

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Procesal

**La justicia en el debido proceso: estudio de caso a la luz del
humanismo, la literatura y la doctrina**

Autor: Andrés Tejada Rivadeneira

Tutor: Ramiro Ávila Santamaría

Quito, 2015



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Andrés Vinicio Tejada Rivadeneira, autor de la tesis intitulada “La justicia en el debido proceso: estudio de caso a la luz del humanismo, la literatura y la doctrina”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha.

Firma:

Resumen

El Caso Suing-Durango trata sobre la resolución por la cual dos jueces nacionales fueron destituidos de sus cargos bajo el supuesto de haber dictado un mandato jurisdiccional carente de motivación y con error inexcusable, en el recurso de casación No. 479-2012 del juicio OCP vs. SRI. La ausencia de motivación como falta disciplinaria grave es fundada bajo el alegato que los jueces se han apartado de líneas jurisprudenciales de casos considerados similares. El error inexcusable como falta disciplinaria gravísima es acusado que fue cometido por Suing y Durango por concluir que la transacción dada entre OCP Ecuador y su matriz en islas Cayman no fue “subcapitalización”.

La búsqueda de la justicia en el Caso Suing-Durango es alentada a encontrarla en los postulados del debido proceso que fueron parte de la litis, con especial atención en la motivación. Este punto es de cardinal importancia para llegar a nuestro concepto de justicia; visto como el reconocimiento de los derechos innatos de las personas y de los que el Estado es su mero organizador. El humanismo nos coloca en una posición de iguales en varios niveles que nos permite matizar al análisis con la lógica formal e informal. La lógica formal está orientada por la filosofía y la doctrina jurídica de la que se afirma que un administrador de justicia a quien “nada humano le es ajeno” por convicción sujetará una posición filosófica empirista o racionalista de la vida, la cual será articulada con una visión tradicionalista del derecho (positivismo jurídico) o heterodoxa de la justicia (derecho natural), para arrojar luces enmarcadas en establecer ¿Cuándo un mandato es justo, ético y motivado? La literatura utiliza la lógica informal que a modo de arte toca desde la casuística aquellos sentimientos que nos permiten inducir cuando una situación es justa. Se propone el empleo de un método como patrón para medir si un mandato posee una argumentación suficiente o una motivación adecuada. Para ello se cotejará que la parte motiva de la decisión final se encuentre en armonía con los postulados de la escuela jurídica y la posición filosófica a la cual el administrador de justicia estará identificado por su forma de ver la vida.

Palabras claves: justicia; debido proceso; positivismo jurídico; derecho natural; civil law, common law, materialismo; idealismo; empirismo; racionalismo; mandato; argumentación suficiente; motivación adecuada; verdad-verosimilitud.

Dedicatoria.-

A mi mamá Olivia, lo que me es grato tiene su rostro.

Agradecimiento.-

A Ramiro -más allá de la extensión de la tesis- mi tutor en todo el sentido de la palabra.

Tabla de contenido

Capítulo I

La tutela procesal efectiva.

1. La tutela como derecho fundamental.....	13
2. La eficacia del goce de los derechos tutelados.....	23
3. La vigencia de los valores jurídicos.....	26
4. Las cuatro vías de la tutela jurídica.....	32
4.1. La independencia judicial.....	36

Capítulo II

Axiología de la motivación

1. De los dogmas.....	44
2. De la <i>gnosis jurídica</i>	45
3. De la unidad jurídica de la motivación.....	50
3.1. El positivismo jurídico como signo de <i>argumentación suficiente</i>	53
3.2. El derecho natural como signo de <i>motivación adecuada</i>	53
4. Teleología de un mandato ético.	54

Capítulo III

Casuística de la motivación

1. La motivación en el procedimiento.....	57
1.1. La competencia del Consejo de la Judicatura.....	57
1.2. La suspensión inmediata de funciones en el Caso Suing-Durango.....	59
1.3. La publicidad del procedimiento administrativo.....	63
1.4. La libertad probatoria.....	64

1.5. La oralidad procedimental.....	67
2. La motivación en la resolución.....	70
2.1. La legitimación activa del SRI.	70
2.2. La validez del Caso Suing-Durango.....	71
2.2.1. La causal de falta de motivación.....	73
2.2.1.1. El alejamiento de líneas jurisprudenciales.....	74
2.2.2. La causal de error inexcusable.....	77
2.2.2.1. La “subcapitalización”.....	78
3. La motivación en la destitución.....	80
3.1. La indefensión procesal.....	83
4. Teleología de la destitución.....	88
Conclusiones y recomendaciones.....	95
Biografía.....	98
Anexos.....	102

Preludio

“Que los mandatos sean justos, y que los ciudadanos los obedezcan con humildad y sin resistencia”¹

En la cultura humana a lo largo de su historia ha estado presente una inquietud sin respuesta certera: la justicia la materializa desde el “orden” o desde lo “innato”. El orden se expresa a través de las leyes y se fundamenta en ellas. Lo innato se expresa a través de la conexión y coherencia entre el devenir de la conducta humana y lo natural, para lo cual toma principios generales sujetos a todos como especie humana. Por su parte, el orden se expresa y se legitima desde la moralidad que posee una cultura en específico.

Una persona en su diario vivir toma una de estas dos posiciones y las coloca en su escala de valores, más, siempre permanecerá una sobre otra. Según sea nuestra concepción de la vida será nuestro actuar. La cita de Cicerón lo pone diáfano hacia lo “innato” al establecer el deber de obedecer “sin resistencia” los “mandatos justos”. Pero ¿Qué hacer con un mandato injusto? y ¿Cómo calificarlo de injusto? Argumenta Cicerón que deberíamos cotejarla con aquel derecho oral que existe antes que el escrito al afirmar

(...) puesto que todo nuestro lenguaje se mueve sobre concepciones de sentido común, nos será preciso de vez en cuando hablar como todo el mundo y llamar “ley”, como hace el vulgo, al texto escrito que sanciona una voluntad expresada por una orden o por una prohibición. Pero, para fundar el derecho, tomemos como punto de origen esta Ley suprema que, común a todos los siglos, nació antes de que existiera ninguna ley escrita y antes de que en ninguna parte se hubiera constituido ningún Estado.²

La retórica de Cicerón es reminiscente a la existencia –palpable- del derecho natural como esencia fundante de la justicia al provenir de la racionalidad humana. Pasa así a un segundo plano el celo al orden positivo de la ley, por lo que el orden escrito figura como un apéndice del orden natural, es así que la fuente filosófica del derecho natural es el racionalismo, mientras que la fuente ideológica del derecho escrito es –por antonomasia- el empirismo.

¹ Marco Tulio Cicerón, *Sobre Leyes* (Buenos Aires: Aguilar Ed., 1966), 154.

² Marco Tulio Cicerón, *Sobre Leyes...*, 44.

Una vez creado el Estado moderno –después de la experiencia que tuvieron los pueblos cuando fueron regidos por un solo poder- hubo separación estatal de poderes. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) prepondera este tipo de gobierno “Esta Corte resalta que la separación de poderes guarda una estrecha relación, no sólo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos.”³, acotando así que este hecho influye más allá del ámbito meramente estatal.

Con la separación de poderes se encargó a la función judicial para que, de forma autónoma, administre justicia a través de sentencias que se traducen en mandatos de hacer o dejar de hacer. La Constitución de la República del Ecuador (CRE), crea al Consejo de la Judicatura (Cj) como un órgano “para el gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.” (Art. 178 CRE).

El Ecuador como muchos otros países latinoamericanos inicia un proceso de reforma judicial. En 2011 convoca a un referéndum y consulta popular para hacer cambios que van desde la integración del órgano de gobierno de la función judicial, pasando por la convocatoria de concursos de méritos y oposición para ocupar varios cargos de jueces de diferentes grados y materias, hasta la incorporación de nuevas figuras legales –como la del error inexcusable- para aplicar la mayor sanción administrativa como lo es la destitución del cargo público.

El “Caso Suing-Durango” surge en este contexto como inédito por dos motivos, la aplicación de las nuevas reglas del juego jurisdiccional sancionatorio y la destitución de dos jueces del máximo organismo de administración de justicia ordinaria. El caso brinda material propicio para establecer si el *mandato de autoridad* contenido en el acto administrativo de destitución *fue justo*, tanto en lo relacionado con la legitimidad de la normativa utilizada, como en la fundamentación de la decisión.

Al respecto, se propone que el respeto que hace el juez o administrador de justicia de su propia convicción en su decisión; es un medidor adecuado y demostrable de la motivación de un determinado caso. Dicha convicción se evidencia en la forma de actuar, cuando, la mente del Juez responde –de forma implícita y en cada decisión- a la

³ Corte IDH, *Caso de la Corte Suprema de Justicia* (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador de 23 de agosto de 2015, Pág. 55.

pregunta ¿Qué es justicia?... el respeto al orden establecido por el poder o el respeto a los principios que existen antes de que se erigiera dicho poder. Las dos corrientes son válidas, lo que no es válido es utilizarlas a ambas en un mismo caso, porque ello demuestra la inseguridad en la convicción de un administrador de justicia y aquella falta de convicción es un lugar fértil para que puedan prevalecer intereses lejanos a la justicia, como aquel al que se refiere Émile Zola al preguntar “¿Acaba la justicia absoluta donde comienza el interés de un partido?”⁴ Si respondemos afirmativamente a aquella cuestión, sensatas son las palabras de Kafka “El tribunal es innecesario. Basta sólo con un verdugo para reemplazarlo.”⁵

La falta de convicción del administrador de justicia se demuestra cuando no abraza a una sola familia jurídica en sus decisiones. El escoger una familia jurídica como postulado de justicia, actúa así mismo en el carácter y conducta de la persona. Para llegar a la verdad de la hipótesis propuesta, investigaremos la resolución de destitución del Caso Suing-Durango en alusión al *debido proceso*, para lo cual en el primer capítulo se establecerá los principios generales en cuanto valores jurídicos que posee la *tutela procesal efectiva* en atención a su goce, vigencia y materialización eficaz, que se la logrará siempre y cuando el administrador de justicia actúe en un ambiente “libre de interferencias” que permita un trato igualitario a las partes. Dicha posición neutra brinda el equilibrio necesario para que la autoridad dicte un mandato justo, por lo que nos detendremos en analizar de forma articulada con la realidad ecuatoriana la vía intrínseco-subjetiva de la tutela jurídica: la independencia judicial.

El segundo capítulo es la parte filosófica de la tesis; versa sobre la *axiología de la motivación*. Determina las características esenciales que poseen el positivismo jurídico y el derecho natural respecto a las familias jurídicas occidentales de las que un juez se identificará según su posición empirista o racionalista de la vida, concluyendo que *el mandato* realizado desde la familia del positivismo jurídico, al ser terreno de un juez empirista, dicho mandato será ético y en tal sentido justo cuando sea verosímil. Cuando la decisión llega a aquel postulado de verosimilitud se concluye que la argumentación ha sido suficiente, por lo tanto se agota y finaliza felizmente. Un juez racionalista busca una

⁴ Émile Zola, *Yo acuso* (Quito: Editogran, 2014), 195.

⁵ Franz Kafka, *El proceso* (Quito: Editogran, 2014), 140.

motivación no solo suficiente sino adecuada, por lo que degrada a la verosimilitud por debajo de la verdad en su escala de valores, para lo cual se valdrá de técnicas de argumentación libre, lo que se encuentra en armonía con paradigmas del *common law*, esto, en contraposición con la utilización de técnicas argumentativas deductivas, que al ser formalistas son propias del *civil law*.

La casuística de la motivación como último capítulo aterriza toda la tesis en la realidad del Caso Suing-Durango, dividiéndola en cuatro partes. *La motivación de las decisiones* dadas en el transcurso del sumario administrativo por el Consejo de la Judicatura desde el hecho mismo de la competencia tanto formal como material de aquel órgano administrativo para sancionar a los jueces nacionales por falta de motivación y error inexcusable de sus mandatos jurisdiccionales. *La motivación en la resolución* partirá de las alegaciones hechas por el SRI en su denuncia y su contestación dada por los sumariados, que incluye la verificación de la legitimación activa del SRI para actuar. Lleva como objetivo establecer de forma certera cuales fueron las alegaciones echadas al tapete litigioso a ser resuelto por la autoridad que decidirá la suerte de los sumariados, ello, sin que se haya escapado tomar en consideración la validez intrínseca de la norma sancionatoria que provoca la destitución: el error inexcusable.

La motivación en la destitución abarca la argumentación dada a justificar la sanción conclusiva, para luego determinar si existió o no indefensión procesal. *La teleología de la destitución* tiene como fin intuir lo ético de la *ratio decidendi* del mandato de destitución en cuanto a la armonía y coherencia del pensamiento de la autoridad bajo los parámetros que encontramos en los valores de dos familias jurídicas occidentales y su inherente relación con dos concretas y tradicionales posiciones filosóficas universales.

Abreviaturas

AEP: Acción Extraordinaria de Protección.

C.C.: Corte Constitucional.

Cj: Consejo de la Judicatura.

COFJ: Código Orgánico de la Función Judicial.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CRE: Constitución de la República del Ecuador.

LOGJCC: Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

REPoDisCJu: Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura.

sA: Sumario Administrativo.

Sentencia OCP: sentencia de 18 de julio de 2013 del recurso de casación No. 479-2012.

CAPITULO I

La tutela procesal efectiva

1. La tutela como derecho fundamental.

Al “Caso Suing-Durango” que tuvo como resultado la destitución de los mencionados ex-jueces del máximo organismo de justicia ordinaria, hecho inédito en la historia republicana; la tutela judicial efectiva era neutral como tal; ya que no operó en ningún sentido -ni positivo, ni negativo- porque se lo ventiló en sede administrativa. La sede judicial que actualmente sustancia la impugnación a la resolución de destitución, avanza a paso lento, mientras escribo estas líneas aún no se apertura la etapa de prueba.

En todo caso, al tratarse de una garantía establecida en la Constitución de la República del Ecuador⁶ (en adelante CRE), por su naturaleza debe ser aplicada en su máxima expresión⁷ pro-derechos fundamentales del ser humano tal como el postulado de justicia, al que se lo configura como principio básico para una convivencia social: humana, fraternal y sincera, sin que sea ello meramente utópico, sino una *utopía viviente humanista*.

Afortunadamente el texto constitucional ecuatoriano en el que se encuentra materializada la tutela judicial efectiva, está escrito de forma general y de inicio se refiere sobre la garantía de *acceder a la justicia* –no a la judicatura y a un juicio meramente– para que una vez conseguido el acceso; tutelar el proceso -no solo el judicial sino también el administrativo- para que se desarrolle en forma célere: imparcial, *eficaz* y efectivamente hasta que el mandato que se dicte sea cumplida en todas sus partes. Termina la oración el asambleísta constituyente que redactó la Carta Magna respondiendo a las preguntas ¿Qué pasa si no puedo *acceder* a la justicia? ¿Qué es de mí y donde quedan mis derechos si no puedo efectuar aquel primer paso, sea por motivos internos o externos? El texto constitucional es claro “(...) en ningún caso quedará en indefensión”. Por lo que podemos hablar en Ecuador de una *tutela procesal efectiva*, más que una tutela judicial efectiva ya que garantiza el efectivo goce de los

⁶ CRE: Art. 75: Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

⁷ Este principio se basa en el dogma jerárquico que posee la constitución ecuatoriana, misma que se encuentra determinada en su propio cuerpo, en especial en sus artículos 11.3.9.; 424 y 425.

derechos de partes procesales que se encuentran en litigios fuera del ámbito propiamente judicial.

El Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia en armonía con los principios del neoconstitucionalismo y del garantismo jurídico, obliga a los administradores de justicia a cumplir de la forma más efectiva las garantías que están redactadas en la Carta Magna. En la especie el goce de la tutela judicial efectiva ha de ser ejercida en su máxima expresión, no limitándola solo a procesos judiciales, ello según los mandatos de optimización que refiere Robert Alexy y su aplicación en normas que pertenecen al bloque de constitucionalidad, lo que conlleva tener como fin erradicar la indefensión en procesos de cualquier índole que resuelvan sobre los derechos de las partes. Alexy sobre los citados principios refiere a que

“(…) son mandatos de optimización porque ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Este mandato tiene en realidad un carácter definitivo. Sólo puede ser cumplido o incumplido, y siempre está ordenado a cumplirlo plenamente (…). Resulta necesario diferenciar los mandatos que se optimizan y los mandatos de optimización. Los mandatos que se optimizan son los objetos de la ponderación, que pueden ser denominados como un “deber ser ideal” o simplemente pueden entenderse como “ideales”. El deber ser ideal es aquello que debe optimizarse y que por medio de la optimización debe transformarse en un deber ser real. En cuanto objeto de la optimización, este deber ser se encuentra en el nivel de los objetos. Por el contrario los mandatos de optimización o mandatos de optimizar se sitúan en un metanivel. En este metanivel, ellos establecen lo que debe hacerse con lo que se encuentra en el nivel de los objetos. Estos mandatos ordenan que sus objetos, es decir los mandatos que se optimizan, se realicen en la mayor medida posible. En tanto mandatos de optimización, ellos no deben optimizarse sino cumplirse, acción que consiste llevar a cabo la optimización.”⁸

Desde esta línea, se puede advertir que la *tutela procesal efectiva* garantiza la justicia y para ello se plasma en todos los niveles litigiosos posibles y hacia todos los ecuatorianos confirmando así su calidad de derecho fundamental que fue establecida por el asambleísta constituyente en la Constitución de Montecristi del 2008. Por esta razón, podemos tocar los principios procesales del postulado de la tutela -en sede administrativa- específicamente respecto a la Resolución de 20 de diciembre de 2013 a las 11h01 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura Ecuatoriana (ANEXO 1) dentro del expediente disciplinario No. D-0879-UCD-2013-PM, el cual inició el 23 de

⁸ Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia Ed., 2003), 107-109.

septiembre de 2013 por una queja⁹ presentada por en ese entonces Director General del Servicio de Rentas Internas Carlos Marx Carrasco,¹⁰ con el objeto que se aplique la mayor sanción administrativa que existe en el país a los señores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela en sus antiguas calidades de Juez y Conjuez de la Corte Nacional de Justicia respectivamente, bajo el argumento que el 18 de julio de 2013 a las 09:30 se ha realizado una decisión de alto nivel judicial sin motivación y con error inexcusable. Fue una sentencia de mayoría (ANEXO 2), ya que salvó su voto una parte del Tribunal pluripersonal, la señora Maritza Tatiana Pérez Valencia.

La aludida sentencia, nace del juicio incoado por Oleoducto de Crudos Pesados Ecuador S.A. (OCP) en contra del Servicio de Rentas Internas (SRI) por la imposición de varias glosas de carácter tributario. La *glosa de la discordia* trata sobre el alcance de la definición de “subcapitalización”,¹¹ al respecto la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia decidió que no existe subcapitalización en la Glosa III.2.7 “Intereses y comisiones al exterior” y en tal sentido casó parcialmente la sentencia dictada por la Cuarta Sala Temporal del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 de Quito. Esta última entidad desechó por completo la demanda intentada por Wong Loon como representante legal de OCP y ratificaron la validez la Resolución No. 117012008RRECO13034 de 06 de octubre de 2008, con lo que se

⁹ Los señores Suing y Durango afirman que es una denuncia, no una queja (véase el artículo 113 del Código Orgánico de la Función Judicial), el escrito hecho por el SRI que provoca el Caso Suing-Durango dice ser una denuncia. Los sumariados sostienen que se debió requerir obligatoriamente el reconocimiento de firma y rubrica de la misma, al no haberse llevado a cabo la pretendida diligencia judicial al inicio del sumario administrativo (en adelante sA) sostienen así mismo que se ha violado el debido proceso.

¹⁰ De forma casi paralela el SRI el 04 de octubre de 2015 presenta una acción extraordinaria de protección (en adelante AEP) en contra de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia. Este actuar del SRI fue previamente anunciado por su propio Director General a los medios de comunicación, una vez que conoció el resultado final de la justicia ordinaria de su determinación tributaria.

