentencia impugnada dictada por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, y que es confirmatoria de la dictada por el Presidente del Tercer Tribunal Penal de Pichincha; y se acepta la tercería excluyente deducida por Gustavo Humberto Sánchez. Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado (Voto salvado).

Certifico.

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

VOTO SALVADO DEL DOCTOR OSWALDO CASTRO MUÑOZ.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 5 de diciembre del 2006; a las 09h00.

VISTOS: El señor Gustavo Humberto Sánchez interpone recurso de casación, de la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, dictada con fecha ocho de noviembre del dos mil cinco, que confirma la sentencia del señor Presidente del Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha, por falta de legitimación en la causa que impide al Juez emitir pronunciamiento de fondo, respecto de la demanda. En mérito del sorteo de ley, ha correspondido conocer del proceso a esta Sala, por lo que, de conformidad a lo previsto en el Art. 8, inciso tercero, de la Ley de Casación, debe pronunciarse sobre su admisibilidad o rechazo del recurso en concordancia con el Art. 7 de la ley invocada, para hacerlo, se considera: PRIMERO: En conformidad a lo previsto en el Art. 2 de la Ley de Casación, el recurso de casación, procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo. En virtud de lo previsto en la disposición invocada, únicamente procede el recurso extraordinario de casación sobre las providencias que pongan fin al proceso produciendo efecto de cosa juzgada formal o sustancial, es decir final o definitiva, de manera que no pueda renovarse la contienda entre las mismas partes (identidad subjetiva) en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho (identidad objetiva) y que tal providencia se haya dictado dentro de un proceso de conocimiento. SEGUNDO: Las únicas sentencias y autos susceptibles de casación, son aquellas que resuelven puntos de derecho y respecto de los cuales no existe la posibilidad de volverlos a discutir. Por lo tanto en el sistema procesal ecuatoriano, el recurso de casación está limitado única y exclusivamente a las sentencias y autos que pongan fin a los procesos sustanciados por las vías ordinaria y verbal sumaria, siempre y cuando, el efecto invariable y primario de los pronunciamientos que recaen en esta clase de procesos, se halle representado por una declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor. En esta forma se han pronunciado las salas de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en varios fallos, que por

estar acordes con la realidad procesal, los acogemos. TERCERO: En la especie, si bien se trata de un juicio ordinario de conocimiento, la sentencia dictada por el inferior, no es un fallo definitivo que pone fin a la contienda y por lo mismo no produce efecto de cosa juzgada sustancial y definitiva. En consecuencia, el recurso de casación, ha sido ilegalmente interpuesto e indebidamente concedido, ya que no cumple con los presupuestos exigidos en el Art. 2 de la ley de la materia, por lo que se lo inadmite, disponiendo que el proceso vuelva al inferior para que se cumpla con lo resuelto.- Hágase saber.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado. (Voto Salvado). Certifico.

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

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 2 de julio del 2007.- Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 948-06

Juicio penal N° 666-05 seguido en contra de Efrén Francisco Pidru Mamatu por delito de lesiones en perjuicio de Daniel Gustavo Ayuy Shiqui, Francisco Cajeca Ipiaku y Robinson Roberto Chiliquinga Moya.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, diciembre 11 del 2006; a las 11h45.

VISTOS: El Tribunal Penal de Morona Santiago, con fecha 8 de junio del 2005, dicta sentencia condenatoria contra Efrén Francisco Pidru Mamatu, a quién declara autor responsable de las lesiones inferidas a Daniel Gustavo Ayuy Shiqui, Francisco Cajeca Ipiaku y Robinson Roberto Chiliquinga Moya, delitos tipificados en los incisos primero de los Arts. 466 y 464 del Código Penal, por lo que en aplicación del ordinal 6 del Art. 81 del Código Penal, le impone la pena atenuada de dos años de prisión. Del fallo interponen recurso de casación: Francisco Cajeca Ipiaku, el acusado Efrén Francisco Pidru Mamatu y el señor Agente Fiscal del Distrito de Morona Santiago; el que al ser concedido, corresponde conocer a esta Sala, por sorteo; y, al disponer que los recurrentes fundamenten su recurso, así lo hacen, menos Francisco Cajeca Ipiaku, por lo que, conforme lo dispone el Art. 352, del Código de Procedimiento Penal se declara desierto el recurso por él interpuesto y se continúa con la sustanciación, con respeto a los otros recurrentes; y, al haberse agotado el trámite corresponde resolver; y, previo a ello, se considera: PRIMERO: Efrén Francisco Pidru Mamatu, al fundamentar su recurso, en lo fundamental expresa que el incidente que motiva el proceso se suscita ante el hecho de que un grupo de personas se reúnen para desalojar a los invasores de la Sede Social de la Organización Shuar del Ecuador "OSHE", cuya dirección aún no se había decidido y que ante esta reyerta se producen dos heridos y golpeados, por lo que la aplicación de los Arts. 466 e inciso primero del Art. 464 en concordancia con el numeral 6 del Art. 81, todos del Código Penal, no son aplicables, sino el Art. 470 ibídem; que por haber dos atenuantes esenciales y ninguna agravante no constitutiva de otro delito, la norma aplicable es el Art. 73 del mismo cuerpo legal en concordancia con el Art. 29 ibídem: que no se trata de concurrencia de delitos, porque se trata solamente del delito de lesiones y no es aplicable el Art. 81 del Código Penal; que quién convocó a sus huestes a invadir la sede a las dos de la mañana, es el ofendido, el que se obligó al pago de los destrozos ocasionados. SEGUNDO: Por su parte, la señora Ministra Fiscal General del Estado subrogante, Dra. Cecilia Armas Erazo de Tobar, manifiesta que el Dr. Rubén Darío Solís Basantez, Agente Fiscal del Distrito de Morona Santiago, impugna la sentencia del Tribunal Penal Primero de Morona Santiago, porque interpretó erróneamente el Art. 29 ordinales 6 y 7 del Código Penal en relación con el Art. 73 ibídem, al aplicar la reducción de la pena existiendo agravantes establecidas en el Art. 30 del mismo cuerpo legal que impiden la reducción de la pena del delito perseguido y acusado que es de tentativa de asesinato, establecido en el Art. 450 del Código Penal en relación con los Arts. 16 y 46 ibídem; que con tales antecedentes ha procedido a revisar la sentencia y encuentra que el Tribunal Penal declara comprobada la existencia del delito y la responsabilidad del acusado en el considerando segundo del fallo, destacando las más importantes; para luego expresar: el Tribunal sentencia a Efrén Francisco Pidru Mamatu, como autor de los delitos tipificados en los incisos primero de los Arts. 466 y 464 del Código Penal, imponiéndole la pena más riguroso conforme al numeral 6 del Art. 81 ibídem, pero modificándole en virtud de las atenuantes 6 y 7 del Art. 29 de la norma sustantiva penal. Al respecto es necesario precisar que en el fallo se evidencia que el acusado actuó con alevosía y enseñamiento, elementos constitutivos del delito sancionado; pero a más de ellos existen otras circunstancias que no son constitutivas o modificatorias de la infracción, sino agravantes, conforme lo refiere el Art. 30 del Código Penal, ya que se aprovechó del tumulto para atacar en la noche, rodeado de gente armada y en pandilla, por tanto, no procedía aplicar las atenuantes, en los términos establecidos en el Art. 73 del Código Penal, tanto más que no están justificadas las mismas, ya que los certificados conferidos por los juzgados y tribunales penales, solo dan cuenta de que no ha sido enjuiciado o sentenciado; y la conducta posterior tampoco está probada; que, en consecuencia, fundamenta el recurso interpuesto por el Representante del Ministerio Público del Distrito de Morona Santiago, por cuanto se advierte que el Tribunal Penal de Macas, violó los Arts. 467 del Código Penal al no aplicar la norma sustantiva que correspondía al hecho cometido; y, Arts. 29 y 73 del Código Penal, al modificar la pena, cuando no se justificó legalmente las atenuantes, por lo que considera que la Sala debe casar la sentencia. TERCERO: De las referencias documentales y testimonios prestados en la audiencia de juzgamiento, a las que se refiere y analiza la sentencia en los considerandos segundo y cuarto, se puede resumir en síntesis que en el Congreso de la Organización Shuar del Ecuador "OSHE" llevado a cabo los días 18 y 19 de diciembre de 2003, se nombró como Presidente de la Directiva a Francisco Cajeca Ipiaku, elección que no