¹¹ Incluso en plena sustanciación interna de la sentencia se intentó –sin éxito– lograr que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia declare mediante jurisprudencia a qué atenerse por “subcapitalización.” Este trámite lo inició la juez que salvó su voto. Al respecto la CRE dispone:

Art. 185.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.

confirmó el Acta de Determinación Tributaria No. 172008100033, por concepto del impuesto a la renta del 2003.

Luego –en el mismo diciembre en el que se dictó la resolución que destituyó a los señores Suing-Durango y después de tres meses de sustanciación– la Corte Constitucional (C.C.) el 26 de diciembre de 2013 en el Caso OCP vs SRI dispone echar abajo la sentencia emitida por la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia; al aceptar la AEP propuesta por el SRI y decidir “declarar vulnerados los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación y a la seguridad jurídica.”¹². Si bien la AEP del SRI estuvo circunscrita únicamente a una parte de la sentencia, esto es a la Glosa III.2.7 que versa sobre “subcapitalización”, la sentencia de la C.C. declara sin valor jurídico la totalidad de la sentencia y ordena “Retrotraer el proceso hasta el momento anterior al de dictar sentencia de casación, disponiendo que los Conjuces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, resuelvan el recurso, conforme la Constitución, la Ley y la jurisprudencia dictada por esta Corte.”¹³ Por no ser competencia de la C.C. se deduce que esa es la razón por la cual no determinó si los jueces destituidos cometieron una suerte de error inexcusable al analizar la Glosa III 2.7.

La visión amplia de la *tutela procesal efectiva*, se encuentra en consonancia con la visión igualmente laxa sobre el debido proceso desde la doctrina ecuatoriana, que señala:

El derecho al *debido proceso* deviene también en Principio de la Administración y conviene advertir en las diferencias que se presentan entre la anterior y la actual Constituciones. En primer lugar la nueva marca claramente los procesos en los que el conjunto de garantías en el que consiste son aplicables: todos aquellos en que “se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden” (Artículo 76 CRE), expresión con lo que se incluye sin duda la que el anterior dejaba, a los procesos de carácter administrativo.

En segundo lugar, se señala como primera garantía la obligación de “toda autoridad administrativa” de garantizar el cumplimiento de normas y derechos de las partes, confirmándose así que el Debido Proceso incumbe también a los procedimientos y actividades de la Administración Pública, especialmente la sancionadora.

En tercer lugar, en la aplicación de cada una de las garantías se confirman las premisas anteriores, por ejemplo, la presunción de inocencia ahora precisa que ella procede no solo en ausencia de “sentencia ejecutoriada”, “sino de resolución en firme”; el derecho al “Juez

¹² C.C.: *Sentencia N°. 132-13-SEP-CC de 26 de diciembre de 2013*, (Caso N°. 1735-13-EP), 18.

¹³ *Ibíd*em, 18-19.

propio”, ahora alcanza a la “Autoridad Competente”; la proporcionalidad entre la infracción y la sanción supera el ámbito estrictamente penal para comprender las sanciones administrativas o de otra naturaleza; el más amplio desarrollo del derecho a la defensa que incluye la oralidad; y, el derecho a recurrir ya no solo del “fallo”, sino también de la “resolución”, lo que implica que todo acto administrativo que decida sobre los derechos de los ciudadanos puede ser recurrido. Finalmente, se advierte también una diferencia respecto al impedimento de doble juzgamiento que antes era “por la misma causa” y ahora “por la misma causa y materia” con lo cual, la duda que existía respecto si una acción u omisión de los servidores públicos podía acarrear más de un tipo de responsabilidad queda despejada: si podrá sancionarse administrativamente, civil y penalmente por el mismo asunto.”¹⁴

El máximo organismo de justicia constitucional, en armonía con lo ya manifestado en una de sus sentencias que son de por sí vinculantes, determina:

La misma norma [se refiere al Art. 76 CRE] se encarga de proporcionarnos los sujetos sobre los cuales recae la acción de la aplicación de las normas y derechos, esto es, las partes que contienen y el objeto del mismo.

Conviene, sin embargo, hacer algunas precisiones respecto a dos particulares que conlleva el numeral 1 del mencionado artículo de la Constitución, que podrían generar alguna confusión: las palabras “derechos”, “normas” y “partes”. Los términos “derechos y normas” tal como están utilizados en la redacción de la disposición, en plural y sin especificación alguna respecto del derecho, *deben entenderse que se refieren a todos*, tanto a normas como a derechos; es decir, no alude sólo a normas constitucionales o legales, *sino también a reglamentarias y otras, por lo que en tal sentido debe aplicársela*.

Igualmente, en cuanto a “partes”, si bien esto podría sugerir que tal denominación sólo corresponde a los litigantes en un procedimiento judicial, ese criterio restringiría la apreciación de que la tutela no procedería en un procedimiento administrativo. Ventajosamente, la norma comentada se refiere a autoridades judiciales y administrativas, infiriéndose que también cabe la tutela en los trámites administrativos.

Una última puntualización, antes de entrar a confrontar las alegaciones del legitimado con la norma invocada: el derecho a la tutela es de dos vías, es decir, que resulta aplicable a ambos contradictores de un derecho; la norma constitucional no lo titulariza a favor del actor o del demandado, del administrado o del administrador.¹⁵ (El énfasis me pertenece).

La C. C., relaciona como *causa* al debido proceso y *efecto* a la tutela efectiva y la seguridad jurídica: al definir al debido proceso como “el derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable de invocar al interior del órgano jurisdiccional, el respeto a las normas sustantivas o adjetivas a efecto de que su derecho de acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita sean desarrollados y tramitados de conformidad con

¹⁴ Genaro Eguiguren en *Ediciones Legales, Régimen de Contratos Públicos* (Quito: Ediciones Ecuador, 2010), 17.

¹⁵ C.C., Sentencia No. 050-10-SEP-CC (Caso No. 0193-09-EP) Suplemento del Registro Oficial No. 331 de 30 de noviembre de 2010, 98.

las normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por los operadores de la justicia competentes.”¹⁶

El juez de la Corte Suprema de los Estado Unidos Felix Frankfurter citado por Corwin, concibe al debido proceso como “una garantía constitucional resumida de respeto a esas inmunidades personales que están tan arraigadas en las tradiciones y conciencia de nuestro pueblo que pueden considerarlas fundamentales o que están implícitas en el concepto de libertad sujetas a un orden. A juicio de Frankfurter, en la práctica, ello significa que el procedimiento que “choca con la conciencia” viola el debido proceso”.¹⁷ Esta definición metafísicamente trasciende de lo meramente conceptual y llega a establecer que la conciencia social es el alcance final del debido proceso, entendiendo a la conciencia como *el darse cuenta de lo que nos rodea*. Así el debido proceso se lo encuentra desde un estado tan básico en la vida del ser humano que: con el simple hecho de darnos cuenta que una acción que se efectuó, se la hizo en contra de aquella conciencia colectiva que tiene la sociedad; lo que percibimos y entendemos como bien y *justo*, aún cuando no se posea conocimientos doctrinarios del debido proceso, *nos damos cuenta* y entendemos que se está violando intrínsecamente el debido proceso y sus principios. Leibniz da luces al camino que determina los dos elementos que necesitamos tener presente para darnos cuenta de lo *justo*: la sabiduría que es tener un conocimiento y entendimiento real del caso, y la bondad.

Esta es la regla de la razón (...) colócate en el lugar del prójimo y adoptarás el punto de vista adecuado para juzgar lo que es justo y lo que no lo es...”¹⁸ “Justo” es lo que en igual medida participa de la sabiduría y la bondad. La bondad consiste en alcanzar el mayor bien posible; para conocer éste, se ha menester de la sabiduría, que no es otra cosa que el conocimiento del bien, así como la bondad es la inclinación de hacer el bien a todo el mundo y evitar el mal, cuando este último no sea necesario para la consecución de un bien o la supresión de un mal mayores. La sabiduría es inherente al entendimiento y la bondad a la voluntad, en tanto que la justicia lo es a ambos.¹⁹

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 042-10-SEP-CC, (Caso No. 0698-09-EP), Suplemento del Registro Oficial No. 294, publicado el 06 de octubre de 2010, 98.

¹⁷ Edward Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual* (Buenos Aires: Editorial Fraternal, 1987) 505-506.

¹⁸ Gottfried Wilhelm Leibniz, *Tres ensayos: El derecho y la equidad, la justicia, la sabiduría* (México: UNAM, 1960) 12.

¹⁹ Gottfried Wilhelm Leibniz, *Tres ensayos...*, 11.

Aplicar legalmente estos conceptos al “Caso Suing-Durango”, nos permite determinar que cualquier norma infra-constitucional empleada está sujeta a verificación constitucional en virtud del postulado primigenio del debido proceso: normas tales como la necesidad de motivación en las decisiones judiciales o administrativas, como es el caso de las decisiones del Consejo de la Judicatura (en adelante Cj), así como la declaración de la existencia de un error inexcusable que se encuentran normados respectivamente en los artículos 108 numeral 8 y 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ),²⁰ porque según la interpretación de la C.C. del numeral primero del artículo 76 de la CRE, el debido proceso tutela *todas* las normas y los derechos. En el ejercicio de la profesión de abogado, esto es evidente, prácticamente en todos los casos, por defecto: los colegas emplean el artículo 76.1 de la CRE como derecho constitucional a ser tutelado en cualquier ámbito del derecho sujeto a litigio, sin embargo es una arma de doble filo, al ser tan extenso, abarca mucho y aprieta poco, y su concepto desde el ámbito judicial aún no es claro, ni determinado, ocasionando entre otras circunstancias que se reemplace la justicia ordinaria por la constitucional.

Si bien existen varios requisitos para que una acción constitucional sea admitida a trámite, siendo el principal argumento para negar acciones constitucionales, decir que existe una vía ordinaria para el efecto, sin embargo se olvida que la norma –la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)- ordena que la vía ordinaria sea eficaz²¹ y si no es eficaz el actor debe *probar positivamente* de que manera es ineficaz aquella vía ordinaria. La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Loja, acierta diciendo que no es necesario comprobar que la vía ordinaria es ineficaz cuando “por las circunstancias del caso concreto o la situación personal del accionante, resulta impostergable la tutela, capaz de que ésta responda a criterios de oportunidad y eficiencia.”²²

²⁰ Las figuras jurídicas de falta de motivación y error inexcusable, si bien están establecidas en el COFJ, no se establece en qué casos son aplicables, por lo que en la normativa ecuatoriana son disposiciones abstractas.

²¹ La principal acción constitucional que se emplea en el país es la acción de protección y las causales para ser admitida son las siguientes:

LOGJCC: Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

²² Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Loja; Sentencia No. 0443-2010 de 27 de junio de 2010, 7.

En la práctica la mayoría de los jueces que se invisten de constitucionales, aceptan las acciones de protección, sin solicitar que el actor demuestre o pruebe mediante documentos u otros instrumentos legales: que la vía ordinaria no es eficaz o que demuestre su condición de vulnerabilidad o urgencia, para que válidamente se active los criterios de oportunidad y eficacia judicial, para que se haga justicia y se cumpla el debido proceso. La relación la establece Gozaini así

El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones de una ley o en los preceptos de un código, al contrario, se perfila más que en los derechos, en los deberes jurisdiccionales que se deben conservar a efectos de acceder a un orden objetivo más justo. Así, el debido proceso se convierte en el derecho a la justicia obtenida en un procedimiento, superando las falencias que inefectivizan este derecho constitucional, y además en el que prevalecen los principios por sobre las reglas.²³

En este punto cabe preguntarnos, si ¿En el país tenemos alguna vía ordinaria o incluso constitucional realmente eficaz? La eficacia de las vías ordinarias o constitucionales serán determinadas desde su resultado en cada caso particular, ya que por más óptima que sea la normativa que establece como se va a desenvolver el procedimiento judicial, si no existe la convicción de la autoridad judicial de hacer justicia; ya en la parte operativa del proceso se diluirá cualquier viso de eficacia, por lo que la falta de eficacia se materializa sobre todo en la práctica cuando se va a impartir justicia. A guisa de ejemplo en el caso contencioso administrativo por destitución incoado por Edmundo Noroña en contra del Ministerio de Finanzas se ha dictado sentencia el 09 de marzo de 2015 después de más de 20 años,²⁴ por más motivación que contenga, la sentencia no es eficaz.

La eficacia se ha convertido en el país como un postulado de obligatorio cumplimiento, por lo que es necesario desarrollar su concepto desde su utilidad como principio tutelar jurídico. Al respecto la C.C. se refiere a la escuela alemana, la cual fiel a los principios inherentes a su familia jurídica, al hablar sobre la tutela jurídica marca énfasis en uno de sus fines: la realización de la paz social, lo cual es un valor propio del

²³ Osvaldo Gozaini, *Derecho Procesal Constitucional, El Debido Proceso* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Ed., 2004), 28-29.

²⁴ Juicio No. 17811-2013-1231 que se sustanció en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 desde el 30 de septiembre de 1991 cuando se presentó la demanda.

civil law y de un derecho que al hacerlo práctico coloca en su escala de valores en un lugar preponderante a la paz social:

“(…) Por tutela jurídica se entiende, particularmente en el léxico de la escuela alemana, la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la *vigencia* de las normas jurídicas (...) la tutela jurídica, en cuanto a efectividad del goce de los derechos, supone *la vigencia de todos los valores jurídicos armoniosamente combinados entre sí*”²⁵

Esteban Perrino sobre la tutela efectiva señala:

Se entiende por el derecho de toda persona "a que se le haga justicia", mediante un proceso que reconozca un conjunto de garantías básicas, como son: "a) A ocurrir (sic) ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil; b) A acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado ...; c) A un juez natural e imparcial; d) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción; e) A la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); f) A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; g) A la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; h) A petitionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; i) Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia; j) A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; k) A impugnar la sentencia definitiva; l) A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; m) Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable; n) A contar con asistencia letrada”²⁶.

Resumiendo Perrino, establece que la tutela efectiva abarca desde el acceso sin obstáculos a iniciar un proceso, -o a defenderse del mismo como es el Caso Suing-Durango-, el cual debe desarrollarse imparcial y eficaz, para obtener una decisión, que en la especie es la Resolución de 20 de diciembre de 2013 a las 11h01 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura, dicha decisión debe ser motivada y ejecutable.

²⁵ C.C., *Sentencia No. 050-10-SEP-CC (Caso No. 0193-09-EP)*, Suplemento del Registro Oficial No. 331 de 30 de noviembre de 2010, 98.

²⁶ Pablo Esteban Perrino: *El Derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa*, en *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I*. (Buenos Aires: Editorial RUBINZAL-CULZONI, 2003.) 261-262.

La etapa de ejecución en general es imprescindible, la C.C. ha denominado este último paso como “principio de la jurisdicción abierta” en los siguientes términos: “La Constitución de la República ha planteado la existencia de la denominada jurisdicción abierta, por la cual los procesos judiciales solo terminan con la aplicación integral de la sentencia o reparación, en otras palabras.”²⁷ “la causa no termina con la expedición de la sentencia sino hasta que se haya cumplido todos los actos conducentes a la reparación integral.”²⁸

Históricamente encontramos a la *tutela procesal efectiva* desde Inglaterra cuando expidió la propiamente dicha Carta Magna de 1215 en sus numerales 40, 41, 45, 52, 56, 62; luego, nuevamente en la cuna del *common law*, se dicta el “Bill of Right” en 1689. Hasta aquí la tutela, si bien tiene visos positivos, se la expidió dirigida para favorecer un segmento de la población (los barones y/o los autollamados nobles). El primer instrumento normativo que establece un proceso debido hacia la ciudadanía está en la Constitución del Estado de Virginia de 1776; en sus numerales 1, 3, 5, 8, 10, 11, 15. Dos años después, nuevamente se reduce a escrito el “due process of law” en los artículos III, IV, VI, de la Constitución del recientemente independizado Estado Unidos, como en sus posteriores enmiendas: 4, 5, 6, 8, 9, 14. Luego, un año después, en 1789 cuando devenía en Francia la revolución que marcó el cambio de época de la moderna a la contemporánea según la historia clásica, se materializa por escrito derechos naturales «corriente positivista» de lo que ahora nosotros llamamos la *tutela procesal efectiva* desde su preámbulo y en sus artículos 2, 4 al 8, 15 y 16.

Volvamos al nuevo continente para un hecho sin parangón en la América Latina que fuera colonizada por los españoles y portugueses; en Quito, la ciudad llamada Luz de América gracias a sus ilustrados se fraguó el primer grito de independencia en 1809, y la primera constitución de derechos en esta parte del continente en 1812 denominada “Pacto Solemne de Sociedad y Unión entre las Provincias que formen el Estado de Quito”, siendo su preámbulo y sus artículos 2, 6, 8, 9, 20, 21, 22, 34, 38, 39, 51: el

²⁷ C.C., *Sentencia No. 012-10-SIS-CC (Caso 0053-09-IS)*, Suplemento del Registro Oficial No. 294, publicado el 06 de octubre de 2010, 58.

²⁸ Ramiro Ávila Santamaría, *Las Garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008*. en *Desafíos Constitucionales, Serie Justicia y Derecho Humano -Neoconstitucionalismo y Sociedad* (Quito: Ministerio de Justicia de Ecuador, 2008), 106.

referente “criollo” del derecho natural, de la independencia, de la separación en trino de poderes estatales iguales entre sí, de la alternancia, de la seguridad jurídica, de la proporcionalidad, de la publicidad de un procedimiento sancionatorio, del fuero, de la supremacía de la constitución –supremacía legítima por contener derechos naturales, incluida la felicidad: ahora conocida como buen vivir- todo ello tiene que ver con la *tutela procesal efectiva* de derechos naturales y civiles.

Igualmente de forma innovadora: América se organiza y el 30 de abril de 1948 expide la Carta de la Organización de los Estado Americanos, con postulados fundamentales dirigidos hacia los Estados, plasmados en los artículos 1, 2, 3, 10, 24, 30, mientras que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre emitido el mismo día: postula tutelas generales de derechos, desde el preámbulo, hacia las personas que integran los Estados americanos, en sus siguientes artículos 2,18, 24, 25, 26, 28, 29. Después de la última y siempre última guerra mundial, renace el humanismo con una carta que proclama ya universalmente la necesidad de tutela de los derechos naturales e inalienables hacia el *individuo* por el hecho de ser humano; ya no solo hacia quien tenía la calidad de ciudadano. La carta que fue adoptada y proclamada en la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, bajo el nombre de “Declaración Universal de Derechos Humanos”, sus artículos del 7 al 11 son imprescindibles garantías judiciales.

La eficacia se determina en el *pleno goce de los derechos que tutela el Estado* hacia las personas que se ven involucradas en un proceso sea judicial o administrativo. Aquellos derechos que tutela el Estado, no le pertenecen, son de cada persona por su condición de tal, solo los administra por el poder que la sociedad misma le otorga; para que le organice a la sociedad y le entregue bienes tangibles hacia todos, este debe ser el único fin del Estado mientras el Estado sea necesario.

2. La eficacia del goce de los derechos tutelados.

Para Daniel Colson eficacia es la “[n]oción utilitarista y política que define el valor de un ser o de una acción en función de un objetivo o de un interés exterior a ese ser o esa acción. (...) En el pensamiento libertario, el encuentro y la asociación entre dos

seres jamás pueden definirse de manera *exterior*; sea que una de los dos integre una dimensión del otro en sus propios planes e intereses.”²⁹ (El énfasis me pertenece).

La palabra eficaz según la Real Academia Española significa: “que logra hacer efectivo un intento o propósito”³⁰, por su parte Cabanellas al hablar de la *Eficacia del Orden Jurídico* manifiesta: “consiste en el logro de la conducta prescrita; en la concordancia entre la conducta querida por el orden y la desarrollada de hecho por los individuos sometidos a ese orden. (...) La importancia de la eficacia reside en que un orden jurídico solo es válido cuando es eficaz; el orden jurídico que no se aplica deja de ser tal (...)”³¹

Los dos conceptos del anterior párrafo poseen una palabra en común que es lograr, entonces cuando se escuche o se lea que un principio o norma debe ser cumplida de forma eficaz, es que debe lograr cumplir su espíritu, para que sea válido su accionar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el Caso de la Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador, manifiesta respecto de la eficacia jurídica lo siguiente

La Corte ha señalado que, en los términos del artículo 25 de la [Convención Interamericana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica], es posible identificar dos obligaciones específicas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El derecho establecido en el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. A la vista de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales³².

El concepto de la Corte IDH, ya en el campo eminentemente legal, responde a la pregunta ¿Qué se puede *lograr* en derecho con un recurso efectivo?

²⁹ Daniel Colson, *Pequeño léxico filosófico del anarquismo de Proudhon a Deleuze* (Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión 2003), 72.

³⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid: Vigésima Edición, Tomo I.).

³¹ Guillermo Cabanellas de la Torre, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2004).

³² Corte IDH, *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador* de 23 de agosto de 2015, 58.

Se avizora dos logros que identifica que un recurso sea efectivo:

1. Invocar y excitar al órgano judicial –con normativa- para que actúe y resuelva en justicia.
2. Tomar aquel órgano una decisión justiciable, que por su parte tiene dos opciones: rechazar y archivar la causa o declarar y/o reconocer un derecho.
3. Garantizar los medios para una vez que la sentencia se encuentre ejecutoriada, sea ejecutable y se cumpla en todas sus partes.

Si un recurso deja de cumplir uno de estos dos presupuestos no es efectivo y en tal sentido es impugnabile internacionalmente, ya que se coarta el pleno *goce* de los derechos tutelados.

Otro matiz toma el asunto cuando abordamos el concepto de eficacia desde el pensamiento “libertario” que pregona Colson, dejando entrever que su liberación es sobre lo *externo* y su influencia, en tal sentido categoriza a la eficacia como una medición externa de los resultados, porque está sujeto a la aprobación de un poder con autoridad como lo es el Estado y no ante uno mismo. Lo que emana del Estado –lo dice Nietzsche- no es dado desde y hacia el pueblo, sino hacia sí mismos; al decir que el Estado “[de] entre todos los monstruos fríos, así se llama el más frío de todos y también es con frialdad como mente y de su boca supura esta mentira: yo, el Estado, yo soy el pueblo”³³, culmina afirmando que “El Estado es un perro hipócrita; le gusta discurrir entre vahos y mugidos, para hacer creer que su voz surge desde el vientre de las cosas”³⁴. Al verse así la eficacia sería alimentar aquel animal que discurre entre vahos. Entonces la necesidad es acoplar el concepto de eficacia hacia una acción que se fundamente en el *goce* mismo de los derechos desde y hacia el humano, porque no podemos cerrar los ojos, al ser el Estado y el Gobierno una creación humana desde la ficción, es falible.

En todo caso, la eficacia dentro del orden jurídico, tiene valía tanto para lo *externo* que sería el propio orden jurídico, como lo *interno* que es el humano; por lo que

³³ Citado en Daniel Colson, *Pequeño léxico filosófico del anarquismo ...*

³⁴ *Ibíd.*

encontramos un *valor* en la eficacia, al postularse como un constante logro de la justicia en cada caso particular existente.

3. La vigencia de los valores jurídicos

“Pero a los que no se atienen a *principios*, que les diga la *experiencia* si esa práctica, si esas leyes mitales han sido parte para fomentar, aumentar, o siquiera conservar la población de las Américas.”³⁵ (El énfasis me pertenece).

La Justicia es encontrar desde uno mismo y desde la sociedad el cumplimiento sinérgico de un conjunto de *valores* –ético morales- del ser humano “civilizado”. Los seres humanos abstraen los valores en *principios* a través de procesos históricos constantes en la vida que a su vez son expresados en la realidad humana, este ejercicio de abstracción se efectúa primero -de forma esencial- desde el individuo y sus necesidades *básico-mentales* y luego hacia y desde la cultura: social, costumbrista, ancestral y vernácula. Al constituirse el *principio* como una constante el *principio* es comprobable.

Los valores éticos «ser fieles a nuestro propio espíritu» son atinentes a la persona en específico, mientras que los valores morales «el arte de convivir desde la libertad que encontramos en la ética» lo son respecto a la persona en sociedad; por lo que los valores cuando son fundados en la moral, cambian según la latitud donde la persona nazca, por su peculiaridad, mientras que la ética es general para todos, ya que cada persona en su individualidad pertenece a una sola especie y a un solo espíritu: el humano. Sebastián Soler hace referencia a la moralidad desde su generalidad, complementando así la formación de nuestro concepto ético-moral cuando afirma: “el valor moral es irreductible y único; es real, esto es, independientemente de la mente; hay un conocimiento de los valores y un procedimiento bastante definido de tal conocimiento; los valores no son relativos a la mente, sino que le son dados.”³⁶, son dados por nuestro espíritu, no por la mente, porque la mente puede alguna vez fallar.

³⁵ José Joaquín de Olmedo, *Discursos sobre la abolición de las mitas en las Cortes de Cádiz. 12 de octubre de 1812*, en *El movimiento ilustrado y la independencia de Quito*, comp. Carlos Paladines Escudero (Quito: FONSAL, 2009) 326.

³⁶ Sebastián Soler, *Los valores jurídicos* (Buenos Aires: Imprenta Balmes, 1948), 16.

Si un “valor” no nace desde una necesidad histórica e innata del hombre, sino al “caer del cielo de la casualidad”; al nacer por meros intereses políticos u oportunistas; al constituirse tan solo para un momento histórico determinado, entre otras circunstancias, que todas se derivan y generan del hecho de no ser *causal* sino causa de efectos externos del sistema natural, se siembra un parásito en nuestro sistema que a modo de “matapalo”³⁷ aberró al *sistema innato* de creación de valores que afectará necesariamente al hombre, quien se dará cuenta de ello solamente a través de la *experiencia* de vivir lo sembrado en aquel inconsciente momento social.

En la época de la ilustración ecuatoriana, ya Olmedo se refería aquella *experiencia* que iba a nacer como conocimiento de lo que no hay que hacer porque destruye a un segmento de la población, que obviamente forma parte del todo social, inclinándolo la balanza hacia las personas que ocupan el poder, para seguir detentándolo. Lastimosamente en estos casos la práctica falaz de sembrar hechos que pretenden ser valores, cosechará resultados que pretenden ser positivos, pero definitivamente no lo son. Al inclinarse la balanza, indefectiblemente una parte se encuentra bajo –en sumisión- de la otra por ser la menos pesada.

Al caso concreto de la colonia pesó más el hierro de las armas que la espiritualidad ancestral americana, porque la espiritualidad y la conexión con la tierra, no se lo puede medir o pesar en el plano meramente material o incluso en el plano mental, solo se lo puede medir en equidad en su propio nivel: el espiritual. Lo que provocó que físicamente se incline la balanza hacia los conquistadores a costa de la afectación del segmento de la población más vulnerable: la indígena, la ancestral americana, ello, sin decir que son el segmento social más débil, porque holísticamente no lo son.

Las leyes mitales, que han sido debidamente impugnadas por Olmedo al ir osadamente en contra del ancestro americano; aquellas perversas leyes han transpolado en el tiempo y actualmente denominamos *leyes mitales* a todas aquellas en las cuales el

³⁷ ¿Sabéis lo que es el mata palo de nuestra? Es planta parásita que, de semilla traída por el viento, nace en la parte superior de un tronco lleno de vida y hermoso; crece; sus débiles ramas descienden a manera de jarcias rotas, tocan en tierra, echan raíces; y lo que bajo flexible y pobre mimbre, sube convertido en árbol, enlaza y ahoga el tronco que le sirvió de cuna, arrimo y fuente de nutrición, y encumbra su soberbia copa sobre los demás árboles. Las malas doctrinas son los matapalos de la sociedad, los pueblos son los árboles que les dan arrimo y savia para luego ser sus víctimas y perecer entre los férreos lazos de los monstruos. Juan León Mera, *La escuela doméstica* (Quito: El Fénix, 1880), 7.

poder de cualquier gobierno intenta convencernos que poseen “valores jurídicos” y en el fondo son creaciones aberrantes a la naturaleza humana que colocan al ser humano llano como medio y no como fin.

La práctica de estos contra-valores ha generado y -mientras se sigan empleando- generarán *experiencias* vivenciales desastrosas fundamentadas en base de una ficticia “justicia”, ya que no serán elementos forjados según el flujo natural de las conductas humanas y sus hechos socio-históricos. Será una experiencia que destruirá una parte de la sociedad para expresar que no es el camino, cosechando lo sembrado: un antivalor activo y tangible. La forma de obtener este conocimiento pudo haberse evitado si solamente se seguían las leyes del derecho natural, del cual el ser humano ha sido obnubilado por la modernidad del consumo: que ha primado construir “virtudes” y “valores” sobre complejos principios *externos*.

En estas circunstancias, investigaremos el Caso Suing-Durango desde la legitimidad de las normas que fueron aplicadas para su destitución, estableciendo si estas tienen su fundamento en genuinos valores jurídicos, para lo cual más adelante se graficará la “espiral de valores jurídicos”, y así identificar el verdadero lugar que ocupa el valor jurídico en la realidad concreta desde su creación en la virtud que es lo abstracto.

Desde la visión *iusnaturalista*: una vez que los *valores* se abstraen en *principios*, estos a su vez se abstraen en *derechos* los cuales –ya no abstrayéndose- se garantizan en *normas*. La garantía es el punto neutral de este sistema y separa lo que hemos visto hasta ahora, que es una creación *ideal-dogmática* de un valor, con lo que veremos después, que es la creación *material-procesal* de un valor. Luego las *normas* se expresan en *reglas*. Las reglas inculcan el cumplimiento de valores ya convertidos en *valores jurídicos*. Es aquí donde demostramos el avance cualitativo y cuantitativo del elemento valor hacia el elemento *valor jurídico*, que por una parte ahora es tangible y por lo tanto exigible, por otra, el valor jurídico gráficamente se encontrará superpuesto –en una espiral- al valor general, siempre y cuando se cumpla el sistema, el valor jurídico será legítimo.

En el ciclo se evidencia una *chispa dogmática*, una *virtud*, que crea un valor desde lo sustantivo, naciendo en lo inmaterial, desde el mismo espíritu del derecho y del

ideal básico de justicia que se genera desde muchas fuentes pero con una sola misión. Para cumplirse, esta misión es acometida desde *adentro* conductualmente por las personas como una cotidiana forma de vida que me instruye íntima y personalmente - según mis propias necesidades- para que allí se convierta en un concepto completo, compartiéndola y practicándola en sociedad.

Las creaciones naturales –no forzosas o falsas- de la virtud del hombre, ya de por sí son puras y buenas para él, ello entendiendo a la virtud en su acepción más general como “disposición constante del alma para las acciones conformes a la ley moral”,³⁸ - cuatro son las virtudes según Platón y la virtud fundante es la justicia. Es equivocado pensar que el hombre comete hechos aberrantes porque nacieron desde su espíritu, nacen de instintos que la sociedad le ha obligado a tener para súper o sobrevivir. Si ese hombre se dejara influir, tan solo se dejará guiar por la *fuerza natural de lo que existe*, el final de sus acciones serán distintas. Mientras tanto es misión de todos, que la sociedad se vuelva nuevamente amable hacia la individualidad de la persona que vale por sí mismo. Aquella *guía natural* que fluye interiormente –algunos la llaman conciencia-, se expresará en una conducta influida desde el *conocimiento verdadero*, libre de cualquier mezquino interés: por su ser transcendental. Una creación tan sublime como la humana, no puede naturalmente llevarse a sí misma al caos.

Por ser una conducta que fue originada *causalmente*, nace ya de por sí pura, sin ningún tipo de alteración mental. El valor final de la justicia es la forma individual de su asimilación por el ser humano como conducta y modo de vida a través de la abstracción y expresión del postulado de la justicia en el caso concreto. Para ello es necesario develar lo eterno, aquello que siempre ha existido y el tiempo lo ha ocultado: *las verdaderas necesidades existenciales*. Para ello, cuando sujetemos un *hecho* en la balanza de la Justicia, es necesario confrontar primeramente si el hecho se encuentra en contra de las virtudes humanas básicas. No de las “virtudes” que cada sociedad entrega de forma diferente -esas virtudes ciertamente han de ser recibirlas con beneficio de inventario. Contemporáneamente nos hemos preocupado demasiado en las expresiones de las conductas y no verificar si esas conductas están en consonancia con los valores del ser humano como especie que vale por sí mismo desde su creación, posicionando así

³⁸ RAE: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=HYBRWkY3vDXX2UzutFqV> (27/02/15).

a la naturaleza como fundamento del derecho, porque ella nos brinda los *primeros enunciados*. Aquí, el *hecho* a investigar según los paradigmas dados será el Caso Suing-Durango en alusión a la resolución de destitución emitida por el Cj.

Sobre la importancia de los primeros enunciados, en 1948 Sebastián Soler manifestó “Cuando un sistema va a parar insensiblemente a consecuencias muy catastróficas, evidentemente reñidas con el objeto estudiado y con el propio punto de partida de la investigación, es necesario remontarse a los primeros enunciados, porque seguramente en ellos se deslizó el error.”³⁹

Los valores jurídicos son vigentes mientras se encuentre en consonancia con los primigenios valores que han nacido de virtudes y que son comunes para todos, encontrándole allí, en su universalidad, más de un valor. Ortega y Gasset dos veces citado por Sebastián Soler al respecto ilustra “valorar no es *dar* valor a quien por sí solo no lo tenía; es reconocer un valor residente en el objeto. No es una *questio facti*, sino una *questio juris*.”⁴⁰ (...) “No son, pues, los valores un don que nuestra subjetividad hace las cosas, sino una extraña, sutil casta de objetividades que nuestra conciencia encuentra fuera de sí, como encuentra los árboles y los hombres”⁴¹

Continuando con el *sistema espiral de valores jurídicos*; fluye por el sistema el elemento desde su creación hasta el punto medio o neutro, lugar donde se encuentra la garantía, aquí el elemento figurativamente -de nadir a cenit- se transpola de una figura sustantiva a una figura adjetiva y objetiva al expresarse materialmente ya al final del sistema, ello, para otorgar validez al resultado.

El sistema es un principio mental –demostrable a nivel cuántico- ya que su estructura es un canal plenamente aplicable hacia todos los saberes, tan solo reemplazando los elementos internos por otros, evidenciando la conexión necesaria del elemento con su todo. Por ejemplo, al reemplazar la justicia con otra virtud como la *verdad*; la nueva virtud se colocará en la línea generadora de la *chispa*, una vez que haya fluido la virtud en el *sistema espiral de creación de valores* se convierte en una certeza jurídica, pero no cualquier certeza jurídica que puede ser inventada por un sabio desde circunstancias *externas*, sino que el resultado del devenir en el sistema, hará que nos

³⁹ Sebastián Soler, *Los valores jurídicos*, 44.

⁴⁰ Sebastián Soler, *ibídem*, 35.

⁴¹ Sebastián Soler, *ibídem*, 17.

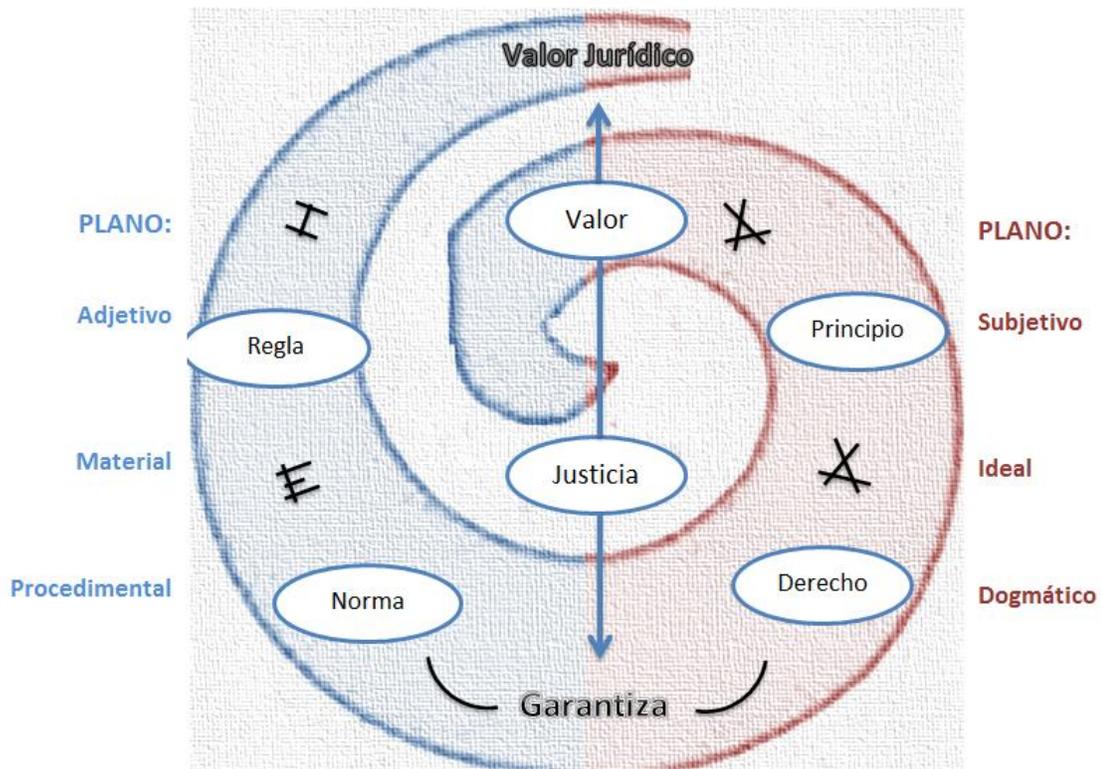
encontremos con una certeza jurídica legítima, es decir aceptada por todos, ya que fue originada *íntimamente* en un natural proceso de creación aplicables a todos los segmentos de la población y no solo crear desde y hacia un segmento de la población que “coincidentalmente” ha sido el que maneja el poder del Estado.

Las leyes mitales que impugnaba Olmedo ante la Corte de Cádiz son un ejemplo de la aberración que el ilustrado solicitaba que sean abolidas. Las leyes mitales fueron creadas por una necesidad de los reyes y en general del poder para seguir detentándolo y conservar la sociedad en su estatus quo colonial, que significaba total disposición servil hacia el rey y total saqueo de valores *innatos* en América; entonces fue constituido desde el *exterior* a capricho del pensador, no nació desde una concepción humanista, sino desde una concepción utilitarista hacia el poder imperante, sin valor histórico de creación constante e infinito que trate a las personas como fin y no como medio.

El espíritu de la actual legislación ecuatoriana más que estar basada en una concepción utilitarista del derecho es neoconstitucionalista y garantista del mismo, es decir tiene como fin que las personas sean tratadas como iguales en su diversidad, el utilitarismo por su parte podría permitir cierto grado de discriminación a favor de las mayorías. Sin embargo la figura del error inexcusable como parte del andamiaje jurídico ecuatoriano ha generado amplio debate en el sentido que si su espíritu está dado para que se realice una justicia adecuada o para destituir jueces que no están alineados al Ejecutivo y de tal forma se afiance de forma radical y utilitaria el poder en el Gobierno, como lo fue en caso de las leyes mitales.

En resumen: *chispa ideal* crea el elemento que naturalmente fluye por el sistema espiral, este desarrollo desemboca, al final: una conducta vital y consecuentemente, el producto es una válida y legítima forma de vida individual en sociedad, sobre un aspecto en específico de ella. Los elementos pueden ir cambiando, pero la estructura es absoluta para todos los procesos de creación humana de virtudes, siempre es así, en espiral, lo uno se superpone a lo otro en otro nivel pero en el mismo lugar –hacia arriba-.

Espiral de valores jurídicos innatos



4. Las cuatro vías de la tutela jurídica

Las cuatro vías de la tutela jurídica son dos intrínsecas: subjetividad, objetividad, que son relativas a la sustancialidad del proceso en lo que respecta al hecho mismo de administrar justicia y dos extrínsecas: actor, demandado, que son las partes procesales que actúan en el proceso.