reconoció la Directiva anterior negándose a entregar la sede de la organización, lo que motivó que la situación fuera puesta en conocimiento del Ministerio de Bienestar Social de Morona Santiago; y, antes de que éste resuelva, los simpatizantes de Francisco Cajeca Ipiaku resuelven tomarse la sede la de organización, acto que lo ejecutan el día 15 de enero de 2004, aproximadamente a las 01h30, en un grupo de más o menos 30 personas, procediendo a desalojar a quienes se encontraban dentro, tomándose las instalaciones de la radio y reemplazando al locutor Fernando Chumap, para por medio de la radio lanzar proclamas y difundir a la ciudadanía los problemas por los que atravesaba la Organización Shuar del Ecuador "OSHE". Esta situación provoca la inmediata reacción de los que apoyaban a la anterior directiva y en un grupo de más de cincuenta personas acuden a la sede de la organización, armados de palos y machetes y proceden a desalojar a los partidiarios de Cajeca Ipiaku. Lo relatado se produce en medio de un caos total, en plena oscuridad porque se habían apagado las luces del interior de la sede social y las personas que estaban en el interior buscaban huir por cualquier lugar y en esas circunstancias resultan lesionados Daniel Gustavo Ayuy Shiqui, Francisco Cajeca Ipiaku y Robinson Roberto Chiliquinga Moya. CUARTO: El Tribunal Penal de Morona Santiago en el considerando cuarto de su sentencia comienza por recordar el mandato contenido en el Art. 315 del Código de Procedimiento Penal que establece los límites objetivos de la sentencia, disposición que la relaciona con el Art. 238 del mismo cuerpo legal, que prevé "la revocabilidad" de las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio, si es que, conforme a la primera norma aludida, los elementos de convicción que funda este auto no guardan armonía con las verdaderas circunstancias que rodearon a la infracción"; luego realiza un amplio y pormenorizado análisis de la prueba aportada en la audiencia, así como de las circunstancias en las que se produjeron los hechos que motivan el proceso, estableciendo que "todos los del bando desalojador tuvieron un fin genérico, esto es, sacar a la fuerza a los intrusos, pero sin tener una intención específica de matar o lesionar, y si de hecho en el ejercicio del acto aparecieron lesionados, si consta quienes causaron la lesión, entonces responderán por ello; y de no constar quien o quienes la causaron, responderán todos los que hayan ejercido violencia sobre los ofendidos, excluyéndose toda posibilidad de que se de una tentativa de homicidio o asesinato, ya que ninguno de los desalojados practicaron actos idóneos para la comisión de un delito que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, sino que ejecutan una conducta de autoría en un hecho que se consuma en el momento en que, surgido el desalojo, se causa el resultado dañoso". Con tales precedentes, procede a realizar el análisis y valoración de la prueba aportada en la audiencia, con estricto apego a las reglas de la sana crítica y declara con convicción y certeza que se ha comprobado la existencia de la infracción y culpabilidad del acusado, fundamentando la primera conclusión en base al testimonio prestado en la audiencia por el Dr. Wagner Conrado Solís Basantes, quién luego de ratificarse en su informe, expresa que Daniel Gustavo Ayuy Shiqui presenta mutilación completa en su mano derecha del quinto y cuarto dedo a nivel de articulación metacarpo falángica y fractura del tercer dedo en epífisis proximal, lesiones producidas por objeto contuso cortante, que le provocan una enfermedad de siete semanas e incapacidad parcial permanente de mano derecha; que Francisco Cajeca Ipiaku presenta politraumatismos, esto es, equimosis y hematoma moderado periorbitario inferior izquierdo de 3 centímetros de diámetro; excoriaciones en el pómulo derecho, en región ciliar, en el brazo izquierdo, en la región tracto-abdominal izquierda, en región parietal izquierda, parieto occipital derecha, región occipital derecha; equimosis en la espalda y en el hombro izquierdo. Lesiones causadas con objeto contuso cuyo tiempo de enfermedad e incapacidad para el trabajo es de 10 días; y, que Robinson Roberto Chiliquinga Moya presenta politraumatismos, dos heridas contuso-cortantes leves en brazo izquierdo; equimosis en la región torácica posterior, excoriaciones en hombro derecho, en ceja derecha. Lesiones causadas por objeto contuso-cortante, siendo el tiempo de enfermedad y de incapacidad para el trabajo de 8 días, debiendo agregarse la certificación médica del Hospital Civil Macas, conferida por la doctora Tania Herrera Parra, acreditando que Francisco Cajeca presentó politraumatismos, por lo que recomendó 8 días de reposo y valoración ecográfica para diagnóstico y reposo definitivo; e Historia Clínica del paciente Daniel Gustavo Ayuy Shiqui suministrada por el Hospital Civil Macas; y, en el informe de reconocimiento del lugar practicado por el perito Policía Daniel Vega; y, con respecto a la culpabilidad del acusado expresa: "Si bien el acusado Efrén Francisco Pidru Mamatu, dijo no haber estado al momento en que ocurrido el desalojo, hay los testimonios de Eddy Román Ayui Puenchera y Peas Bolívar Najantai Wisun, que vieron el momento cuando el indicado acusado propinó el machetazo a Daniel Gustavo Ayuy Shiqui, provocándole el corte de la mano derecha que determinó la ineludible amputación de dos dedos y por tal acto debe responder"; que por tales antecedentes tiene la certeza de que se ha comprobado la existencia material de los delitos de lesiones tipificados en los incisos primero de los Arts. 466 y 464 del Código Penal, por lo que conforme al ordinal 6 del Art. 81 del Código Penal impone la pena más rigurosa que la modifica por considerar probadas las circunstancias atenuantes 6 y 7 del Art. 29 del Código Penal; al adecuar los hechos al tipo penal correspondiente el Tribunal comete error de derecho, puesto que vulnera el Art. 467 del Código Penal que es el que prevé la sanción que amerita en el caso de lesiones que provocan mutilación grave y no corresponden los hechos a la situación prevista en el inciso primero del Art. 466, porque dicha norma sanciona el ilícito que por golpes o heridas causen la pérdida de un órgano no principal y, en el caso, el ofendido no ha perdido órgano alguno pero si sufrió la mutilación grave de los dos dedos de su mano derecha. Además, el juzgador, violenta el Art. 73 del Código Penal al modificar la pena por atenuantes, cuando no consta probada la circunstancia prevista en el numeral 6 del Art. 29 del Código Penal, y no es aplicable la regla sexta del Art. 81, sino la regla primera del referido artículo por tratarse de concurrencia de delitos reprimidos con prisión correccional. Por las consideraciones que anteceden, coincidiendo con el criterio de la señora Ministra Fiscal General del Estado, la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara procedente el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público y casa la sentencia enmendando el error de derecho en el sentido de que los delitos de lesiones que motivan este proceso se encuentran previstos y sancionados en los incisos primero de los Arts. 467 y 464 del Código Penal y de conformidad a lo previsto con el numeral 1 del Art. 81 del Código Penal, se le impone la pena acumulada de dos años dos meses de prisión correccional y multa de sesenta y dos dólares de los Estados Unidos de Norte América, sin