Lo *intrínseco* de la tutela abarca dos ámbitos: la *objetividad* de la administración de justicia y la *subjetividad* del administrador. La objetividad se determina en la jurisdicción y competencia legal para tramitar una determinada causa, es decir que tiene que ver con el aspecto *formal* del derecho. La *subjetividad* es el segundo ámbito intrínseco de la tutela que protege al juez para que en su subjetividad decida lo justo y no se vea influido por circunstancias externas y/o internas, hechos posibles o imposibles de resistir, en tal sentido tiene que ver con aspectos *materiales* del derecho, su razón de ser.

Por ejemplo, la tutela que garantiza el derecho a un juez o a un administrador de justicia natural e independiente,⁴² se expresa en el COFJ al ordenar que la potestad jurisdiccional (que implica el principio de discrecionalidad judicial) solo puede ser observado por autoridad competente⁴³ y a la luz de la constitución, a saber:

COFJ: Art. 8.- Principio de independencia.- Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial. Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.

Art. 9.- Principio de imparcialidad.- La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes. (...)

Art. 109.- Infracciones Gravísimas.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias:

1. Vulnerar, a pretexto de ejercer facultad de supervisión, la independencia interna de las servidoras y los servidores de la Función Judicial;

Una vez que se verifique el cumplimiento de solemnidades procesales, actúa el ámbito tutelar subjetivo en la decisión de la causa, en la cual debe pronunciarse de modo inequívoca la convicción del juez en una determinada causa. Aquella convicción se la considera legítima a los principios de la justicia cuando respeta una sola ideología en todo el transcurso de la sentencia (*ratio decidendi*, *obiter dicta* y *decisum*), y no dispone arbitrariamente de los principios de cada ideología (de cada recto saber), para lo cual es necesario mirar la justicia de forma binaria, en la que existan en blanco y negro solamente dos rectos saberes con dos rectos resultados de un mismo caso; llegar a *la verosimilitud* desde la ideología tradicional y costumbrista y llegar a *la verdad* desde la ideología creadora heterodoxa, estableciendo así cierta previsibilidad sin afectar la discrecionalidad judicial. Por su parte, si bien el legislador al redactar la ley puede

⁴² Esta tutela que versa sobre la necesidad de imparcialidad del administrador de justicia: al ser parte del derecho natural existe antes de su *positivación* en las leyes escritas.

⁴³ Código Procesal Civil: Art. 24.- Toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante su jueza o juez competente determinado por la ley.

acoger varias escuelas jurídicas como en efecto ha ocurrido, lo importante es ¿Cómo interpreta el juez dicha ley?; desde el respeto a lo formal y al orden estatal o a lo sustancial y lo innato, al final primará uno sobre otro en la escala de valores y el juez decidirá en un sentido concreto.

La seguridad del juez nacerá cuando actúe por convicción desde aquella interna capacidad natural de juzgar rectamente que es parte del ser humano y que se llama *sindéresis*, por lo que en un ambiente libre de interferencias se materializará en el mandato una actitud sincera y por lo tanto segura de su decisión. La inseguridad del juez nace cuando no hay un patrón lógico a ser establecido tanto desde las escuelas jurídicas como desde la filosofía, lo que provocará evidentes contradicciones y será una guía para delatar si se ha existido falta de independencia al tratar de ajustar una decisión a causas alejadas de la justicia y la equidad. Para prevenir aquello el juez, por su propia convicción debe sujetarse a una familia jurídica en particular según su filosofía de vida, la cual no siendo una camisa de fuerza, se configura como una nueva forma de generar patrones de conducta judicial desde técnicas argumentativas a ser verificadas en la motivación del mandato.

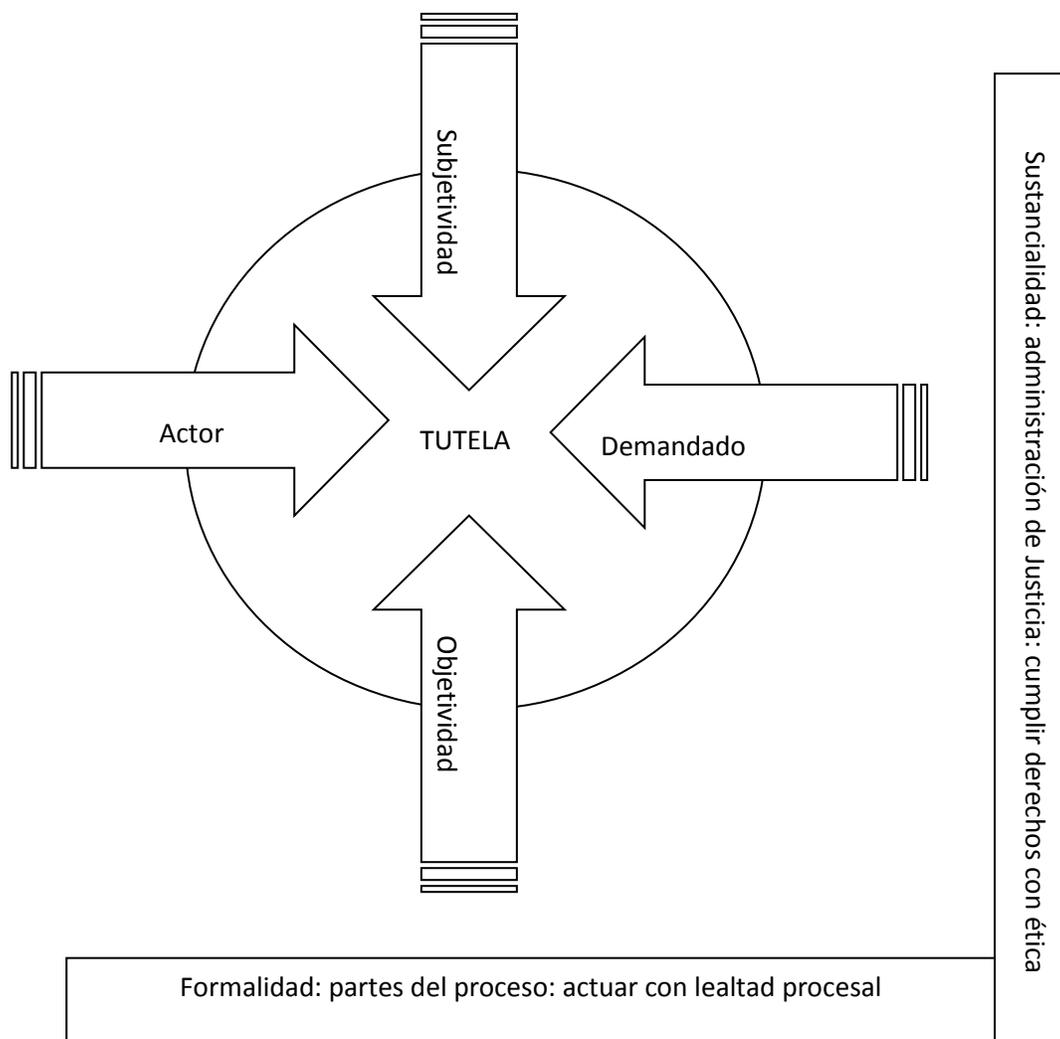
Sobre el ámbito extrínseco, corresponde al actor y demandado actuar con lealtad procesal,⁴⁴ porque solamente desde esa lealtad se puede exigir tutela. Cuando las partes procesales actúan según lo establece el derecho natural y el derecho positivo, entregarán al administrador de justicia elementos verdaderos, para que éste resuelva en su sabiduría y bondad,⁴⁵ para ello debe conocer el proceso y los únicos que le pueden conducir ciertamente a esa verdad son las partes procesales, por lo que se necesita de todas las partes involucradas en un proceso que busca la verdad y la justicia, actúen lealmente al mismo y a sus innatas convicciones personales. El hecho que un juez no tutele efectivamente el proceso que sustancia, acarrea el cometimiento de una infracción

⁴⁴ COFJ: Art. 26.- Principio de Buena Fe y Lealtad Procesal.- En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.

⁴⁵ Acojo el criterio de Leibniz sobre la bondad como elemento fundamental del derecho procesal y por el cual se da a cada parte lo que le corresponde.

disciplinaria grave como lo establece el artículo 108.8 del COFJ⁴⁶. Esta es una de las infracciones que se le imputa que han cometido los ex jueces Suing-Durango, que será materia de análisis en la presente investigación cuando nos adentremos en la motivación de la resolución de destitución.

Diagrama de las «vías tutelares»



⁴⁶ Art. 108.- INFRACCIONES GRAVES.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le podrá imponer sanción de suspensión, por las siguientes infracciones:
 (...) 8. No haber fundamentado debidamente sus actos administrativos, resoluciones o sentencias, según corresponda, o en general en la substanciación y resolución de las causas, haber violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República.

4.1. La independencia judicial.

“(…) los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías reforzadas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”. El Tribunal ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación. Adicionalmente, el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática.

El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. La Corte ha considerado que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales (...)⁴⁷

Las garantías reforzadas y peculiares de independencia propias de los jueces que alude la Corte IDH, giran en torno a la “ausencia de interferencias”. En el Ecuador Santiago Andrade afirma que

La independencia de la Función Judicial y del quehacer jurisdiccional es uno de los requisitos sine qua non para que exista un Estado de derecho.⁴⁸ (..) No basta establecer la independencia del Poder Judicial y de los jueces que lo integran; es necesario, además, asegurar el respeto de éstos. Para ello, el órgano judicial y el magistrado deben estar rodeados de garantías que los pongan a cubierto frente a los otros poderes y a terceros, protegiéndolos contra la fuerza, el miedo, la dependencia económica, las presiones o violencias de cualquier origen o naturaleza.⁴⁹ (...) nuestra historia constitucional nos demuestra que siempre se incorporó la independencia de la Función Judicial como principio fundamental de la organización del Estado (...) la independencia judicial y la responsabilidad de los magistrados y jueces son dos caras de una misma medalla.⁵⁰

Aquellos dos lados de la independencia judicial versan sobre la ausencia de interferencias que presionen internamente al juez que se curan con su excusa del

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, Sentencia 30 de junio de 2009, 19-20.

⁴⁸ Santiago Andrade Ubidia, *Independencia judicial y estado de derecho en Temas de Derecho Constitucional* (Quito: EDLE S.A., 2003) 286.

⁴⁹ Santiago Andrade, *ibídem*, 292.

⁵⁰ Santiago Andrade, *ibídem*, 307.

proceso que sustancia⁵¹ y por otra parte las presiones externas, que no hay cura, mientras se siga permitiendo su fluir desde el Estado; porque hasta hoy no hay ley que contenga su poder. La Revolución Francesa –por primera vez- hace que su país separe en trino el poder del Estado para proscribir arbitrariedades. Actualmente el concierto internacional de naciones occidentales considera legítima la autonomía de cada función del Estado, más, América Latina dista de una independencia judicial eficaz del poder del Estado, sobre ello, Pásara relata el siguiente panorama:

Durante las últimas dos décadas, en gran parte de América Latina se implementaron reformas dirigidas a mejorar el desempeño de los sistemas judiciales y fortalecer su independencia frente a otras ramas del Estado y sectores con poder político o económico. Una primera ola de estas reformas tuvo lugar como resultado de los procesos de transición democrática por los que atravesaron países tras períodos de dictaduras y represión gubernamental. Como parte esencial del retorno a la democracia, se examinaron no sólo las responsabilidades de aquellos que cometieron violaciones de derechos humanos –fuerzas armadas y grupos insurgentes–, *sino también las fallas institucionales* que habían permitido o encubierto dichas violaciones, *en particular las relacionadas con las instituciones de justicia*. Fue así como, primero en Argentina, y posteriormente en Chile, El Salvador, Perú y Guatemala, las Comisiones de la Verdad, encargadas de dar cuenta de las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante los periodos de conflicto armado o de dictaduras militares que vivieron dichos países, *también evaluaron el papel que los poderes judiciales habían jugado, y encontraron en todos los casos que estos no cumplieron su rol de administrar justicia* en pro de la protección de las víctimas de los más graves crímenes, como detenciones arbitrarias, tortura y ejecuciones extrajudiciales. Hubo en términos generales una grave abdicación de sus funciones.

Las conclusiones de estas Comisiones de la Verdad, con sus particularidades, coincidieron en señalar que los sistemas judiciales durante los periodos analizados no eran independientes, sino que estaban sometidos a las otras ramas del Estado, por lo que no fueron capaces de atender con eficiencia sus deberes de investigación y sanción del delito, sobre todo cuando de tal proceso se derivaba la responsabilidad de agentes estatales. Para superar los problemas identificados, evitar la corrupción y aumentar la transparencia y la accesibilidad de la justicia, se implementaron una variedad de reformas institucionales que comprendían la redefinición de (...) el sistema disciplinario judicial. Para estos mismos efectos, se crearon los consejos de la judicatura –o de la magistratura– con competencias en la selección de jueces y, en algunos casos, las evaluaciones de desempeño. Se aprobaron leyes de carrera judicial a partir de las cuales se reforzó la permanencia en el cargo o la inamovilidad de los jueces” (el énfasis me pertenece).⁵²

América Latina ha utilizado como panacea reformas tras reformas de carácter legal e institucional para la falta de independencia judicial. Sin embargo su

⁵¹ Entiéndase como presiones internas aquellas que se generan por conflicto de intereses entre el juez y las partes procesales al ser amigos íntimos o enemigos manifiestos por ejemplo.

⁵² Luis Pásara, *Independencia Judicial en la reforma de justicia ecuatoriana*, 2014, iv.

idiosincrasia⁵³ ha colocado excesiva confianza al Estado y por tal a sus dignatarios, y en virtud de esa confianza dejará que por ejemplo un Jefe de Estado intervenga en la Función Judicial, para que por este actuar quiera que se practiquen otros valores distintos y ajenos al de la independencia judicial, pero si embargo él los asegura como superiores.

La causa por la que no se logra consolidar una independencia judicial eficaz es porque la ciudadanía al colocar al Estado como bien supremo, permite que se haga normal la falta de independencia. Ejemplo patético el que aconteció con el General Videla en la dictadura más sangrienta de Argentina, muchos de los culpables salieron indemnes.

La mala administración de los tribunales y juzgados por falta de independencia externa es un mal que ha nacido desde su concepto mismo de juzgar conductas a partir del poder, y según lo relata la historia ningún poder estatal es infalible. Bajo el aforismo de “dar a cada cual lo que le corresponde” desde el imperio romano se ha legitimado la actuación de los tribunales y juzgados, más, la justicia, no debe verse como la dación de un agente externo de una generosa dádiva, porque en primer término no se puede dar lo que no se tiene o no le pertenece y el Estado al ser una ficción inventada por el hombre, no posee por sí mismo derechos justiciables. Lo real es lo humano y sus derechos son innatos, no dados por aquel ente. La teoría del contrato social que pregonaba Rousseau grafica lo dicho: el hombre entrega *ciertas libertades innatas* a un ente estatal a forma de contrato para que organice una sociedad de paz. Dicha entrega no es renuncia, por lo que si aquellos derechos son conculcados, el ciudadano está en plena facultad de reclamarlos, siendo la independencia judicial un valor fundado para el respeto de los derechos, tanto de las partes litigantes, como de los propios jueces y de la sociedad en general.

La Jurisprudencia de la Corte IDH, establece dos garantías adicionales de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento y la inamovilidad en el cargo.⁵⁴ Los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura,⁵⁵ al

⁵³ Al pertenecer a la familia jurídico romano germánica y al actuar según las enseñanzas del positivismo.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, Sentencia de 23 de agosto de 2013, 45.

respecto prescriben que “11. La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos (...)” y que “12. Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto.” En la especie, los señores Suing y Durango ganaron el nombramiento de jueces nacionales mediante un concurso de méritos y oposición organizado por el Consejo de la Judicatura que meses después los destituyó, bajo las figuras de falta de motivación y error inexcusable. Las citadas sanciones se encuentran en el COFJ como faltas graves y gravísimas respectivamente, que según la corriente del positivismo jurídico explican legal y normativamente la destitución y la “movilidad” de jueces que obtuvieron un nombramiento al ganar el respectivo concursos de méritos y oposición, mismo que, de forma adicional al referéndum⁵⁶ ha servido para legitimar la reforma judicial en nuestro país.

En la cumbre de las Américas desarrollada el 11 de abril de 2015 el actual Presidente ecuatoriano, ha manifestado que el Consejo de la Judicatura es independiente y que “los jueces son elegidos por concurso de méritos. Ecuador es uno de los siete países de los 35 que han suscrito todos los pactos de derechos humanos”.⁵⁷ El hecho es que nuestro país de tradición romano germánica no comparte igual criterios con otros países de la misma familia jurídica. Las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los jueces prescriben “Principio I. Principios Generales sobre la Independencia de los jueces “2. a. i. las decisiones de los jueces no deben estar sometidas a revisión salvo en los procesos de apelación según lo dispone la ley; (...) Los jueces designados no podrán ser destituidos del cargo en forma permanente

⁵⁵ Principios adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

⁵⁶ Referéndum y consulta popular de 7 de Mayo de 2011, publicada en Registro Oficial Suplemento 490 de 13 de Julio de 2011.

⁵⁷ EL COMERCIO de 11 de abril de 2015 disponible en <http://www.elcomercio.com/actualidad/rafaelcorrea-cumbre-latinoamericana-barackobama.html>. (04-05-2015)

sin razones válidas hasta su retiro obligatorio. Dichas razones, que *deben estar definidas por la ley en términos precisos, (...)*⁵⁸ (el énfasis me pertenece).

En el país según lo hemos visto, las figuras de error inexcusable y falta de motivación, para ser empleadas, exige una necesaria revisión de control de la decisión judicial por un órgano administrativo. Nuestro Consejo de la Judicatura tiene legalmente aquella facultad, en su *Rendición de Cuentas 2011-2013*, señala

Para el ejercicio de la potestad disciplinaria fue indispensable expedir la normativa secundaria adecuada que logre establecer un equilibrio entre un ágil desarrollo del proceso disciplinario, el efectivo ejercicio de la potestad sancionadora y un irrestricto respeto al derecho a la defensa y todas las demás garantías básicas del debido proceso, reconocidas por la Constitución de la República y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁵⁹

Enrique Herrería, miembro del Observatorio de Derechos de Justicia, considera que *no es precisa* la figura de error inexcusable al afirmar que “es amplia, injurídica y permite que el CJ subjetiva y discrecionalmente sancione a los jueces, particularmente en los cuales hay intereses políticos del Estado”.⁶⁰ La Veeduría Internacional para la reforma judicial señaló

En este sentido, ha de llamarse la atención sobre la regulación del denominado error inexcusable que se encuentra contenido en el Código Orgánico de la Función Judicial, y que en los requerimientos que se ha realizado en esta Veeduría Internacional se ha acreditado que puede enmascarar acciones disciplinarias que suponen auténticas revisiones jurisdiccionales. Esta potencial injerencia debería ser eliminada y acogerse un sistema disciplinario pormenorizado, con cláusulas definidas y con prohibición expresa de la aplicación analógica en perjuicio del supuesto responsable.

Lo mismo cabe decir de las medidas preventivas de suspensión de jueces/as que, a veces, se convierten en actos estrictamente discrecionales, sobre todo cuando provienen de la revisión administrativa de una decisión jurisdiccional y, cuando bajo supuestas prevaricaciones, se podría esconder lo que realmente es un criterio de interpretación de una norma dentro de la libertad de interpretación que compete a todo juez.

En este sentido, debería aprobarse una ley que regule específicamente el sistema disciplinario de los servidores judiciales, que respete el principio *ne bis in ídem*, y el de preferencia de la investigación penal y, que en todo caso describa pormenorizadamente, sin

⁵⁸ Recomendación No. R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces, adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994.

⁵⁹ CJ, ¡Cumplimos!, *Rendición de cuentas del consejo de la judicatura periodo julio 2011 y enero 2013*, 32.

⁶⁰ <http://www.eluniverso.com/noticias/2013/11/27/nota/1827101/jalkh-quitar-error-inexcusable-necesita-reforma> (11-05-2015)

opción a las cláusulas genéricas, las faltas disciplinarias y su sanción y, sin que en ningún caso pueda interferir en el ejercicio de la jurisdicción mediante la suspensión cautelar del afectado, salvo caso de flagrante delito o a partir de que se hayan formulado cargos contra aquel.⁶¹

X.2 Recomendaciones del informe final

X. 2.1 La inamovilidad judicial, sin perjuicio de los sistemas de evaluación periódica de sus miembros, debe garantizarse a todos los niveles con el fin de dotar al sistema de una seguridad jurídica que durante mucho tiempo ha sido cuestionada.⁶²

La prensa nacional al estar interesada en el caso entrevistó a José Suing, quien afirmó que "es una destitución ilegal porque no se ha probado lo que el denunciante expresa en su denuncia". Suing considera que se vulneró el principio de independencia judicial. "El SRI nos acusa de habernos apartado de un criterio que hemos tenido en casos similares, no son los mismos casos, y ¿dónde está el margen de discreción que tiene un juez para emitir una decisión?"⁶³.

Mauro Terán –ex juez nacional- deduce que el Consejo de la Judicatura “está excediendo en sus atribuciones porque la falta de motivación solo puede ser apreciada por el juez en proceso judicial.”, concluyendo que “se está enviando mensajes que los jueces deben actuar de acuerdo con determinadas directrices.”⁶⁴ Gustavo Jalk –quien suscribió la resolución de destitución del Caso Suing-Durango en su calidad de Presidente del Consejo de la Judicatura- opina

Las personas que actúan apegadas a las buenas prácticas procesales no tienen nada que temer. Al contrario, cuentan con todo el respaldo del Consejo, asegurando que no ha constatado tal preocupación en los jueces nacionales y que percibe mucha tranquilidad.⁶⁵ (...) es evidente que en Ecuador hay una transformación profunda de la justicia. La intención es reforzar la independencia con una carrera judicial solvente. Este es el país que más invierte en justicia en toda Latinoamérica. Entonces, ¿por qué persisten las denuncias de falta de independencia?⁶⁶

Por último responde Jalk a la pregunta ¿Las declaraciones de autoridades del Gobierno sobre la actuación de los jueces no afectan el debido proceso y la presunción de inocencia de los acusados, que aún no han sido sentenciados? Las declaraciones públicas de cualquier

⁶¹ Informe Final de la Veeduría Internacional a la Reforma de la Justicia en Ecuador presidida por Baltasar Garzón y presentada el 13 de diciembre de 2012 para cumplir con lo ofrecido en el referéndum de la reforma judicial del 2011, 43

⁶² *Ibidem*, 97.

⁶³ http://expreso.ec/expreso/plantillas/nota_print.aspx?idArt=5508423&tipo=2 (11-05-2015).

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ <http://edicionimpresa.elcomercio.com/es/1621410108dd12d1-4e83-48d6-9ac7-f8df44dd63a0> (15-05-15).

sector no pasan de ser eso, los jueces no dictaminan en base a opiniones de uno o de otro, deben sentenciar en función de lo que la Ley dice, motivar sus sentencias en derecho. Que los actores sociales opinen en medios privados y públicos sobre las decisiones judiciales es lo más común. No sé si es lo más deseable. Al final, el primer responsable de su independencia es el propio juez.⁶⁷

Para Pásara el Caso Suing-Durango no es aislado, se funda en varias cifras:

Dado que las resoluciones del Consejo no son públicas, se recurrió a vías informales en las que se obtuvo 42 resoluciones integrantes de la muestra ocasionaron la destitución de un total de 57 jueces, dado que en algunas de ellas se destituyó a más de un funcionario judicial. 50 de los jueces destituidos contaban con un nombramiento que les otorgaba estabilidad en el cargo. De acuerdo al examen de los casos incluidos en la muestra, los casos de procesamiento y destitución correspondieron abrumadoramente al “error inexcusable”, que eventualmente aparecía acompañado por la “falta de fundamentación”. El examen de las resoluciones referidas al “error inexcusable” muestra que la definición utilizada por el Consejo de esta figura legal es vacilante y, en algunos casos, ocasiona confusión.⁶⁸

Sobre procesos generales de reforma judicial, la Corte IDH –en el caso que el Ecuador fue condenado a indemnizar a los jueces supremos que fueron separados por una decisión del Gobierno Central- señala

La Corte ha hecho algunas precisiones sobre la faceta institucional y la dimensión objetiva de la independencia judicial (*supra* párrs. 150 a 155). Sin embargo, en las circunstancias del presente caso, que se diferencia de otros casos anteriores referidos a la destitución arbitraria de jueces en forma aislada, es fundamental desarrollar con más detalle en qué medida el cese masivo de jueces, particularmente de Altas Cortes, constituye no sólo un atentado contra la independencia judicial sino también contra el orden democrático.⁶⁹

Santiago Andrade, -que fue uno de aquellos jueces supremos separados- propone que el sometimiento al orden jurídico por parte del juez, hace que sus sentencias sean legítimas.

m) Los magistrados y jueces, por no haber sido designados directamente por los ciudadanos, deben alcanzar su legitimación funcional demostrando día a día que su actuación se somete al ordenamiento jurídico: la vía para alcanzar esta legitimación es mediante la fundamentación de sus fallos;

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ Luis Pásara, *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*, 7.

⁶⁹ Corte IDH, Caso de la Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador, 53.

n) mientras los magistrados y jueces se legitimen funcionalmente, tienen derechos a permanecer en sus destinos y a asumir nuevas responsabilidades mediante los respectivos ascensos;⁷⁰

Más allá de la legitimación que puede hacer el pueblo de una determinada sentencia, nos preguntamos aún, ¿Es justo el mandato? Pamela Aguirre, toca un aspecto trascendental para el Caso Suing-Durango que es *el valor de la jurisprudencia* tomada a partir de su relación con las familias jurídicas occidentales. En el Caso Suing-Durango el Cj impuso a los jueces sumariados el deber de atenerse a líneas jurisprudenciales establecidas en casos considerados análogos. El Cj ha subsumido el hecho, que es la alegada falta de vinculación judicial, con el derecho; al adecuar el hecho a la causal de error inexcusable establecida en el COFJ como razón suficiente para la destitución de un juez. Este ejercicio argumentativo hecho por el órgano administrativo de gobierno de la Función Judicial ¿Atenta contra la independencia y la discrecionalidad judicial?

Las funciones que desempeñan las altas Cortes son esenciales dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, toda vez que a partir del desarrollo de jurisprudencia vinculante –horizontal y vertical- genera la transformación en el sistema de fuentes ecuatoriano. En efecto, si es la jurisprudencia la llamada a convertirse en uno de las principales fuentes de resolución de conflictos sociales, debería entonces constituirse en las razones excluyentes y definitivas de las resoluciones judiciales posteriores, esquema que sin lugar a dudas trastoca los clásicos cánones del sistema de fuentes de la familia romano germánica de la cual nuestro ordenamiento jurídico proviene.⁷¹ (...), luego inquiere ¿Cuáles son los mecanismos que permiten controlar la discrecionalidad judicial?, para concluir señalando que las técnicas de argumentación jurídica son una de las herramientas que permiten determinar la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales.⁷²

Aceptando que las técnicas de argumentación son un método para determinar cómo va a resolver el juez y la autoridad en general, ahora, nos une el fin de colocar el contenido del método para traer como resultado que el paradigma que nos entrega Pamela Aguirre se lo ejercite para comprobar si existe la necesaria motivación en un mandato de autoridad.⁷³

⁷⁰ Santiago Andrade Ubidia, *Independencia judicial...*, 308.

⁷¹ Pamela Aguirre Castro, *El valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano: ¿Cambio de Paradigma?*, en *Revista de Derecho Constitucional Umbral* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013), 71.

⁷² *Ibíd.*, 75-76.

⁷³ El imperativo de motivar las decisiones emanadas de cualquier poder público es un mandato constitucional establecido en el artículo 76. 7. I).

CAPITULO II

Axiología de la motivación

1. De los dogmas.

«Sólo necesito saber los dogmas, pues hallaré luego las demostraciones» Crisipo.

« Dime como piensas y te diré como interpretas» Ronald Dworkin.

El juez para realizar el trabajo argumentativo de su sentencia, interpreta instintivamente una norma jurídica hacia un caso concreto, para lo cual debe abstraerse a los puntos capitales que rigen su psiquis y conducta para que sea válido el *mandato de autoridad oficial* que contendrá la sentencia, así el juez demostrará sus dogmas como aquellas proposiciones firmes y ciertas en las que asienta su vida como innegables y que son inherentes a una posición filosófica en concreto.

El filósofo comparte la misma preocupación que el jurista, pero de forma distinta. Que fue primero la materia o la idea, es para el jurista, que prima el orden escrito o lo innato. El filósofo ha aquietado sus dudas cuando por convicción forma parte de una escuela filosófica. Los más objetivos, concretos, costumbristas, pragmáticos, etc., se adscribían a la escuela del materialismo, por lo que los filósofos más subjetivos, abstractos, metafísicos, utópicos, etc., eran parte del idealismo. Ambas escuelas se necesitaban para seguir siendo lo que *su convicción comunitaria* les guiaba y se valían de comparaciones entre sí para definirse a sí mismas. Quienes no se encontraban en una sola posición, sea por apatía o por ambigüedad, quedaban inmersos en una suerte de

eclecticismo filosófico, es decir: escoger lo que “más me interesa” de cada escuela filosófica sin principios definidos. El jurista aquietó sus dudas afiliándose a una familia jurídica que lo definió como empirista al más objetivo y racionalista al más subjetivo. En la edad moderna, el positivismo creado por Augusto Comte pasó de filosofía a ciencia jurídica y como todo, necesitaba de su contrario para definirse, *revive el derecho natural* –aquel que en la antigüedad motivó preguntas que fueron contestadas en la razón del Renacimiento-.

Las fuentes del derecho de las que se vale el jurista, como son: la ley, la jurisprudencia y la costumbre, son conocimientos necesarios para un administrador de justicia, su *recto saber* ha de reflejarse en sus mandatos y lo comprobaremos al establecer que ideologías configuran un recto saber y que ideologías configuran el otro recto saber, ya que “el hombre es un ciudadano de dos mundos”.⁷⁴ Fiel a sus convicciones el juez se llenará de normas, opiniones de juristas, decisiones de jueces, etc., y las interpretará según su escuela jurídica, esto, en un ambiente natural “ausente de interferencias”.

Mario Vargas Llosa, premio nobel de literatura asevera “Un escritor no escoge sus temas, son los temas los que le escogen a él”⁷⁵ es por convicción que uno se llena de información que le parece coherente y la utiliza en su diario vivir. El juez al cual “nada humano le es ajeno” ocurre lo mismo, al momento de motivar sus decisiones discriminan posibles soluciones para quedarse con la que más se acerque a su verdad, *sus dogmas le escogen a él y él se convence de ellos*.

2. De la *gnosis jurídica*.

Vista así la vida, nos corresponde definir los principios filosóficos que rigen las escuelas jurídicas para establecer el patrón del “deber ser” de la sentencia en cuanto a su motivación.

⁷⁴ Emanuel Kant, en Italo F. Gastaldi, *El hombre un misterio* (Quito: Abya Yala, 2003), 55.

⁷⁵ <http://www.frasesypensamientos.com.ar/autor/mario-vargas-llosa.html> (13-05-15)

Actuales bases filosóficas de la <i>gnosis jurídica occidental</i>		
Materialismo	Eclecticismo	Idealismo
Ethos	-Retórica-	Logos
Empirismo	Criticismo	Racionalismo
Familia Jurídica Romano-Germánica	Derecho Híbrido	Familia Jurídica Anglosajona
Civil Law		Common Law
Positivismo	Realismo	Iusnaturalismo
Adjetivo	Lo real	Sustantivo
Formalismo	Concreción	Libertad
Estatismo		Humanismo
Lo fundado	El ser	Lo fundante
Ser	El estado	Deber ser
Cinética	-Energía-	Vital
Verosimilitud	Concepto y acción	Verdad
Sustancia		Esencia
Continente	Creación	Contenido
Física	Ente	Metafísica
Objetivismo	Existencialismo	Subjetivismo
Extrínseco	Universo	Intrínseco
Potencia		Entelequia
Lo cambiante		Lo permanente
<i>Virtudes</i>		
Validez	Eficacia	Justicia
Valores Jurídicos		
Orden y Seguridad	Paz	Cooperación y bondad
Aforismos		
Es preferible la injusticia al desorden. Goethe. Donde no existe poder público no hay ley; donde no hay ley, tampoco hay injusticia. ⁷⁶	“El derecho viviente” Alf Ross. Las leyes no tienen otro significado que aquel que le atribuyen los jueces. ⁷⁷	El sometimiento del poder a la razón. Vivir de acuerdo con la naturaleza. Estoicos Yo no quiero que se proceda de ninguna manera en mengua de la justicia. ⁷⁸

⁷⁶ Thomas Hobbes, *De la condición natural del hombre, en lo concerniente a sus dichas y desdichas*, en John A. Vásquez comp, *Relaciones Internacionales, el pensamiento de los clásicos* (México: Ed. Limusa., 1994), 263.

⁷⁷ Alf Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, (Buenos Aires: Ed. Eudeba, 1997), 105.

⁷⁸ Pablo Palacio, *El antropófago*, en *Un hombre muerto a puntapiés –narrativa ecuatoriana-* (Quito: Ed. Editogran, 2013), 47.

a) El materialismo y el idealismo son las primeras razones de toda filosofía y escuela jurídica: orientan el conocimiento de la realidad, así como el sentido del obrar humano. Para un idealista es válido que una persona diga “Necesito saber ¿De dónde sale el sol? y ¿Por qué se esconde?”⁷⁹ o se inquietara al igual que Leibniz “por qué existe el ser y no la nada”⁸⁰. Un materialista no gasta el tiempo en preguntas *irreales* como si los astros actúan por motivos existenciales supra sensibles, es decir: no físicos, por cuanto les interesa el ser como tal: lo *meta-empírico* simplemente no existe. Por su parte el idealista intentaría determinar la existencia de esa “nada” que motiva al sol a “escondarse” valiéndose incluso de leyendas orales. Por su parte el eclecticismo es una escuela filosófica que “adopta una postura intermedia, en vez de seguir soluciones extremas o bien definidas.”⁸¹

b) Dos modos de persuasión contiene la retórica de Aristóteles. *El ethos*, que actúa en base a la costumbre y a la apariencia física de las cosas reales, por lo que es empirista y material. *El logos* actúa en un plano racional e ideal para persuadir desde la inteligencia original y propia. Es en esta línea que Heráclito en su “Teoría del ser” dice “No a mí, sino habiendo escuchado al logos, es sabio decir junto a él que todo es uno”. La persuasión que hace el juez para convencer con su sentencia tendrá así mismo dos expresiones: realce al respeto de lo consuetudinario o a lo original.

c) El empirismo y el racionalismo si bien son corrientes contrarias, las dos participan de la razón, aquella que nos erigió por encima de los animales. Se la puede dividir en: razonar para entender y razonar para hacer criterio. Dentro de los límites de nuestro modelo, vemos que es suficiente para la corriente materialista entender la realidad, mientras que para el idealismo no lo es, para lo cual se vale del *logos* para hacer criterios que son necesarios para ellos. El juez que prima el derecho escrito por sobre el natural o que no reflexiona sobre *lo justo* de aquel derecho escrito que sin embargo lo entiende

⁷⁹ Extremoduro; *Segundo Movimiento, lo de afuera*, “La ley innata”, 2008.

⁸⁰ Citado en Italo F. Gastaldi, *El hombre un misterio* (Quito: Abya Yala, 2003), 30.

⁸¹ RAE: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=eclecticismo> (13-05-15).

adecuadamente: se respalda principalmente en la validez externa del derecho, por lo que le bastará que su decisión sea verosímil, será un *Juez empirista y materialista*, mientras que el juez hace fallos suscrito a la verdad y a lo que es más justo (validez intrínseca) será un *Juez racionalista e idealista*. Por su parte el Criticismo principalmente impulsado por Kant, intenta unir –en varios aspectos– las corrientes filosóficas aludidas.

d) La familia jurídica romano germánica, prima lo escrito a lo oral, la costumbre a la innovación, es políticamente conservadora del *civil law*. Es una escuela jurídica que se adhiere al materialismo, empirismo, al utilitarismo y al positivismo; coloca al orden y la seguridad como valores jurídicos esenciales. Importa la validez *extrínseca* de la norma, importa el procedimiento, lo formal, *lo adjetivo, el continente y no el contenido*. Prescinde el intento de llegar a una *verdad justa*, se queda en una verdad particular y concreta, por lo que su norte no es llegar a la *esencia*, sino se queda en la *sustancia* de los andamiajes jurídicos, en este formalismo *el dogma* es el legislador, *el ethos* es su modo de persuasión al colocar importancia en la costumbre y en la apariencia física de las cosas reales, *lo vigente y lo objetivo* es su valor jurídico. El juez de la escuela romano germánica motiva suficientemente su decisión al ser *boca de la ley*, por lo que es un juez pasivo. Funda sus decisiones en técnicas de argumentación deductivas tales como la subsunción, proscribe técnicas de motivación judicial libres, lo que trae como consecuencia inmediata que no sea un derecho cambiante: *el derecho de los muertos seguirá rigiendo al de los vivos*; le es indiferente que existan *leyes míticas*. *Confían* en el poder del Estado, por lo que si tiene que escoger entre *ser leal* al ser humano o al Estado, escoge al último. Están sujetos a ser presas de aquel “animal artificial” que los induce a renunciar libertad por “*reclamar demasiada autoridad*”⁸² y el gobierno responderá con más leyes vigentes.

e) La familia jurídica anglosajona crea el *common law* como un *ente metafísico* del “*deber ser*”. Le importa *lo fundante, lo sustantivo*, más que lo

⁸² Thomas Hobbes, *Leviatan* (Madrid: Ed. Nacional, 1980), 113.

fundado o *lo extrínseco*, de allí nace su *entelequia*. Su método se aleja de conceptos matemáticos y equitativos de justicia. Se basa en principios procesales dinámicos para intentar llegar a una *verdad permanente* e inalterable. Extrae a partir de determinadas observaciones o experiencias particulares, el principio general que en ellas está implícito. Se expresa esencialmente de forma oral, es flexible en cuanto al orden jerárquico de las normas: por lo que es necesario de un juez activo –director del proceso- que justifica sus sentencias en el racionalismo y no en lo impuesto por el Estado, la confianza es para el ser humano. Las técnicas argumentativas de los administradores de justicia del *common law* serán de corte inductivo y por tal *subjetivo*, ya que esta posición *ius-filosófica* posee valores jurídicos más *abstractos* que el *civil law*, como la *cooperación* –e incluso la *bondad* en cuanto solidaridad-. Son abstractos porque se encuentran más cerca de la virtud *justicia*: la cual tiene su fin en sí misma y no en la *potencia* del “orden” que postula las leyes escritas.⁸³ Políticamente es liberal, el dogma es la justicia, lo que podría inducirlos a “*reclamar una libertad demasiado grande*”⁸⁴, para lo cual el gobierno responderá con más leyes vigentes.

f) El realismo jurídico, sin dejar de utilizar la potencia de las normas escritas –positivismo- innova criterios desde una producción de jurisprudencia mucho más laxa que la dada en el *civil law*. Su concreción es atinente a la casuística del mandato de autoridad judicial. Actúa tanto en el sistema, como en el individuo, por lo que es indefinible una ideología política que lo caracterice. Por su calidad de elemento neutro,⁸⁵ su valor jurídico es la paz, esto, mientras sorteas un entorno inseguro y alterable por la falta de principios definidos por las escuelas jurídicas tradicionales. Su virtud es la eficacia porque intenta unir la validez formal con la material en cada pronunciamiento judicial. Ansía un estado

⁸³ Potencia que contiene verdadera facultad de producir efectos sobre la *innata libertad* de los individuos.

⁸⁴ Thomas Hobbes, *Leviatan...*, 113.