reconocerle atenuantes por no estar justificadas en el número mínimo que la ley exige para tal efecto; pero por impedirlo el Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República, no se puede empeorar la situación jurídica del encausado, consiguientemente queda vigente la pena impuesta por el Tribunal Penal de Morona Santiago. Notifíquese y Devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.
En esta fecha, a las quince horas por boleta notifico con la copia de la nota en relación y providencia que antecede, a la señora Ministra Fiscal General Subrogante en el casillero judicial N° 1207, a Efrén Francisco Pidru Mamatu y María Pascualina Pidru Mamatu en el casillero judicial N° 559, a Francisco Cajeca Ipiaku en el casillero judicial N° 1264.- Quito, diciembre 11 del 2006.- Certifico.

f.) Secretario Relator.

RAZON: En esta fecha con Of. N° 1146-SSPCSJ-06 remito la presente causa al Tribunal Penal de Morona Santiago.- Macas, en 437 fojas útiles, cinco cuerpos las actuaciones del nivel superior, incluida la ejecutoria suprema en cuatro fojas.- Quito, 21 de diciembre del 2006.

+ ocho cassettes de audio en el folio N° 395 y 396.

f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Es fiel copia de su original.- Quito, 02 de julio del 2007.- Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 953-06

Juicio penal N° 434-05 seguido en contra de Segundo Amadeo Alvacora Alvacora por la muerte de María Francisca Coro Coro, delito tipificado en el Art. 449 del Código Penal y lesiones a Marcos Urquizo Chucuri prescrito en el Art. 466 del mismo cuerpo legal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, 13 de diciembre del 2006; a las 10h00.