⁸⁵ Maquiavelo reniega de posiciones neutras cuando aconseja (...) un gobernante se hace acreedor de estimación cuando demuestra una posición resuelta de amistad cabal o de enemistad total; es decir, cuando apartando todo temor a las consecuencias se declarará abiertamente a favor o en contra de otro, posición que le ganará reputación mucho más benéfica que si opta por la neutralidad. Nicolás Maquiavelo, *De El Príncipe*, en John A. Vásquez comp, *Relaciones Internacionales, el pensamiento de los clásicos* (México: Editorial Limusa, 1994), 46.

de creación constante de normas mandantes, *haciendo derecho al andar* pretende dar a cada cual lo que le corresponde según *su realidad social*, pero sin definir ¿Qué le corresponde?, o determinar si los bienes a “ser entregados” *son justos*, en tal sentido como ciudadano estoy sujeto a que el Estado me obligue a que me corresponda algo que considero “injusto” y que el pueblo lo legitime.⁸⁶ De lo que se ocupa es de la *afectación real* que da el derecho jurisprudencial en casos concretos, los cuales son analizados desde *los efectos* y no desde *las causas*. Un ejemplo particular es Estados Unidos, al poseer un derecho híbrido: acata un orden escrito bastante potente,⁸⁷ sin embargo la jurisprudencia –al ser transversal- puede igualarle en jerarquía y vencerle en fuerzas valorativas, allí la constitución es lo que dice *el juez creador*.

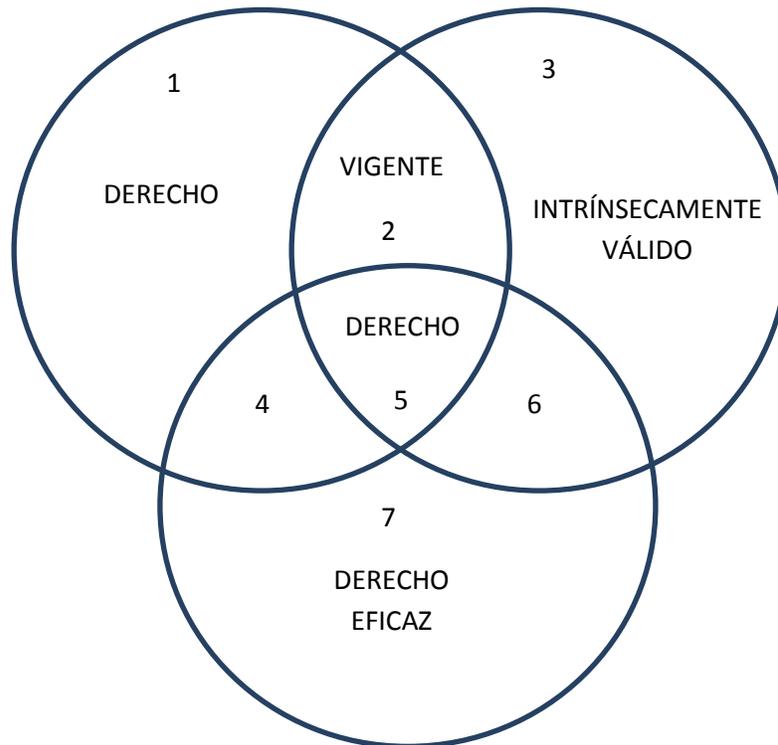
3. De la unidad jurídica de la motivación.

Desde Latinoamérica Eduardo García Máynez aspira a la existencia de una “armonía de los opuestos” mediante su teoría de los tres círculos y así grafica la unión del *todo jurídico*.

⁸⁶ Si el derecho tuviera su fundamento en la voluntad de los pueblos, en los decretos de los jefes o en la sentencia de los jueces, entonces tendría uno derecho a desempeñar el oficio de bandido, a cometer adulterio, de crear falsos testamentos, si tales acciones obtenían la aprobación de los votos o de las resoluciones de la masa popular. Pero, si la opinión o la voluntad de las gentes insensatas y necias goza de un poder tal que éstas pueden, por medio de sus votos, derribar e invertir el orden de la naturaleza, ¿porqué no deciden que lo que es malo y nocivo se considerará de ahora en adelante bueno y saludable? O bien, también, ¿por qué, puesto que la ley puede crear el derecho a partir de lo injusto, no había de poder crear ella el bien con lo que es un mal? En todo caso, por nuestra parte, nosotros no podemos distinguir la ley buena de la ley mala en virtud de ninguna otra norma que la naturaleza. Y la naturaleza no solamente distingue lo que es derecho y lo que es no-derecho, sino también, de una manera general, todos los actos nobles o viles, pues, una vez que la intuición común a todos los hombres nos ha dado a conocer las cosas y las ha esbozado en nuestro corazón, las cosas nobles se encuentran clasificadas en la categoría de la virtud, y las cosas viles en la categoría de los vicios. (...) puesto que la ley debe ser la que reforme los vicios y aconseje las virtudes, es preciso que haya sido deducida del mismo sistema doctrinal de vida. De ello resulta que la Sabiduría es la madre de todas las actividades buenas, la sabiduría, digo, por amor a la cual se inventó en griego el nombre de “filosofía” y que es el don más feraz, el más rico, el más noble con que los dioses inmortales han dotado a la vida humana. Marco Tulio Cicerón, *Sobre Leyes* (Buenos Aires: Aguilar Ed., 1966), 58 y 65.

⁸⁷ Es potente e histórico, rige la Constitución Federal de los Estados Unidos como la más antigua del mundo.

Diagrama de los tres círculos



El círculo superior de la izquierda corresponde al *derecho vigente*; el superior de la derecha, al *intrínsecamente válido*; el inferior y central, al *derecho eficaz*. La combinación de los tres círculos descubre siete posibilidades diferentes, a saber:

- 1) La de normas extrínsecamente válidas que carecen de valor intrínseco y de eficacia;
- 2) La de preceptos vigentes e intrínsecamente justos, mas no eficaces;
- 3) La de normas o principio intrínsecamente válidos, pero desprovistos de vigencia y de efectividad;
- 4) La de preceptos vigentes y eficaces, pero injustos;
- 5) La de normas en las que concurren los tres atributos, el de la vigencia, el de la validez intrínseca y el de la eficacia;
- 6) La de normas o principios intrínsecamente valiosos, dotados de eficacia, pero no reconocidos por el poder público;
- 7) La de reglas consuetudinarias, necesariamente eficaces, pero sin validez formal ni valor objetivo.⁸⁸

⁸⁸Eduardo García Máynez, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo* (México D. F.: Fontamara S.A., primera edición, 1993), 148-149.

El círculo número cinco contiene un tipo de derecho ideal, confluyen todos los valores jurídicos doctrinarios: el de la vigencia legal –positivismo- la eficacia –el realismo- y la validez intrínseca –el uis-naturalismo-, más existe un problema aún no resuelto: ajustar aquella armonía a la realidad social. El intento de agrupar en un solo círculo toda la diversidad de los procesos judiciales, deja de lado lo esencial para determinar una recta motivación: la convicción judicial según la diversa y legítima visión del mundo que tenga la autoridad pública.

Si el juez se adscribe a una posición neutra seguiremos en la realidad actual: escoger –incluso muchas veces sin saberlo- los principios que más me interesen de cada escuela jurídica para adecuar una sentencia a un fin específico, y no a la justicia. En este escenario es casi imposible seguir un patrón de conducta del juez que indique su verdadera convicción, y en tal sentido verificar si la motivación de su decisión es adecuada. El juez, deberá ejercer su poder de administrar justicia siendo leal a la escuela jurídica que por convicción tomará, de lo contrario su decisión no será ética, y en tal sentido será inmotivada, por lo que el “deber ser” de la armonía de los opuestos, para determinar una motivación adecuada de un mandato de autoridad, es que dichas posiciones doctrinarias sigan siendo opuestas, allí radica su unidad. Por ejemplo para un juez uisnaturalista, la escala de valores en sus decisiones se materializará según la jerarquía reflejada en la siguiente pirámide:



3.1. El positivismo jurídico como signo de *argumentación suficiente*.

El positivismo jurídico al tener una fuente filosófica materialista y empirista, transita por un camino heterónimo y costumbrista. De forma irreflexiva tomará las reglas impuestas por una autoridad exterior, y las asegurará como ciertas utilizando su *ethos* para descansar allí. El signo que le impregna el positivismo a la decisión de un juez que por convicción es empirista, es el de la apariencia del buen derecho, es decir que mientras una sentencia sea verosímil, la labor del juez –que pertenece a la familia romano germánico: concluye.

Comte nos muestra la unión entre el positivismo moderno que él inventó y el empirismo cuando señala “En una palabra: al considerar todas las teorías científicas, como grandes hechos lógicos, solamente con la profunda observación de esos hechos, se puede llegar al conocimiento de las leyes lógicas”⁸⁹, es decir para el positivismo jurídico el primer miramiento que se ha de tener para determinar la validez lógica de una ley es más que la razón; la observación.

El positivismo es la corriente más enraizada en Latinoamérica, por la familia jurídica a la que pertenecemos, siendo su mayor impulsor el normativista Kelsen. Un abogado ecuatoriano no pudo pasar por las aulas universitarias sin analizar la Pirámide Kelseniana. Doctrina que postula un respeto supremo a las leyes escritas de forma jerarquizada, estando en la punta de la pirámide la Constitución. El Juez del *civil law* utiliza la jurisprudencia solo ante el silencio o las lagunas de la ley, lo que blinda a la seguridad jurídica por lo que la potencia de la jurisprudencia es débil para la resolución de casos fáciles como de casos difíciles.

3.2. El derecho natural como signo de *motivación adecuada*.

*Sapere aude*⁹⁰

“Aun cuando en el universo, o en el gobierno de todo lo que existe, las cosas se encontrasen tan felizmente dispuestas que el más poderoso fuese justo, y nada hiciese que mereciera censura, su poder no sería en realidad el fundamento formal de su justicia. Pues, si la fuerza constituyese el verdadero fundamento de la justicia, todos los fuertes

⁸⁹ Augusto Comte, *Curso de filosofía positiva* (Barcelona: Orbis, 1980), 39.

⁹⁰ Ten el valor de hacer uso de tu propia razón.

serían justos en proporción a la extensión de su poder, cosa que la experiencia desmiente”⁹¹

Teniendo a la justicia como postulado último y a la libertad como primer derecho natural, es hacia la verdad que actúa un juez iusnaturalista, tal camino lo hace de forma autónoma y heterodoxa a lo vigente y a lo resuelto anteriormente, para obtener una motivación en su decisión no solo suficiente sino adecuada. El juez iusnaturalista hace hermenéutica en cada sentencia dentro de un marco ideológico, en el cual se considera a todos los seres humanos iguales en la diversidad. En esta realidad no puede primar estereotipos legalistas. Para decidir regresa a aquel arquetipo que nos es propio como especie, para desde esa generalidad inducir en un mandato *lo justo*.

El hombre es sujeto de leyes naturales no objeto de leyes escritas, no es cosa, ni objeto, es el sujeto que le pertenece todo, es para quien son las cosas, en este mundo no existe letra muerta: la justicia andaba antes que las palabras. Su fundamento al no radicar en lo que dice el poder, es útil y deseable por sí mismo. Se expresa en principios y valores generales. La familia jurídica occidental más cercana a este paradigma es la anglosajona, ya que a través del *common law* se puede ser laxo con las formalidades procesales y con todas las demás reglas hechas por la autoridad, ya que en no pocas veces, aquellas reglas colocan en primacía al poder antes que al hombre llano, hecho que es injusto al ir en contra de la razón.

4. Teleología de un mandato ético.

Sancho Panza es el Gobernador de una ínsula y se le presenta el siguiente caso a resolver:

-¡Justicia, señor gobernador, justicia, y si no la hallo en la tierra, la iré a buscar al cielo! Señor gobernador de mi ánima, este mal hombre me ha cogido en la mitad dese campo, y se ha aprovechado de mi cuerpo como si fuera trapo mal lavado, y, ¡desdichada de mí!, me ha llevado lo que yo tenía guardado más de veinte y tres años ha, defendiéndolo de moros y cristianos, de naturales y extranjeros, y yo, siempre dura como un alcorneque, conservándome entera como la salamanquesa en el fuego, o como la lana entre las zarzas, para que este buen hombre llegase ahora con sus manos limpias a manosearme.

⁹¹ Gottfried Wilhelm Leibniz, *Tres ensayos...*, 9.

-Aún eso está por averiguar: si tiene limpias o no las manos este galán –dijo Sancho.

Y volviéndose al hombre, le dijo que decía y respondía a la querella de aquella mujer. El cual, todo turbado, respondió:

-Señores, yo soy un pobre ganadero de ganado de cerda, y esta mañana salía deste lugar de vender, con perdón sea dicho, cuatro puercos, que me llevaron de alcabalas y socaliñas poco menos de lo que ellos valían: volvíame a mi aldea, topé en el camino a esta buena dueña, y el diablo, que todo lo añasca y todo lo cuece, hizo que yogásemos juntos; págueme lo suficiente, y ella, mal contenta, así de mí, y no me ha dejado hasta traerme a este puesto. Dice la forcé, y miente, para el juramento que hago, o pienso hacer; y esta es toda la verdad, sin faltar meaja.

Entonces el gobernador le preguntó si traía consigo algún dinero en plata; él dijo que hasta veinte tenía en el seno, en una bolsa de cuero. Mandó que la sacase y se la entregase, así como estaba, a la querellante; él lo hizo temblando; tomola la mujer, y haciendo mil zalemas a todos y rogando a Dios por la vida y salud del señor gobernador, que así miraba por las huérfanas menesterosas y doncellas, y con esto se salió del juzgado, llevando la bolsa asida con entrambas manos; aunque primero miró si era de plata la moneda que llevaba dentro.

Apenas salió, cuando Sancho dijo al ganadero, ya que se le saltaban las lágrimas, y los ojos y el corazón se iban tras su bolsa:

-Buen hombre, id tras aquella mujer, y quitadle la bolsa, aunque no quiera, y volved aquí con ella.

Y no lo dijo a tonto ni a sordo; porque luego partió como un rayo y fue a lo que se le mandaba. Todos los presentes estaban suspensos, esperando el fin de aquel pleito, y de allí poco volvieron el hombre y la mujer más asidos y aferrados que la vez primera, ella la saya levantada y en el regazo puesta la bolsa, y el hombre pugnando por quitársela; mas no era posible, según la mujer la defendía, la cual daba voces diciendo:

-¡Justicia de Dios y del mundo! mire vuestra merced, señor gobernador, la poca vergüenza y el poco temor deste desalmado, que en mitad de poblado y en mitad de la calle me ha querido quitar la bolsa que vuestra merced mandó darme.

-¿Y háosla quitado? –preguntó el gobernador.

-¿Cómo quitar? –respondió la mujer-. Antes me dejara yo quitar la vida que me quiten la bolsa. ¡Bonita es la niña! ¡Otros gatos me han de echas las barbas, que no esté desventurado

y asqueroso! ¡Tenazas y martillos, mazos y escoplos no serán bastantes a sacármela de las uñas, ni aun garras de leones: antes el ánimo de un mitad de las carnes!

-Ella tiene razón –dijo el hombre-, y yo me doy por rendido y sin fuerzas, y confieso que las mías no son bastantes para quitársela y déjola.

Entonces el gobernador dijo a la mujer:

-Mostrad, honrada y valiente, esa bolsa.

Ella se la dio a la esforzada, y no forzada:

-Hermana mía, si el mismo aliento y valor que habéis mostrado para defender esta bolsa le mostrárades, aun la mitad menos, para defender vuestro cuerpo, las fuerzas de Hércules no os hicieran fuerza. Andad con Dios, y mucho de enhoramala, y no paréis en toda esta ínsula, ni en seis leguas a la redonda, so pena de doscientos azotes. ¡Anda luego, digo, currillera, desvergonzada y embaidora!

Espantose la mujer, y fuese cabizbaja y mal contenta, y el gobernador dijo al hombre:

-Buen hombre, andad con Dios a vuestro Lugar con vuestro dinero, y aquí adelante, si no le queréis perder, procurad que no os venga en voluntad de yogar con nadie.

El hombre le dio las gracias lo peor que supo, y fuese, y los circunstantes quedaron admirados de nuevo de los juicios y sentencia de su nuevo gobernador. Todo lo cual, notado de su coronista, fue luego escrito al duque, que con gran deseo lo estaba esperando.⁹² (sic)

Sancho no recurre a leyes escritas para basar sus decisiones, va a la lógica y a la observación. La lógica se origina en la razón de porqué la muchacha no defendió su cuerpo como a sus enceres materiales ante un individuo rústico, turbado y sin fuerzas. La oralidad con la que se produce el juicio y la decisión, provocó que las acciones de las partes, los delaten, mientras se cumplía el principio de inmediación. El Gobernador no se quedan en lo observable, sino que buscan “el fundamento no-empírico de lo empírico” lo que nos sugiere que Sancho Panza administra justicia desde el iusnaturalismo y que su decisión es ética por haber seguido patrones de conducta propios de una escuela jurídica en específico.

⁹² Miguel de Cervantes Saavedra, *Sancho Panza Gobernador*, en *Relatos del Mundo*, comp. Gustavo Salazar (Quito: Editogran, 2014), 59-62.

CAPITULO III

Casuística de la motivación: El Caso Suing-Durango.

Al igual que la química trata de descubrir cuáles son las propiedades del oxígeno *dondequiera que éste se dé*, y no sólo las de tal o cual espécimen de oxígeno particular, así la casuística trata de descubrir cuáles acciones son buenas *siempre que ocurran*.⁹³ (El énfasis es mío).

PRIMERO.- Se ordena la apertura del sumario disciplinario en contra de los servidores judiciales doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, en sus calidades de Juez Nacional y Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, por presumirse la comisión de falta de motivación y error inexcusable, infracciones disciplinarias tipificadas en el numeral 8 del artículo 108 y numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, en vista de que al resolver el recurso de casación 497-2010, interpuesto por Oleoductos de Crudos Pesados Ecuador S.A., el fallo de mayoría se ha apartado de antecedentes jurisprudenciales que sobre la misma materia la Corte Nacional ha emitido anteriormente. (...) QUINTO.- De conformidad con el numeral 2 del artículo 13 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, (en adelante REPoDisCJu) remítase la petición de suspensión provisional al Presidente del Consejo de la Judicatura, a fin de que disponga lo pertinente.⁹⁴

1. La motivación en el procedimiento.

1.1. De la competencia del Consejo de la Judicatura.

Por mandato del artículo 178, segundo inciso, de la Constitución de la República, el Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial. Entre las competencias del Consejo de la Judicatura están las consignadas en los numerales 3 y 5 del artículo 181 de la Constitución de la República del Ecuador, que dicen: "...3. Dirigir los procesos de selección de los jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, asensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas.", "...5 Velar por la transparencia y eficacia de la Función Judicial". Asimismo, en los artículos 254 y 264, numeral 14 del Código Orgánico de la Función Judicial, se ratifica que el Consejo de la Judicatura es el órgano único de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función judicial; y que el Pleno del Consejo de la Judicatura tiene atribución para imponer las sanciones disciplinarias a las servidoras o los servidores judiciales o absolverles si fuere conducente.

⁹³ George E. Moore, *El tema de la Ética*, en Carlos Gómez Edit., *Doce textos fundamentales de la Ética del siglo XX* (Madrid: Alianza Editorial, 2002), 97.

⁹⁴ Providencia de 23 de septiembre de 2013 que apertura el expediente disciplinario del Caso Suing-Durango, Fs. 8 del sumario administrativo (sA en adelante).

Por lo tanto, el Pleno del Consejo de la Judicatura es competente para conocer y resolver el presente sumario disciplinario.⁹⁵

El artículo 178 de la CRE al referirse a la organización de la Función Judicial, distingue dos tipos de órganos. Los que se encargan de sustanciar asuntos jurisdiccionales se encuentran en su primer inciso. Su segundo inciso lo ocupa la parte administrativa -entiéndase Cj-. Mediante las enmiendas constitucionales hechas del artículo 179 al 181 de la Carta Magna,⁹⁶ el Gobierno modificó la composición del Cj en número y en forma; la elección de sus integrantes ya no será por concurso de méritos y oposición, sino que se faculta que el Estado seleccione a sus delegados, quienes en su calidad de vocales del Cj tendrán aquella carga de dependencia (como todo funcionario público que labora en “puestos de confianza”) hacia el poder que los colocó. Así el escenario, *jurisdiccionalmente* se destituye a los jueces Suing y Durango quienes fueron acusados de emitir un fallo carente de motivación.

“¿Cabe que el Consejo de la Judicatura nos sancione por este fallo?”⁹⁷ “La falta de motivación no se puede determinar por un órgano administrativo disciplinario, sin resentir el principio constitucional de independencia interna y externa que se reconoce a favor de los jueces, y menos por la sola opinión de parte interesada, porque si ello fuera así, ¿Dónde está el principio de seguridad jurídica que reclama vulnerado el denunciante?”⁹⁸

Bien definido el aspecto jurisdiccional y el administrativo de la Función Judicial, libra de toda duda la posibilidad de mezclar el destino de las competencias de cada función, ya que de darse; sería nulo. La parte gubernativa se encargará de sanciones administrativas a faltas disciplinarias (ausencia al trabajo, retraso en despacho de causas, revelar información que perjudique a una de las partes procesales, etc.) hechos que se comprueban en el acto, no hace falta la utilización de técnicas argumentativas inductivas o deductivas que se basen en la sana crítica para resolver aquel problema de creación

⁹⁵ Cj, Resolución del Expediente Disciplinario No. D-0879-UCD-2013-PM, fs. 1081 sA.

⁹⁶ El 52.02% del pueblo ecuatoriano votó a favor de la pregunta cuatro del referéndum y consulta popular de 7 de Mayo de 2011 publicado en Suplemento del Registro Oficial 490. Sus efectos fueron la disolución del Pleno del Consejo de la Judicatura para que lo reemplace un Consejo de la Judicatura de Transición, que será conformado por delegados de tres distintas funciones del Estado, para lo cual deja sin efecto el ya iniciado concurso de méritos y oposición por el que pudieron haber sido posesionados personas no vinculadas al poder.

⁹⁷ Gustavo Durango en su contestación al proceso, fs. 234 sA.

⁹⁸ José Suing en su contestación al proceso, fs. 215 sA.

jurídica, eminentemente jurisdiccionales, como lo es la valoración de la motivación de una sentencia, ya que es natural que la competencia para declarar la ausencia de motivación en procesos jurisdiccionales, esté en manos de los jueces,⁹⁹ quedando en la población legitimar o reprobar lo decidido, para que así el tejido social sea cada vez más fuerte. Por lo que si bien la competencia sancionatoria del Cj como órgano administrativo está legalmente prevista; por derecho natural, aquello no le alcanza para sancionar asuntos jurisdiccionales como la valoración de la motivación de un tribunal judicial en la catarsis de su función hacia la población: *la sentencia*.

1.2. De la suspensión inmediata de funciones en el Caso Suing-Durango.

La suspensión provisional como acto preparatorio constituye una medida de carácter preventiva y como tal tiene los mismos fundamentos y finalidad de toda medida cautelar pero con dos elementos adicionales que son: la urgencia y gravedad de los hechos que se denuncian, en este sentido, para determinar la procedencia de la suspensión provisional de los servidores sumariados es necesario analizar si las faltas por las cuales va a ser adoptada una medida cautelar son graves o gravísimas, que en tales actos existe una situación susceptible de causar daño a terceros, que pueda vulnerar sus derechos o que se trate de beneficiar a un tercero por una acción u omisión de sus obligaciones (gravedad) y que por tales circunstancias se torne ineludible repelerla inmediatamente para evitar que se produzcan mayores daños o se sigan produciendo los existentes (urgencia).

Por otro lado, la doctrina ha recogido varios presupuestos jurídicos que es necesario considerar como requisitos previos para declarar procedente una medida de suspensión provisional. Estos requisitos son: 1) que exista cierto grado de verosimilitud, “el fumus boni iuris” (apariencia de buen derecho); 2) que los hechos denunciados sean graves y urgentes, la concurrencia de “periculum in mora” (peligro por la mora procesal) y, 3) la ponderación de los intereses afectados.

Del contenido del expediente que he llegado a tener conocimiento se desprenden hechos que esta autoridad considera se enmarcan en los presupuestos legales y doctrinarios de urgencia y gravedad estipulados en el numeral 5 del artículo 269 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el artículo 11 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura.

5. Decisión.

⁹⁹ La “actuación (del CJ) en los procesos disciplinarios lo ha constituido en juez de jueces, una institución que somete a escrutinio y sanción la conducta jurisdiccional de todas las instancias del aparato de la justicia. Varios aspectos de esa actuación resultan objetables desde una perspectiva valoradora de la independencia judicial. De ellos, el más importante, sin duda, es que un órgano administrativo revise y evalúe decisiones judiciales para luego sancionar a sus autores (...)” Pásara (2014:11). Garzón; sobre sanciones a jueces por parte del CJ señala que este actuar “puede enmascarar acciones disciplinarias que suponen auténticas revisiones jurisdiccionales” Informe Final de la Veeduría Internacional..., (2012:43).

Por lo expuesto, en uso de las atribuciones conferidas en el numeral 5 del artículo 269 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Presidente del Consejo de la Judicatura resuelve:

1. Disponer la medida provisional de suspensión en el ejercicio de sus funciones, sin pérdida de remuneración, hasta por noventa días, a los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, Juez Nacional y Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente.

2. Notifíquese y cúmplase¹⁰⁰

“Logre leer una de ellas gracias al favor de un funcionario. Estaba redactada con mucha erudición, pero no tenía contenido alguno. Primeramente abusaba de las frases en latín, que no entiendo; luego había folios y folios con apelaciones a la justicia (...) y al final comparaciones con antiguos casos que debían tener similitud con el mío.”¹⁰¹

¿Crónica de una muerte anunciada? El primer cambio de la situación jurídica de los sumariados fue la suspensión de sus funciones. Son varios los hechos argüidos por el SRI en su denuncia para que el Presidente del Cj pueda escoger alguno de ellos y motivar en qué sentido considera *su gravedad*:

- i) Adoptar una posición opuesta a la establecida por el misma Sala en ocasiones anteriores, con un diminuto análisis y sin un fundamento que apunte la conclusión contradictoria a la que llegan los jueces nacionales (Fs. 1v sA).
- ii) La falta de aplicación correcta del artículo 17 del Código Tributario, ya que según el denunciante dicho artículo se refiere a “que los gastos provenientes de la subcapitalización no son deducibles” (Fs. 2v sA).
- iii) La falta de aplicación del principio anglosajón del *stare decisis*, citando para ello una sentencia de la C.C. (Fs. 3 sA).
- iv) El hecho de analizar “desde su aspecto meramente formal” el contrato suscrito por el Estado ecuatoriano con OCP (fs. 3v sA).
- v) Actuar “sin que exista fundamentación alguna” para eliminar la glosa (fs. 3v sA).
- vi) Colocar “a la Administración Tributaria en un estado de indefensión, violando la garantía constitucional del debido proceso”. (fs. 4 sA).

¹⁰⁰ Trámite de suspensión provisional No. S-0085-UCD-013-ACS de 23 de septiembre de 2013, suscrito por el Presidente del C.J., fs. 321 y 321v sA.

¹⁰¹ Franz Kafka, *El proceso* (Quito: Editogran, 2014), 243.

- vii) Por haberse violado “el derecho de igualdad”, que ha producido un “acto de discriminación en contra de la Administración Tributaria” (Fs. 4v sA).
- viii) La ausencia de diferencias que motiven el alejamiento de la línea jurisprudencial entre el caso OCP con los demás. (Fs. 5 sA).
- ix) Contestar la aclaración de sentencia solicitada por el SRI, afirmando que hay “...La falta de trascendencia de que el préstamo sea con una entidad vinculada...” (Fs. 5v sA).

Sin embargo solo se presenta la ausencia, el silencio, el empleo de un formato macro sin reducirlo al caso en específico. Para Durango “Lo grave, gravísimo para la administración de justicia, es que se dé pábulo (sic) a semejante desafuero, pues ello rompe el tripartito equilibrio de Poder que sirvió de base para sostener el régimen democrático previsto a partir de la Revolución Francesa. Denuncia, por lo demás, sin sentido, que ha dado lugar a la írrita sanción «cautelar» de suspendernos en nuestras altas funciones (...)”¹⁰²

“¿¡Hechos «graves y urgentes»!? no existe ningún hecho cometido por nosotros que sea grave ni urgente, ni que haya producido o pueda producir daños a la prestación del servicio (la administración de justicia) que cumplimos hasta cuando fuimos notificados con la medida de suspensión; pues lo que cuestiona el Director del Servicio de Rentas Internas es una decisión judicial de mayoría contenida en una sentencia, (...) una decisión judicial. ¿Dónde pregunto yo, está algo que se le parezca a hechos graves y urgentes (Art. 11 del Reglamento referido)? Señor Presidente y señores Vocales, la sentencia fue expedida y notificada el 18 de julio de 2013, y su aclaración es del 12 de septiembre de 2013. Recién el 23 de septiembre de 2013, a dos meses de expedida la sentencia y a once días de la de la aclaración, el Director del SRI presenta la denuncia; entonces, ¿cómo se configura la presunta urgencia de los inexistentes hechos graves que se denuncia?; ¿qué medidas adicionales adoptó, si consideraba la existencia de la presunta gravedad y urgencia? Seguramente la medida adoptada fue por el linchamiento mediático utilizado por Carrasco en sus infelices y tergiversadas ruedas de prensa;¹⁰³ por ejemplo, habla de un perjuicio al Estado de \$252 millones y la glosa dejada sin efecto es por menos de \$10 millones. Las falacias de los argumentos del denunciante han inducido a engaño al señor Presidente del Consejo (no se puede entender de otra manera su apresurada decisión), pues el art. 12 numeral 2 del referido Reglamento requiere, a quien solicita la adopción de una suspensión

¹⁰² Fs. 280 sA.

¹⁰³ “Desde fuera del sistema institucional de justicia, las declaraciones presidenciales y de altas autoridades se han mantenido, durante el gobierno del presidente Correa, en un nivel destacado que, como se ha visto, en ocasiones desautoriza abiertamente la actuación judicial. Tales declaraciones se han convertido en un rutinario elemento de presión del que, complementariamente, la actuación disciplinar del Consejo ha venido a ser su brazo ejecutor, tal como demuestran algunos de los procesos disciplinarios analizados en este informe.” Pásara (2014:94).

preventiva, la obligación de justificar la gravedad y urgencia de los hechos por los cuales solicita la medida; justificación que no consta en ninguna parte del expediente, a menos que las expresiones maliciosas, falsas y tendenciosas vertidas por el perdedor denunciante en contra de los Jueces que expedimos la sentencia de mayoría hayan sido consideradas como tales.

La urgencia y la gravedad, es él énfasis que tanto la ley como el Presidente del Cj resaltan para que se dicte la medida cautelar de suspensión de funciones. El presidente en su resolución del trámite de suspensión provisional, de inicio alude que la gravedad se mide cuando hay una situación susceptible *de causar daños*, los mismos que se verifican cuando se actúa en beneficio o en detrimento de terceros, por una acción u omisión de sus obligaciones. Al respecto infiere Suing “a dos meses de expedida la sentencia y a once días de la aclaración, el Director del SRI presenta la denuncia, lo que me conduce a preguntar, ¿Dónde está y cómo se configura la presunta urgencia de los inexistentes hechos graves que denuncia?”¹⁰⁴

El hecho que el litigio verse sobre “subcapitalización” o respecto al argumento que movió a dos jueces nacionales alejarse de una línea jurisprudencial en temprana formación; sea calificados como hechos que puedan causar un daño grave que obligue al aparato estatal a actuar urgentemente, contrasta con el hecho que no trata temática procesal sustancial, tal como la necesidad de motivación que debió haber despabilado al Presidente del Cj a explicar qué tipo de consecuencias graves iba a provocar la sentencia que aceptó parcialmente el recurso de casación de OCP y como la suspensión iba a remediar ese riesgo grave y urgente.

La sentencia al negar una glosa niega una mera expectativa pecuniaria, dicha expectativa puede o no cumplirse, mientras que por ejemplo que el pago de tributos establecidos en la ley deben cumplirse necesariamente, si no lo hace, se disminuirá el erario previsto para la Cuenta Única del Tesoro Nacional y podría de alguna forma materializarse un daño. Por lo que decirse que una expectativa –un evento incierto y no una acción- podría producir daños graves a la administración, hasta el punto de obligar al Presidente del Cj a cambiar la situación jurídica de los sumariados: afecta el equilibrio

¹⁰⁴ Fs. 211 del sA.

que da el principio de proporcionalidad, que muestra su importancia en el art. 76 numeral 6 de la CRE.¹⁰⁵

No es mi interés insistir en lo absurdo que resulta tener que defenderme por una decisión totalmente jurídica tomada en un recurso de casación en el que en derecho no se le pudo dar la razón SRI (sic) porque no la tenía (existen más de 300 causas en las que salió avante porque se le reconoció el Derecho que esgrimió, y le parecíamos jueces excepcionales) y más absurdo todavía haber sido sancionados con la suspensión de nuestros cargos de jueces de la Corte Nacional en menos de 24 horas de haber recibido la visita del Econ. Carrasco, y ahora, ya sin duda (por la evidente violación de los derechos humanos con que se ha llevado el sumario) nuestra casi segura destitución.¹⁰⁶

1.3. La publicidad del procedimiento administrativo.

K. debía tener en cuenta que el proceso no era público, aunque en algunos casos así lo decidiesen, si bien la ley no obligaba específicamente a tal modalidad.¹⁰⁷ Para salir de estos casos, se veían obligados a recurrir a los abogados en procura de soluciones, que escapaban a sus posibilidades. Se les veía desplazarse seguidos por ordenanzas cargados con los expedientes que se clasificaban como tan secretos. Permanecían mirando la calle con expresión vacía, producida por la perplejidad que les dominaba, en tanto que el abogado examinaba sentado frente a su mesa de trabajo aquellos expedientes, que debían ser secretos, para poder darles una orientación. (...) como sabemos, los procedimientos en curso eran en su mayor parte secretos tanto para el público como para los funcionarios de grado inferior, y les era imposible comprender el curso que irían tomando los procedimientos en que trabajaban a medida que se extendían en el tiempo. Por consiguiente, entraban y salían de su esfera, ignorando las más de las veces cómo se iniciaron y cuál podía ser su fin”¹⁰⁸

“Otro aspecto de la actuación del Consejo que genera preocupación es la falta de publicidad de sus resoluciones. Si una resolución judicial debe ser pública –salvo casos en los que la ley protege la identidad de las partes– resulta muy difícil excusar que la sanción impuesta a un juez no lo sea.”¹⁰⁹

El principio de publicidad transparente lo que no puede estar oculto, sin embargo en el Caso Suing-Durango se lo ha utilizado con distorsión cuando con firme intención

¹⁰⁵ Art. 76. En todo proceso que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que contendrá las siguientes garantías básicas: 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

¹⁰⁶ Gustavo Durango -informe en derecho-, fs. 1070 sA. “Conocía de antemano las respuestas, que podía recitar como una oración”. Franz Kafka, *El Proceso*, 244.

¹⁰⁷ Franz Kafka, *El Proceso*, 163.

¹⁰⁸ Franz Kafka, *El proceso*, 168-169.

¹⁰⁹ Pásara (2014:11).

se dio a conocer a la ciudadanía -por ruedas de prensa, cadenas, sabatinas, correos electrónicos, publicidad en buses y en todo lo que pueda tocar la mirada- procesos litigiosos que aún no terminan, pero sugieren que termine a su favor. Entendida la publicidad hacia fuera del proceso, merma a la CRE en lo que tiene que ver a sus principios esenciales de administración de justicia que constan en los Arts. 76.7.d) y 168.5.¹¹⁰ Aquella información que de viva voz llega a los ciudadanos por parte altos personeros estatales, agrava la situación que tendrá el juez procesado cuando inicie su sumario; enviando mensajes implícitos *de alerta* a sus colegas y *de orden* a los otros, haciendo cierto que “Sufrir un proceso es casi haberlo perdido”,¹¹¹ todo ello quiebra natural e insoslayablemente al debido proceso.

1.4. La libertad probatoria.

“El lugar natural de la virtud está al lado de la libertad, pero se encuentra tan lejos de la libertad extremada como de la esclavitud.”¹¹²

Considero que, en la medida en que la libertad significa, para los griegos, la no-esclavitud – lo que en todo caso constituye una definición de libertad bastante diferente de la nuestra- el problema ya es completamente político. Y es político en la medida en que la no-esclavitud es, a los ojos de los otros, una condición: un esclavo no tiene ética. La libertad es, por tanto en sí misma política. Y además conlleva también un modelo político, en la medida en que ser libre significa no ser esclavo de sí mismo y de sus apetitos, lo que implica que se establece consigo mismo una cierta relación de dominio, de señorío, que se llamaba *arché*¹¹³

La libertad probatoria se refleja procesalmente en un sentido de igualdad “La libertad, como definición del hombre, no depende de los demás, pero en cuanto hay compromiso, estoy obligado a querer, al mismo tiempo que mi libertad, la libertad de los otros; no puedo tomar mi libertad como fin si no tomo igualmente la de los otros como fin”¹¹⁴. Durango reclama que el Cj ha realizado un arbitrario tratamiento de la prueba que él ha ofrecido presentar en el sumario administrativo por cuanto argumenta que

¹¹⁰ Si bien la norma ampara literalmente a procesos judiciales es aplicable cuando en sede administrativa, legalmente se toca aquella exquisita esfera jurisdiccional.

¹¹¹ Franz Kafka, *El proceso*, 140.

¹¹² Montesquieu, *Del espíritu de las leyes...*, 81.

¹¹³ Michael Foucault, *La ética del cuidado de sí mismo como práctica de la libertad*, en Carlos Gómez Edit., *Doce textos fundamentales de la Ética del siglo XX* (Madrid: Alianza Editorial, 2002) 263.

¹¹⁴ George E. Moore, *El tema de la Ética...*, 158.

dicha prueba no han sido tratada en igualdad de condiciones que la prueba entregada por el SRI.

SEGUNDO La lectura de la providencia cuya rectificación solicito me ha dejado absorto e impresionado, pues ha dejado al descubierto cómo puede procederse en forma tan parcializada y sesgada con un sumario en contra de un Alto funcionario de la Justicia, como se hace conmigo en el presente caso. Se está procediendo indebidamente en mi contra, y tanto, que de mi escrito en el que insinúo la prueba que voy a ofrecer¹¹⁵ o presentar (como manda el artículo ... del REPoDisCJu), ya usted se anticipa a negarme la práctica de pruebas que solamente he dejado insinuadas y todavía no he pedido que se practiquen, y ... al respecto, pregunto: ¿Cómo es posible que todas las insinuaciones de prueba hechas tanto por el Dr. José Suing Nagua como por el suscrito, hayan sido NEGADAS por improcedentes e impertinentes (con el argumento de que no tienen que ver con el proceso)?; y, sin embargo, contrario sensu, todas las pruebas enunciadas (no pedidas aún) por el denunciante son ya aceptadas y proveídas. Por ejemplo, insinué que se designara parámetros necesarios sobre varios puntos totalmente válidos y que tienen que ver con el tema en discusión, pues el denunciante nos acusa de que en otros casos similares (que los enumera) hemos dictado sentencias sobre el mismo punto de derecho, y en la providencia del pasado 8 de octubre de 2013, cuando se anticipa ya a negar las pruebas insinuadas, se me está impidiendo justificar o demostrar que son casos diferentes, con lo cual se está también y simultáneamente admitiendo como válida la posición arbitrario e ilegal del denunciante. A manera de ejemplo y para que se revoque tan apresurada como injustificada decisión, solo quiero formular los siguientes interrogantes (...)¹¹⁶

La Providencia del Cj de 08 de octubre de 2013 que ha sido impugnado contiene lo siguiente:

Dentro del término probatorio que se halla recurriendo en el expediente No. D-879-UCD-013-PM, dispongo lo siguiente: PRIMERO: En atención al escrito de queja presentada por el economista Carlos Marx Carrasco, Director General del Servicio de Rentas Internas, dispongo lo siguiente: a) acepta y provee que se reproduzca las sentencias con las que se intentó formar jurisprudencia obligatoria b) acepta y provee oficiar para incorporar la sentencia del recurso de casación No. 544-2010 c) acepta y provee emitir atento oficio para que incorpore al proceso el acta y las grabaciones de las sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en las que se discutía ¿Cuándo ocurre la “subcapitalización”? SEGUNDO.- Atendiendo la prueba insinuada y solicitada por el doctor José Suing Nagua en su escrito de contestación, dispongo lo siguiente: a) Reprodúzcase conforme solicita en los numerales 1 y 8. b) De conformidad a lo que dispone el inciso tercero del artículo 28 del REPoDisCJu, se niega lo solicitado en el numeral 5 ya que dicha solicitud no guarda relación con el asunto materia del presente sumario. c) Se niega lo solicitado en el numeral 10 (no se agrega porque ya consta en el

¹¹⁵ Ofrece, no la entrega: así los hechos, la prueba es una carta en la mano del procesado, que por no haberla jugado tiene total disposición, permanencia, dominio y *derechos sobre ella*, sin embargo el *dealer* impide que la arroje al juego. Por lógica no se puede disponer de derechos cuando aún no han sido ejercidos, ni echados a suerte.