VISTOS: Del fallo dictado por el Tribunal Penal de Morona Santiago, en el que al procesado Segundo Amadeo Alvacora Alvacora: por la muerte de María Francisca Coro Coro, delito tipificado en el Art. 449 del Código Penal, y el de lesiones a Marcos Urquizo Chucuri; delito previsto en el Art. 466, de ese mismo cuerpo de leyes, cometido éste en las circunstancias 1 y 7 del Art. 450 ibídem, se le impone la pena de diez años de reclusión mayor extraordinaria por el delito concurrente de mayor rigurosidad, conforme al Art. 81 ordinal sexto ibídem, esto es de homicidio, con las agravantes 1 y 4 del Art. 30 del mentado Código Penal, sin opción a modificatoria reductora de la pena del Art. 72 del Código Penal, por esa circunstancia agravante no constitutiva no modificatoria de la infracción; interpone recurso de casación el doctor Rubén Solís Basántez, Agente Fiscal del Distrito de Morona Santiago, y concedido el mismo, ha correspondido por el sorteo de ley su conocimiento a la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que para resolver considera.- PRIMERO: Que al fundamentar el recurso la señora Ministra Fiscal General del Estado, manifiesta: Que en la sentencia impugnada el Tribunal hace un análisis de las pruebas practicadas en el juicio: de los peritos médicos legistas que practicaron la autopsia; de la perito que practicó el reconocimiento del lugar de los hechos y que observara: manchas de sangre en una tabla que sirve de banca y una piedra de un peso aproximado de una libra y media, con pelos; y, en el corredor, a nivel del alero en la base de la casa, coágulos de sangre; y, de los testimonios de Marco Urquizo Chucuri y de la menor Mercedes Ramona Gaguín Urquizo, conforme a los cuales se conoce: que el catorce de agosto de dos mil tres, a eso de las 21h30 a 22h00, cuando iba al baño Marco Urquizo Chucuri, se percató que estaban en su casa tres individuos, siendo uno de ellos su yerno Segundo Amadeo Alvacora Alvacora, quien le reclamó por el dinero producto de la venta de un terreno, de que no debía regalar a su hijo Xavier sino también a su hija Rosario; contestando Marco Urquizo que lo hizo para mantenerse él y su esposa porque son mayores; que en esos momentos su yerno le agredió golpeándolo en la cabeza con una tabla por lo que cayó al piso sin poder defenderse, viendo como otro de los sujetos que acompañaba a su yerno agredía a su esposa; que luego perdió el conocimiento y despertó en el hospital.- A su vez la menor Mercedes Ramona Gaguín Urquizo manifiesta que escuchó esa noche ruidos pero que no salió por cuanto le dio miedo pero cuando fue al baño vio a sus abuelos tendidos en el patio, por lo que quiso ayudar a su abuela y levantándole la cabeza le preguntó que sucedió, contestando que fue Segundo Alvacora; que después ya no pudo hablar por lo que corrió en busca de su tío.- Que, anota el Ministerio Público, el hecho acusado corresponde al delito de asesinato puesto que el procesado conociendo que sus suegros tenían dinero planificó ir con otros en pandilla, y con alevosía y ensañamiento, hacia dos ancianos que vivían solos y no podían defenderse, aprovechando la noche y soledad del lugar, les atacaron para matarlo; que de otro modo no se explica el uso de un palo y una piedra; que por ello resulta contradictorio que el Tribunal se pronuncie por homicidio con agravantes, cuando el tipo corresponde al de asesinato del Art. 450, numerales 1, 4, 5 y 7 del Código Penal, por lo que solicita a la Sala que corrigiendo este error dicte la sentencia que corresponde.- TERCERO: En la casación penal hay que tener en cuenta que lo que procede es el examen de la sentencia recurrida, para determinar posibles violaciones en ella a la ley, ya por haberse contravenido expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente.- CUARTO: Del estudio de la sentencia impugnada en relación con el recurso interpuesto, la Sala encuentra: Que en ésta, se determina que la existencia material de los delitos están comprobados: el del fallecimiento de María Francisca Coro Coro, con la autopsia que le practicaran los peritos médicos al cadáver,

quienes concluyen que su deceso se produjo por traumatismo encéfalo craneano grave, el que causara hemorragia cerebral aguda que ocasionara shock hipovolémico que condujo a paro cardiaco respiratorio; el reconocimiento del instrumento piedra utilizado en la agresión; la partida de defunción de María Francisco Coro Coro, de setenta años de edad y cuyo cónyuge sobreviviente se llama Marcos Urquiza.- El de las lesiones a Marcos Urquiza Chucuri, con el reconocimiento pericial médico legal que establece la existencia de cicatrices de heridas cortante contusas a nivel de parietal izquierdo y temporo parietal derecho, que han causado diez días de enfermedad para el trabajo a partir de la fecha del examen.- Y la responsabilidad del procesado con los testimonios de Marcos Urquiza Chucuri, Juan Manuel Urquiza Coro y María Rosario Urquizo Coro; de los cuales se conoce que: Cuando iba al baño Marco Urquizo Chucuri, el catorce de agosto de dos mil tres a eso de las 21h30 a 22h00, se percató que estaban en su casa tres individuos, uno de ellos su yerno Segundo Amadeo Alvacora Alvacora, casado con su hija María Rosario Urquizo Coro, quien le reclamó por el dinero producto de la venta de un terreno que hiciera, del que decía no debía haber regalado a mi hijo Xavier sino que también le correspondía a su hija Rosario que es su cónyuge; que él, Marco Urquizo, le indicó que lo hizo para mantenerse él y su esposa porque son mayores; momentos en que su yerno Segundo Amadeo Alvacora Alvacora le agredió golpeándolo en la cabeza con una tabla, por lo que cayó al piso sin poder defenderse, viendo como otro de los sujetos que acompañaban a su yerno agredía a su esposa; que perdió el conocimiento y despertó en el hospital.- Que la menor Mercedes Ramona Gaguín Urquizo, escuchó esa noche ruidos pero que no salió por cuanto le dio miedo, pero cuando fue al baño vio a sus abuelos tendidos en el patio, por lo que quiso ayudar a su abuela y levantándole la cabeza le preguntó que sucedió, contestando que fue Segundo Alvacora, que después ya no pudo hablar por lo que corrió en busca de su tío Juan Manuel Urquiza Coro.- María Rosario Urquizo Coro, quien voluntariamente expresa, a pesar de su parentesco, que su esposo no estuvo en la casa y que regresó a eso de las 01h30 del quince de agosto de 2003, lastimado y sin el vividí negro que llevaba puesto cuando salió.- Concluyendo el Tribunal juzgador que de esta manera se ha plasmado el actuar doloso del procesado en esta muerte, cometida conociendo la indefensión de la víctima, pues vivían solos y eran ancianos, buscando de propósito la noche y en pandilla, tipificando en el Art. 449, en relación con las agravantes 1 y 4 del Art. 30 de ese mismo cuerpo de leyes; y las lesiones en el Art. 446 del Código Sustantivo Penal, aplicando la pena de delito concurrente de mayor rigurosidad, conforme al Art. 81 ibídem.- QUINTO: De las observaciones anotadas, se establece que el Tribunal Penal de Morona Santiago, en el fallo si bien realizó una pormenorizada descripción de las pruebas aportadas en al audiencia de juzgamiento, analizándolas a través de la sana crítica y llegando a la convicción y certeza de que esta probada la existencia material de las infracciones; y, así como la responsabilidad del procesado como autor de los delitos: de lesiones tipificado y reprimido en el Art. 466 del Código Penal; y, el de la muerte de María Francisca Coro Coro, mas pese a reconocer que este último acto se ha dado con las circunstancias de indefensión de la víctima, de haber buscando de propósito la noche y en pandilla, empero el Tribunal juzgador: erróneamente lo tipifica como homicidio simple, violando la ley en la sentencia, cuando este delito corresponde al de asesinato del Art. 450, con sus circunstancias 1 y 7, del Código Penal; y, ciertamente además con la agravante de haberse realizado en pandilla numeral 4 del Art. 30 ibídem.- De igual manera ha violado la ley cuando erróneamente aplica para la imposición de la pena el ordinal sexto del Art. 81 del Código Penal, cuando lo es la de su ordinal segundo, pues no se ha dado el caso que un acto constituya varias infracciones o sea de que el hecho típico esté compuesto por varias acciones, sino que ha concurrido un delito reprimido con prisión correccional con otro reprimido con reclusión: es decir que existe en cada uno de ellos una unidad natural de acción con la siguiente unidad delictiva.- Por estas consideraciones esta Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY", acepta el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, y reforma la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Morona Santiago en contra de Segundo Amadeo Alvacora Alvacora, en el sentido de que el delito que cometió es el de asesinato tipificado en el Art. 450, con sus circunstancias 1 y 7, del Código Penal; además con la agravante del numeral 4, de haberse realizado en pandilla, del Art. 30 ibídem; y de que para la imposición de la pena es aplicable el ordinal 2, y no el 6, del Art. 81 ibídem, corrigiéndose en esta forma los errores cometido por el mentado Tribunal juzgador.- Y se ratifica en consecuencia que el procesado también es autor del delito de lesiones en la persona de Marcos Urquizo Chucuri, tipificado y sancionado en el Art. 466 del Código Penal; por lo cual en aplicación del mentado ordinal 2 del Art. 81 de este mismo cuerpo de leyes, se le impone al referido Segundo Amadeo Alvacora Alvacora, la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial, debiendo imputarse el tiempo que haya permanecido preso por esta causa.- Se dispone se devuelva el proceso al Tribunal Penal de origen, para que se ejecute la sentencia.- Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

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

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 2 de julio del 2007.- Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 955-06

Juicio penal N° 532-05 seguido en contra de Dorian Gómez de la Torre, Alcalde de la Maná; Ing. Raúl Alvear Bustos, Director de Obras Públicas Municipales e Ing. Contratista Ricardo Tuárez Zambrano por la conducta que se adecua al tipo penal del tercer artículo innumerado y añadido al Art. 257 del Código Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, diciembre 13 del 2006; a las 15h30.

VISTOS: El doctor Rubén Darío Bravo Moreno, Ministro Fiscal Distrital de Cotopaxi y el licenciado Eduardo Barriga Sánchez, Director Regional IX, de la Contraloría General del Estado, interponen recurso de casación de la sentencia absolutoria expedida por la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Latacunga, que al resolver el recurso de apelación, confirma el fallo dictado por el Presidente subrogante de esa Corte. Este juicio se inició el veinte de noviembre de mil novecientos noventa y seis, por lo que se sustanció de conformidad con el Código de Procedimiento Penal de 1983. En esta Sala se radicó la competencia del recurso, en virtud de la distribución de causas realizadas entre las tres salas especializadas de lo Penal, dispuesto por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Concluido el trámite de casación y siendo el estado de la causa el de resolver, se considera: PRIMERO: El doctor Genaro Peña Ugalde, Contralor General del Estado, al fundamentar su recurso de casación, señala en lo principal que: "…La Contraloría General del Estado, a través de la Dirección Regional III con sede en Ambato con jurisdicción en las provincias de Tungurahua y Cotopaxi, de ese entonces, presentó cuatro denuncias en contra del ex Alcalde de La Maná DORIAN GOMEZ DE LA TORRE FRANCO; los sindicados actuales y otros contratistas, siendo este proceso uno de ellos, por cuanto de los resultados obtenidos del examen especial de ingeniería a la Municipalidad referida, por el período comprendido entre el 1 de febrero de 1994 y el 31 de agosto de 1996, se determinaron presunciones de responsabilidad penal en contra de los sindicados, en el contrato suscrito el 21 de diciembre de 1995 entre el referido municipio, y la firma RITUZAM CIA LTDA., representada por el sindicado Ing. Arturo Ricardo Tuárez Zambrano, para la ampliación y lastrado de los caminos vecinales de las vías a los recintos: Balcón del Cerro Tilipulo- Las Peñas, (en esa misma fecha se suscribieron otros contratos que fueron analizados en otros procesos que han concluido con sentencias condenatoria). En todos los casos la Contraloría General del Estado solicitó al señor Presidente de la H. Corte Superior de Justicia de Latacunga, a través del equipo de auditores que se realicen las respectivas inspecciones oculares a las obras contratadas, con la intervención de las partes involucradas en el proceso, del Juez y los peritos designados, siendo coincidentes los informes de los peritos con las determinaciones del Organismo Superior de Control. En la declaración testimonial rendida por el Ing. Raúl Alvear Bustos, Director de Obras Municipales, el 3 de octubre de 1996, reconoce que inspeccionó la vía en sus diferentes tramos y constató que no estaban ejecutados los rubros contratados, dato este que también aparece a fojas 181 del proceso. Sin embargo consta que se pagó por la totalidad del contrato y había concluido el plazo para la realización de las obras, causando un perjuicio al Estado de $ 72'748.409. Elementos de juicio estos, que conforme a la ley, demuestran la existencia y el resultado material de la infracción penal denunciada por el señor Dr. Guido Escobar Pérez, ex Director Regional III de la Contraloría General del Estado, y no se ha obrado prueba idónea que demuestre lo contrario. Existe también la diligencia de inspección judicial realizada por el señor Juez Cuarto de lo Penal de Cotopaxi, fojas 444 vta. Adicionalmente como elemento de prueba que respalda lo que comprobó el equipo de la Contraloría General del Estado y que motiva el presente juicio, es el Informe de inspección pericial de los caminos vecinales de las vías contratadas donde consta pormenorizadamente que no se cumplió con el contrato pese a haber concluido el plazo. Y lo que es más grave, se habían realizado otros trabajos que no habían sido contratados…" **(sic)**; y finalmente cita el recurrente que se han violado los artículos 61, 157 y 326 inciso primero del Código de Procedimiento Penal de 1983 y el artículo 257 del Código Penal. Por su parte la doctora Cecilia Armas de Tobar, Ministra Fiscal General del Estado, subrogante, fundamenta el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público, manifestando: "…CUARTO: Del sumario se deben considerar las siguientes diligencias probatorias: a) El informe de la Contraloría General del Estado, el mismo que fuera ratificado por el Juez Penal del cantón La Maná, quien observó al trasladarse al camino vecinal Balcón del Cerro-Tilipulo-Las Peñas, que no existe limpieza de derrumbes, construcción de cunetas, ni alcantarillado de hormigón armado, observándose que se ha regado material sin compactar hasta el kilómetro tres punto siete, encontrándose la obra abandonada; b) existe incumplimiento del contratista como se comprueba del informe pericial suscrito por los peritos Mario Pozo y Milton Acurio quienes afirman que en la obra no se observa ni equipos de construcción ni trabajadores y que no se encuentran ejecutados las obras detalladas en el contrato; que el pago de las planillas se ha realizado sin ninguna comprobación de campo, existiendo rubros pagados y no ejecutados, así como rubros pagados en su totalidad y ejecutados en menor proporción; que no se ha cumplido el contrato, sin embargo ha sido pagado totalmente; c) constan las órdenes de pago de las planillas por avance de obras, así como sus anexos; d) el contrato de ejecución de obra por $ 107'135.979,oo sucres, con un plazo de ciento veinte días, a partir de la fecha del anticipo, protocolizado en la Notaría del cantón Quevedo el 21 de diciembre de 1995 y el pago del anticipo por $ 14.997.101,oo de 22 de diciembre de 1995; e) el acta de entrega recepción de los trabajos emprendidos para la construcción de la obra, ampliación y lastrado del camino vecinal, suscrito el 11 de noviembre de 1996, por Dorian Gómez de la Torre Alcalde de La Maná, Ing. Raúl Alvear Bustos, Director de Obras Públicas Municipales y el Ing. Contratista Ricardo Tuárez Zambrano. Por otro lado debe considerarse que los pagos realizados por parte de la Municipalidad del Cantón La Maná por el contrato descrito, contaron con la aprobación de su Alcalde Dorian Gómez de la Torre; que dichos pagos se realizaron sin que existan actas de entrega recepción de trabajos realizados, así como se procede al pago total del contrato sin exigir al contratista el cumplimiento total de la obra; que se elaboraron y utilizaron planillas para el pago de varias obras no ejecutadas; y, por último el contratista acepta pagos de la Municipalidad en base de planillas irreales y sin respaldo técnico. QUINTO: De ahí que se advierte que a sabiendas, que la obra no estuvo ejecutada en su totalidad, se ordenó su pago total, ocasionando un perjuicio a la Municipalidad, conducta que se adecua al tipo penal del tercer artículo innumerado y añadido al Art. 257 de Código Penal, pues concurren los requisitos esenciales para la configuración de este delito. Por otro lado la sentencia, al momento de evaluar la prueba, viola las reglas de la sana crítica pues no valoró debidamente la prueba actuada, así como interpreta erróneamente el Art. 257 del Código Penal, no pudiendo aceptarse que se trata tan solo de errores, aprobar pagos de planillas por trabajos no realizados ni constatar la culminación de la obra antes de realizar su pago total. Por lo que considero que en la sentencia se ha infringido los Arts.

157, 61, 64 y 326 de Código de Procedimiento Penal vigente a esa época y el Art. 257 del Código Penal, razón por lo cual solicito a la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, acepte el recurso de casación interpuesto por el representante de Ministerio Público y enmendando los errores de derecho en la que ha incurrido e inferior, imponga a los acusados Dorian Roberto Gómez de la Torre, Raúl Alvear Bustos y Arturo Tuárez Zambrano, la pena prevista en el tercer artículo innumerado del Art. 257 del Código Penal, en el grado de autores…". SEGUNDO: Las inspecciones judiciales que citan los recurrentes y con la cual manifiestan que se ha comprobado la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal de los acusados, fue declarada nula por el Juez de primera instancia, según consta en el considerando cuarto en el punto 4.2.1 de la sentencia de primer instancia, porque se había practicado sin notificar a los acusados, y por lo cual, la nulidad declarada era necesaria para garantizar el derecho al debido proceso, de conformidad con el numeral 27 del artículo 23, inciso primero del artículo 24 y artículo 192, todos de la Constitución Política del Estado. TERCERO: Esta Sala de Casación, luego de analizar exhaustivamente el contenido de la sentencia, en relación a las alegaciones aducidas por el señor Contralor General del Estado y la señora representante del Ministerio Público, establece lo siguiente: 1) Que en el considerando tercero de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Latacunga, confirmando la sentencia absolutoria expedida por el Presidente subrogante de la misma Corte, consta como motivación del fallo absolutorio las siguientes pruebas: "…El 8 de noviembre de 1996 el Director de Obras Públicas y Fiscalizador Ing. Luis Raúl Alvear Bustos le informa al alcalde sobre la entrega recepción provisional, una reliquidación de los valores y documentos habilitantes que certifican la conclusión de la obra, así como constan de fojas 1049 a 1054 del proceso. De los autos consta una providencia ordenada por el señor Presidente de la H. Corte Superior de esa fecha que conocía el proceso, que con la intervención del señor Juez Cuarto de lo Penal del cantón La Maná, en asocio con los peritos designados, estos en la parte de conclusiones manifiestan que realizado el análisis técnico de la obra denominada "ampliación y lastrado de los caminos vecinales de los recintos Balcón del Cerro Tilipulo-Las Peñas, se concluye que esta obra fue realizada sujetándose a las especificaciones técnicas de los documentos constantes en el respectivo contrato, la diligencia de reconocimiento de inspección efectuada por el Presidente de la Corte Superior de Justicia el 30 de enero de 1997, que constan a fojas 761 a 767 del proceso;…". Estas pruebas de descargo han sido valoradas y apreciadas por la Sala de apelación mediante las reglas de la sana crítica y por lo cual no se vulneran en la sentencia las disposiciones legales que citan los recurrentes y consecuentemente, al no haberse vulnerado la ley en la valoración de la prueba, no existen errores de derecho que corregir sobre este aspecto, porque no le corresponde a esta Sala de Casación Penal realizar una nueva valoración de las pruebas, sino simplemente comprobar que esta valoración ha sido realizada conforme procede en derecho y como no se ha infringido las reglas de la sana crítica, la sentencia se encuentra debidamente motivada, en hechos reales, ciertos y comprobados, que en forma lógica, coherente conducen al fallo absolutorio, porque no se ha probado la existencia de la infracción materia del presente juicio conforme lo exige el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política. Por las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, esta Sala declara improcedente los recursos de casación interpuestos por Ministro Fiscal Distrital de Cotopaxi y el Director Regional IX, de la Contraloría General del Estado.- Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen, para los fines de ley.- Notifíquese y cúmplase.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.
Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 2 de julio del 2007.- Certifico.

f.) El Secretario Relator.

No. 959-06

Juicio penal 348-05 seguido en contra de Héctor Julio Carrero Rico, Martha Tránsito López de Balaguer y Draizon Rubiel Arenas Ortiz por el delito de robo tipificado y sancionado en los Arts. 550, 551 y 552 del Código Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

Quito, diciembre 13 del 2006; las 09h45.

VISTOS: De la sentencia dictada por el Cuarto Tribunal de Pichincha, interponen recurso de casación Héctor Julio Carrero Rico, Martha Tránsito López de Balaguer, Draizon Rubiel Arenas Ortiz, declarados en dicha sentencia como autores responsables del delito de robo tipificado y sancionado en los Arts. 550, 551 y 552 del Código Penal, por lo que se les impone la pena de seis años de reclusión menor a cada uno, sin considerar atenuantes. La sala declaró desierto los recursos de casación interpuestos por Martha Tránsito López de Balaguer y Draizon Rubiel Arenas Ortiz, quienes incumplieron la obligación consignada en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal. La Sala es competente para conocer el recurso de casación interpuesto por Héctor Julio Carrero Rico en razón de la distribución de causas entre las tres salas penales, por el sorteo dispuesto por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia y por lo cual, para resolver se considera: PRIMERO: El recurrente Héctor Julio Carrero Rico fundamenta el recurso de casación expresando en lo principal que: **a)** Estima que se ha infringido en la sentencia el Art. 3 numeral 3ro. de la Ley de Casación. **b)** Que existe aplicación indebida de los preceptos jurídicos que rigen la valoración de prueba, que conducen a una equivocada aplicación de las normas de derecho en la sentencia, porque no se aprecia las pruebas presentadas durante la instrucción

fiscal, en las cuales no se aprecia ninguna responsabilidad penal por parte del compareciente. **c)** Que no existe el delito flagrante, y que no se ha probado la responsabilidad penal del acusado por que no se ha demostrado la existencia de los elementos del Art. 552 numeral 2 del Código Penal. **d)** Que se ha violado los Arts. 70 y 143 del Código de Procedimiento Penal, porque no se ha considerado su declaración en la cual jamás ha admitido su participación en el delito. SEGUNDO: La doctora Cecilia Armas Erazo de Tobar, Ministra Fiscal General del Estado, subrogante, contestando al traslado a la fundamentación de recurso presentada por el recurrente, expresa en lo principal que se ha comprobado al existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado con pruebas introducidas a juicio y que son: **1)** El testimonio del Teniente de Policía Edison Castillo Abarca, quien se ratifica en el informe del operativo practicado y en el que fueron detenidos los acusados por haber participado en varios delitos; **2)** Testimonio del Teniente de Policía Wilmer Rogelio Guayaquil Santamaría, sobre los delitos cometidos por la banda de delincuentes al que pertenecían los acusados; **3)** Testimonio del Subteniente de Policía Hugo Villavicencio Salvador, sobre las actividades delictivas de los acusados y recuperación de evidencias en su poder; **4)** El testimonio del abogado Francisco Xavier Onofa Medina sobre el reconocimiento de evidencias que practicó en calidad de perito; **5)** El testimonio de José Alfredo Morales León sobre el reconocimiento de las armas incautadas a los acusados. Que el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, ha valorado la prueba en ejercicio de la facultad que le confieren los Arts. 86, 87 y 305 del Código de Procedimiento Penal y de acuerdo con las reglas de la sana crítica ha llegado a la conclusión de que el sentenciado es responsable del delito de robo agravado tipificado en los Arts. 550, 551 y 552 del Código Penal y por lo cual, se debe rechazar el recurso de casación por improcedente, tanto mas que se sustenta en el Art. 3 numeral 3ro. de la Ley de Casación aplicable a materia civil y no a la penal. TERCERO: Esta Sala de Casación Penal luego de un análisis exhaustivo de contenido de la sentencia en relación a las alegaciones deducidas por el recurrente como fundamento de su recurso de casación, así como la contestación presentada por la señora representante del Ministerio Público establece que en el considerando tercero de la sentencia impugnada el Tribunal juzgador describe las pruebas presentadas en la audiencia del juicio, las analiza, explica y valora mediante las reglas de la sana crítica y como resultado arriba a la conclusión de que existe la certeza sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados entre ellos el ahora recurrente Héctor Julio Carrero Rico, pruebas que son las siguientes: "Testimonios del Teniente de Policía Edison Fernando Castillo, quien prestaba sus servicios para la GAO, grupo policial que se dedica a la captura de ciudadanos que se dedican al cometimiento de ilícitos que el 1 de julio del 2003 se realizó un operativo deteniéndose a nueve ciudadanos entre ellos a Ortiz, Carrero Rico, Tránsito López, colombianos, Jácome Rodríguez, Valenzuela, y Cobo, ecuatorianos, quienes aceptaron haber participado en varios ilícitos entre ellos el del Sr. Jiménez Cotocollao, investigó el caso de Troya Internet y se ratificó en el informe; el testimonio del Teniente de Policía Wilmer Rogelio Guayaquil quien realizó la investigación sobre el robo de electrodomésticos en el domicilio del señor Jiménez Duque ubicado en Cotocollao, que actuó en conjunto con el Policía Franklin Rueda Morales, recopilando en el informe investigativo, el resultado de tales investigaciones, manifiesta que los acusados pertenecían a una banda delincuencial que venía cometiendo ilícitos en varios sectores de la ciudad, y que se recuperaron varios objetos robados, los cuales constan en el acápite de evidencias física entre ellos los objetos robados del domicilio de Jiménez Duque; el testimonio del Subteniente de Policía Hugo Fernando Villavicencio Salvador quien dijo que se realizó un operativo por disposición del comandante y que se dispuso que se nombren a cuatro grupos ubicados cerca de entidades bancarias y domicilios al Norte de la ciudad y que en este operativo se logra capturar a Carrera Rico, quien trataba de darse a la fuga con Sánchez Maldonado recuperándose en poder de Carrera Rico un revolver de marca Ansa y en el inmueble ubicado en las calles Loja y Antonio Gil se encontraron también una gran cantidad de electrodomésticos de los cuales no pudieron explicar su procedencia; los testimonios de Francisco Javier Onofa abogado perito, quien realizó en examen de evidencias; y, el testimonio del perito de la policía José Alfredo Morales quien fue designado para el reconocimiento de las armas de fuego; el testimonio del policía Franklin Bolívar Rueda quien dijo que con el Teniente Wilmer Guayaquil conocieron que había sido asaltada una vivienda en el sector de Cotocollao en las calles de Tinajero donde tomaron contacto con el propietario el Sr. Jiménez quien presentó la denuncia". Estas pruebas así valoradas por el Tribunal Penal han sido practicadas en la audiencia de juicio con la observancia de los principios que rigen la práctica de la prueba oral y que se contemplan en los Arts. 194 de la Constitución Política, observándose que el ahora recurrente ha ejercido todos los derechos y garantías constitucionales en la audiencia de juicio y por lo cual, no procede una nueva valoración de la prueba como lo solicita en la fundamentación del recurso de casación, porque al haber sido observado por el Tribunal juzgador todas la garantías que rige la práctica de la prueba y su valoración especialmente la reglas de la sana crítica no se ha cometido ningún error de derecho que deba ser corregido por esta Sala de casación y por el contrario, la sentencia se encuentra ajustada a la Constitución y la ley aplicable. No procede tampoco que el Tribunal juzgador aprecie como pruebas los actos investigativos practicados en la instrucción fiscal puesto que solamente son pruebas los resultados obtenidos mediante la práctica de prueba oral que los sujetos procesales presentan en la audiencia del juicio y ante el Tribunal Penal con observancia de los principios que regula la práctica de la prueba como garantías del debido proceso y que se contemplan en el Art. 194 de la Constitución. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto por Héctor Julio Carrero Rico.- Notifíquese.

f.) Dr. Luis Abarca Galeas, Magistrado Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Oswaldo Castro Muñoz, Magistrado.

Certifico.

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

Corte Suprema de Justicia.- Segunda Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito 2-07-07.- Certifico.

f.) Secretario Relator.

EL CONCEJO CANTONAL DE PALTAS

Considerando:

Que, en altos del Centro Comercial Paltense, el Gobierno Local ha implementado una sala virtual, para brindar el servicio de Internet;

Que, la prestación de este servicio permite a la ciudadanía en general acceder a la información oportuna a nivel mundial, fomentando la educación e investigación; y,
En uso de las atribuciones que le confiere la ley,

Expide:

"REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA SALA DE INTERNET MUNICIPAL"

Art. 1 OBJETO.- El presente reglamento tiene por objeto establecer las condiciones para el funcionamiento de la Sala de Internet Municipal y el acceso de los usuarios a este servicio.

Art. 2 ADMINISTRACION.- Para el funcionamiento de la Sala de Internet Municipal, el Gobierno Local contratará una persona para su administración quien será responsable además del cuidado y buen uso de los equipos y del mobiliario, y deberá comunicar cualquier particular a fin de que la Municipalidad mejore la atención y servicio a la colectividad paltense.

Art. 3 USUARIOS.- Son usuarios de este servicio todas las personas, previo el pago de un valor que será fijado por la Municipalidad en función del tiempo que utilice el servicio.

Art. 4 COSTO DEL SERVICIO.- El valor que la ciudadanía pagará por este servicio es de cincuenta centavos de dólar ($ 0.50) la hora, o el valor proporcional por fracción de hora, sin excepción de persona. El administrador de este centro será responsable pecuniaria y legalmente en caso de inobservancia de esta disposición.

Este valor podrá ser revisado en cualquier tiempo por el Concejo Cantonal en pleno.

Art. 5 COSTO DE IMPRESION.- El valor de impresión será de cinco centavos de dólar ($ 0.05) por hoja en blanco y negro y de diez centavos de dólar ($ 0.10) por hoja a color.

Art. 6 DINERO RECAUDADO.- El administrador de la Sala de Internet llevará un registro de los ingresos diarios, éste dinero será depositado en las cuentas de la Municipalidad al día siguiente, los recursos ayudarán a cubrir los costos de operación, mantenimiento, administración y equipamiento de la sala.

Art. 7 HORARIO.- El horario de funcionamiento de la Sala de Internet Municipal será:

- De lunes a viernes de 08h00 a 20h00.
- Los sábados de 08h00 a 20h00.
- Los domingos en jornada única de 09h00 a 14h00.
- Por causas especiales, el Alcalde podrá disponer administrativamente la atención en un horario distinto al aquí expresado.

Art. 8 PROHIBICIONES.- Queda terminantemente prohibido:

a) Acceso a páginas pornográficas y otras que atenten con el decoro, la moral y las buenas costumbres;

b) El uso indebido, destrucción o sustracción de cualquier equipo o mobiliario;

c) El consumo de comida preparada en el interior de la sala;

d) El consumo e ingreso de personas con evidentes señales de haber ingerido bebidas alcohólicas y sustancias psicotrópicas; y,

e) Niños/as menores de 6 años.

Art. 9 SANCIONES.- El uso indebido, destrucción o sustracción de cualquier equipo o mobiliario será sancionado por el Comisario Municipal, con las penas previstas para las contravenciones de cuarta clase, sin perjuicio de la restitución del bien destruido o sustraído.

DISPOSICION TRANSITORIA

El presente reglamento entrará en vigencia a partir de la publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de Catacocha, en la sala de sesiones del Concejo Municipal de Paltas, a los trece días del mes de agosto del año dos mil seis.

f.) Sr. José M. Suárez Mogro, Vicealcalde.

f.) Diana Encalada J., Secretaria General.

CERTIFICADO DE DISCUSION.- CERTIFICO: Que el reglamento precedente, para el funcionamiento de la Sala de Internet Municipal, fue discutido y aprobado por el Concejo Municipal del Cantón Paltas, en la sesión ordinaria celebrada el día domingo trece de agosto del año dos mil seis.

f.) Diana Encalada J., Secretaria General.

VICEALCADE DEL CANTON PALTAS.- Paltas, a los catorce días del mes de agosto del año dos mil seis. Vistos: De conformidad con el Art. 125 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, remítase original y copias del presente reglamento, ante el señor Alcalde, para su sanción y promulgación.- Cúmplase.

f.) Sr. José M. Suárez Mogro, Vicealcalde.

ALCALDIA DEL CANTON PALTAS.- Catacocha, a los dieciséis días del mes de agosto del año dos mil seis. De conformidad con las disposiciones contenidas en el Art. 126 de la Ley de Régimen Municipal, habiéndose observado el trámite legal y por cuanto el presente reglamento está de acuerdo con la Constitución y las leyes de la República.- SANCIONO.- el presente reglamento para que entre en vigencia conforme la ley.- Ejecútese.- Notifíquese.

f.) Jorge Luis Feijoo Valarezo, Alcalde

Proveyó y firmó el presente reglamento, el Alcalde del Gobierno Municipal de Paltas, el dieciséis de agosto del año dos mil seis.

f.) Diana Encalada J., Secretaria General.

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