¹¹⁶ Fs. 307-307v sA.

proceso) *d*) téngase en cuenta lo solicitado en el numeral 9, documentación que ya se encuentra incorporada dentro del presente expediente. *e*) (no se agrega porque ya consta en el proceso a fs. 62 a 64). *f*) Oficiese conforme solicita en los numerales 3, 4, 6, 7, 11 y 12. TERCERO Atendiendo la prueba insinuada y solicitada por el doctor Gustavo Durango Vela en su escrito de contestación, dispongo lo siguiente *a*) (no agrega porque ya se encuentra en el proceso a fs. 62 a 64 y 91 a 106.) *b*) Niéguese lo solicitado en el numeral 2 por cuanto no ha identificado con precisión el proceso cuyas copias de la instancia y casación solicita. *c*) De conformidad a lo que dispone el inciso tercero del artículo 28 del REPoDisCJu niéguese lo solicitado en el punto 2.1 del numeral 3, numerales 5,6,8,9 y 9 (sic) ya que dichas solicitudes no guardan relación con el asunto materia del presente sumario y por lo tanto, son improcedentes. *d*) Oficiese conforme solicita en el numeral 4.¹¹⁷

El Cj contesta la solicitud de revocatoria mediante providencia de 17 de octubre de 2015

d) (...) inmediatamente después de fenecido el tiempo para contestar, la Coordinadora o Coordinador de la Unidad de Control Disciplinario abrirá el término probatorio tiempo durante el cual se practicarán las pruebas que fueron debidamente anunciadas y solicitadas, es así que el suscrito Coordinador ha despachado todas aquellas pruebas que fueron debidamente anunciadas y solicitadas en sus escritos de comparecencia y por tal motivo se niega el pedido de revocatoria de la providencia de 8 de octubre del 2013, por improcedente y toda vez que el sumariados en su petición se refiere al REPoDisCJu sin especificar el artículo aplicable.¹¹⁸

Dos géneros de prueba de descargo se consideraron impertinentes: las pruebas documentales y el dictamen pericial. La prueba documental versó sobre varias sentencias que demuestran según lo sumariados: la imposibilidad de destituirlos por error inexcusable. El dictamen pericial, fue acogido parcialmente ya que el Cj designó a un perito distinto del propuesto, lo que provocó que el sumariado desista de la prueba y que el Cj acoja dicho abandono procesal. Según el juez sumariado, el hecho ocurrió así:

Estoy convencido que el perito escogido por Ud. es una persona extremadamente honorable y un profesional de primera calidad; sin embargo, el Eco. Romeo Fernando Carpio Rivera fue Jefe de Grandes Contribuyentes en el servicio de Rentas Internas y actualmente mantiene contratos de consultoría con el SRI, es decir, es hasta posible que haya sido el funcionario que asesoró y estableció la glosa a la compañía OCP Ecuador S.A. por considerar el préstamo realizado a su matriz como “subcapitalización”, pues según la glosa hay una “simulación” y no un préstamo real. Por consiguiente, el Econ. Romeo Carpio Rivera carecería de imparcialidad para actuar como perito en este sumario administrativo, requisito indispensable para el debido proceso y el derecho de defensa que consagra la Constitución de la República. PETICIÓN.- Por lo antes dicho, pido revocar y dejar sin

¹¹⁷ Fs. 260 sA.

¹¹⁸ Fs. 355 sA.

efecto la designación del economista Carpio Rivera como perito en este sumario administrativo, y en su lugar nombrar al doctor Gabriel Ubillús para que desempeñe estas funciones, en garantía de mi derecho a la legítima defensa. En el evento no consentido de que usted no admita mi petición que antecede e insista en la elección del economista Romeo Fernando Carpio –quien, estoy seguro, se excusará tan pronto se entere de su nombramiento como perito-, en este evento y ante la perspectiva de que el nuevo perito designado sea otra persona allegada al denunciante, desisto expresamente de continuar con esta prueba pericial.¹¹⁹

El imponer trabas limita la libertad probatoria que debe llevar consigo todo procesado, más cuando las pruebas solicitadas están en consonancia con el proceso considerando que la falta gravísima por la que se les destituyó a Suing y Durango no está determinada su naturaleza en ninguna norma escrita, lo que hace necesario que la prueba escogida por la parte procesal más débil sea laxa, para que pueda llenar las lagunas que deja el vacío de la ley.

1.5. La oralidad procedimental.

El primer escrito [e]ra sin duda el más importante, puesto que las alegaciones de la defensa influían seguramente en la marcha posterior del proceso. Lamentablemente, y ello debía saberlo K., en algunas ocasiones no leían ninguno de esos escritos y los archivaban sin más, ya que estimaban que el interrogatorio al que se sometía al acusado era mucho más importante que todo lo que aquél hubiese alegado por escrito previamente. Si el abogado lo exigía, antes de la sentencia definitiva, es decir, cuando estaba ya reunido todo el material y el expediente ya terminado, podía ser revisada también esa primera demanda. Por desgracia, la mayoría de las veces no sucedía así, y en el caso de que aún se conservara la demanda –como el abogado sabía-, no se leía o se le daba sólo una lectura superficial. Todo esto era desalentador.¹²⁰ (...) nadie podía influir para fijar fecha de los debates.¹²¹

Ese panorama arroja la realidad de los procesos eminentemente escritos, lo que sugestionó a los países de raigambre positivista a optar por la oralidad como cura para las evidentes deficiencias que existían. “Un elemento adicional es la falta de garantías que parece caracterizar el proceso disciplinario conducido por el Consejo. El juez procesado no es escuchado nunca en audiencia y, lo que es peor, a un juez puede abírsele un sumario por un cargo y sancionársele por otro. En esas condiciones, el

¹¹⁹ Fs. 363-363v sA.

¹²⁰ Kafka, *El proceso*, 163.

¹²¹ Kafka, *El proceso*, 244.

derecho de defensa resulta gravemente lesionado.”¹²² Corrobora lo dicho la providencia de 31 de octubre de 2013 (fs. 948 del sA):

En relación a sus solicitudes de audiencia, se hace conocer que el presente expediente tiene el carácter de sumario administrativo y se lo realiza en base a la normativa prevista tanto en el Código Orgánico de la Función Judicial así como en el REPoDisCJu, previamente establecidas para este tipo de trámites, en las que no se encuentra contemplada la figura jurídica denominada “Audiencia de Estrados”, en tal virtud se niega el pedido realizado por los comparecientes.¹²³

“La importancia de los funcionarios era mínima, puesto que en los procedimientos se desenvolvían casi automáticamente. Los funcionarios eran personas desvinculadas totalmente de la sociedad. Así cuando se trataba de procesos de gran simplicidad, o por el contrario, de gran complejidad, ellos se revelaban particularmente torpes en su actuación por tratarse de personas que vivían en estrecho contacto con los códigos y carentes de toda vinculación con la complejidad que caracteriza a toda sociedad humana.”¹²⁴

El asunto toma cierta peculiaridad cuando el propio Cj como el SRI y posteriormente la C.C., en lo único que comparten como cierto con los jueces sumariados es el criterio que la justicia se la encuentra más allá de las formas, ideal que no ha sido puesto en litigio, ni negado como verdadero. Pero si en la sustanciación del sA se niega el hecho que sean oídos los procesados bajo *el motivo* que: i) no existe la figura de “audiencia de estrados” ii) que la forma en la que está escrito un reglamento no contiene nada atinente a la oralidad, cuando el bloque de constitucionalidad¹²⁵ exige su

¹²² Pásara (2014:11).

¹²³ Los empleados ineptos para sus cargos y hábiles solo para el despotismo y el latrocinio, los pueblos, por último, que no aciertan a ser virtuosos y libres y, tolerantes con el desorden. Juan León Mera, *La escuela doméstica* (Quito: El Fénix, 1880), 14.

¹²⁴ Kafka, *el proceso*, 168.

¹²⁵ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*: Art. 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. *Declaración Interamericana de Derechos Humanos*: Art. 8.- Garantías judiciales.- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. La CRE reitera en dos de sus artículos el mismo tono dado por el concierto internacional sobre la oralidad: i) Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración,

cumplimiento sin necesidad de procedimiento, sin necesidad de aquel matiz que tomará la oralidad en el caso concreto. El imponer el reglamento a la sustancia quiebra al debido proceso cuando no se permite recurrir oralmente a la institución estatal que decidirá la suerte del procesado. Que el funcionario del Cj haya negado la solicitud de los sumariados de ser escuchados en la forma que he citado en este numeral, lo coloca lejos de su posición natural de neutralidad y en una evidente parcialidad que tiene como fin seguir perfilando y adecuando el resultado final del sumario, lo que le hace inepto para su cargo.¹²⁶

Durango incorpora al sA (fs. 957-1069) la experiencia que tuvo el Ecuador en la destitución de varios jueces nacionales, cuando la Corte IDH resolvió el 23 de agosto de 2013 el Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, en los siguientes términos:

La Corte concluye que en el presente caso los magistrados de la Corte Suprema fueron destituidos mediante una resolución del Congreso Nacional, el cual carecía de la debida competencia para ello (*supra* párr. 162), mediante la aplicación errónea y arbitraria de una disposición legal (*supra* párr. 167) y *sin ser oídos* (*supra* párr. 169), por lo cual el Estado vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las 27 víctimas del presente caso, *por haber sido cesadas en sus funciones por un órgano incompetente que no les dio la oportunidad de ser oídos*. Por otra parte, la Corte declara la violación del artículo 8.1 en relación con el artículo 23.1.c y el artículo 1.1 de la Convención Americana, por la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función judicial y la consecuente afectación a la independencia judicial, en perjuicio de las 27 víctimas del presente caso. (El énfasis es mío).¹²⁷

La competencia del Coordinador de la Unidad de Control Disciplinario del Cj, que fue la autoridad administrativa que negó la solicitud de audiencia, a pesar de que dicha solicitud fue dirigida y suscrita al Pleno del Cj, también es impugnada en el Caso Suing-Durango, ya que el tratarse de derechos de dos jueces nacionales, el art. 114 del COFJ¹²⁸ establece que será el Pleno del Cj quien resuelva sin delegación alguna.

contradicción y dispositivo. ii) Art. 169 en el que constan aquellos principios que solamente se pueden realizar de forma conjunta en un proceso con algún matiz de oralidad.

¹²⁶ Los empleados ineptos para sus cargos y hábiles solo para el despotismo y el latrocinio, los pueblos, por último, que no aciertan a ser virtuosos y libres y, tolerantes con el desorden. Juan León Mera, *La escuela doméstica* (Quito: El Fénix, 1880), 14.

¹²⁷ Fs. 1011 sA.

¹²⁸ COFJ, Art. 114 (...) En caso de denuncias en contra de Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia, del Director General, de los directores regionales o provinciales y de los directores de las

Argüimos que de existir la necesidad de una delegación, esta debe concluir una vez terminada la prueba y haber pasado al Pleno del Cj los cuerpos del proceso. Sin embargo una vez que el sA ya no se encontraba en manos del señor Coordinador, éste niega la audiencia de estrados que no estaba pedida a él, lo que según Suing y Durango afecta el principio de preclusión, cuando afirman en su demanda judicial suscrita ahora de forma conjunta que en providencia de

29 de octubre de 2013, las 16h00, el propio Coordinador dispone la remisión del expediente para su correspondiente resolución al Pleno del Consejo, por lo que la negativa de su revocatoria, la expidió el funcionario sustanciador, sin competencia, que ya la había perdido al agotarse la sustanciación del sumario, porque además, las peticiones de ser escuchados fueron dirigidas al Presidente y a los miembros del Consejo de la Judicatura quienes tienen la facultad indelegable de resolver, no al funcionario sustanciador; con tales actuaciones del funcionario sustanciador vulnera el principio de preclusión, por volver a actuar, sin competencia para ello, pues ya había agotado el trámite de sustanciación del expediente sumario.”¹²⁹

2. La motivación en la resolución.

2.1. La legitimación activa del SRI.

“De la revisión del expediente se aprecia que el Director General del Servicio de Rentas internas fue parte procesal en el recurso de casación No. 497-2010, materia primigenia del presente sumario disciplinario por lo que tiene interés directo en dicho proceso.”¹³⁰

Hay la necesidad de un interés que supere el aspecto meramente formal. El solo hecho de ser parte procesal no es razón suficiente para determinar la presencia del interés directo. Aquel interés que naturalmente es creado ante la tentativa o acción de un daño, aquel que en el Caso Suing-Durango procesalmente nunca ocurrió al no causar perjuicio, lo cual quita legitimidad activa al SRI por carecer de un interés justificable. Luego el poder despliega sus alas a fs. 87-88 del sA, cuando la Presidencia de la República solicita ser considerado como interesado directo, lo cual es aceptado en la providencia de 4 de octubre de 2013 según como sigue: “a) incorpórese al expediente el

comisiones o unidades, será el Pleno del Consejo de la Judicatura quien tramite los sumarios e imponga las sanciones correspondientes.

¹²⁹ Suing-Durango vs. Cj, Caso 0463-2014-MLS, fs. 14.

¹³⁰ Fs.246 sA.

escrito y anexos presentados por el doctor Alexis Mera Giler, Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República, atendiendo su solicitud y de conformidad con lo que dispone el tercer inciso del artículo 113 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el presente sumario disciplinario se le tomará en cuenta como un interesado directo”.¹³¹

2.2. La validez del Caso Suing-Durango.

Al haber establecido que el Cj carece de competencia para conocer aspectos jurisdiccionales como para sancionar a jueces nacionales, es haber establecido que no existió validez formal en la destitución del Caso Suing-Durango. Sobre la validez material es necesario remitirnos al trato ético que el Pleno del Cj ejerce cuando resuelve la suerte de los derechos que están en litigio, que se remite a establecer cómo se forma el patrón que ubica el grado necesario de coherencia que ha de tener un *mandato ético*, mismo que se lo notará al intuir que principios jurídicos rigen el pensar del juez, los que se remitirán en última instancia a dos escuelas jurídicas claramente definidas: el positivismo y el iusnaturalismo.

Para establecer la validez material de la destitución es preciso remitirnos a los hechos dados entorno al Caso OCP vs. SRI. La administración tributaria señala que hubo un perjuicio al Estado ecuatoriano por USD. 9'029.011,09¹³² cuando en el ejercicio económico de OCP del año 2003, hubo descuento en el Impuesto a la Renta por los intereses que fueron generados por un préstamo hecho entre OCP Ecuador y su matriz en Islas Cayman para financiar la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados (mismo que según el respectivo contrato, después del transcurso de varios años de operación debe terminar siendo propiedad del Estado ecuatoriano). Este tipo de deducciones fiscales es practicado y aceptado por el concierto internacional, sin embargo, para el SRI dicha transacción no era un préstamo ya que carecía de las condiciones normales que se dan cuando la operación es efectuada entre una institución de carácter financiero y su cliente, por lo que la administración tributaria asegura que la transacción fue un aporte de capital por haberlo realizado con una empresa relacionada

¹³¹ Fs. 246 sA.

¹³² C.C.: *Sentencia N°. 132-13-SEP-CC de 26 de diciembre de 2013*, (Caso N°. 1735-13-EP), 2.

y en tal sentido los aportes de capital al no generar intereses por la vinculación de las empresas; no debió llevarse a cabo la deducción del Impuesto a la Renta.

Para el SRI es allí donde radica la elusión; en la simulación de la figura del préstamo para beneficiarse del descuento en el Impuesto a la Renta por concepto de los intereses generados. Para OCP la transacción si constituye un préstamo el cual cumplía con todas las solemnidades que la legislación de aquella época requería para que proceda la respectiva deducción por concepto de los intereses, y que por un principio de libertad operativa la empresa en su libre albedrío ha empleado la figura jurídica del préstamo, hecho que no estaba prohibido, por lo que no puede utilizarse una norma de textura abierta como lo es el artículo 17 del Código Tributario para establecer obligaciones que a la época no estaban previstas, este hecho es para OCP atentatorio incluso al derecho de la propiedad.

Para el Cj la falta de motivación en la sentencia OCP se produjo cuando Suing y Durango se alejan de líneas jurisprudenciales que pretendían fijar en varios aspectos el alcance que tendría el artículo 17 del Código Tributario, en cuanto a la subcapitalización y a la primacía de la sustancia sobre la forma, esto, en un país en el que a partir del 2008 crea un candado constitucional que estuvo destinado a mermar la creación de nueva jurisprudencia. Claro ejemplo el de Tatiana Pérez cuando en su calidad de Presidenta de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, (cuando se encontraba próxima la emisión de la sentencia del caso OCP) intentó y no logró generar jurisprudencia vinculante a causa del tipo de consenso que es necesario a partir de la promulgación de la actual Constitución.

El candado constitucional es dado para cerrar la forma en la cual se estaba generando jurisprudencia hasta el año 2008. Ahora y para su aplicación en el Caso Suing-Durango, es preciso la aquiescencia del Pleno de la Corte Nacional de Justicia (según lo dispone el artículo 185 de la CRE) para que una jurisprudencia tenga la categoría de vinculante, en tal sentido el candado cierra la posibilidad (mientras no exista una reforma constitucional) que entre en vigencia una jurisprudencia como se lo realizaba anteriormente, cuando solo era necesario que tres sentencias decidan de forma igual sobre un punto de derecho.

Con ello el Ecuador prepondera la confianza al legislador y a la seguridad de la ley escrita, lo que demuestra la firme posición tradicionalista que posee el Ecuador respecto de la generación de jurisprudencia vinculante, es positivista por el realce de valores immanentes a la familia jurídica romano germánica. Sin embargo se lo obliga a acatar el principio anglosajón del “stare decisis”, por el cual se genera jurisprudencia de forma laxa, ya que la confianza en el common law, al ser racionalista es hacia el *juez creador*, así en el Caso Suing-Durango el Cj no responde a una lógica argumentativa ética sino a cada principio en concreto, por lo que es indefinible su posición jurídica de la realidad.

La primera causal aludida por el SRI en su queja es la falta de motivación, al ser una infracción grave debe haber ocurrido tres veces en diferentes oportunidades para que signifique sanción de destitución,¹³³ es así que toma especial importancia la segunda causal que el SRI encuentra en la sentencia del caso OCP: el error inexcusable que al ser infracción gravísima es inmediata la destitución. Analicemos la aplicación de las dos figuras jurídicas en el Caso Suing-Durango.

2.2.1. La causal de falta de motivación.

“Los jueces nacionales no han fundamentado debidamente su sentencia, ya que adoptan una posición opuesta a la establecida por la misma Sala en ocasiones anteriores, con un diminuto análisis y sin un fundamento que apunte la conclusión contradictoria a la que llegan los jueces nacionales.”¹³⁴

La línea base por la que transita el argumento del SRI sobre la carencia de motivación en la sentencia OCP, es sobre la falta de una razón lógica que motive el alejarse de anteriores pronunciamientos:

“En tal sentido, la motivación no debe comprenderse como el simple agregado de consideraciones en un acto jurídico, sino que evidentemente, ese conjunto de razonamientos debe guardar congruencia con los criterios emitidos en las resoluciones adoptadas en el pasado y en el caso que se resuelve por los mismos juzgadores. Es preciso destacar que el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado, y no hacer lo contrario de lo decidido anteriormente, sin un motivo determinante, suficientemente explicado y razonado,

¹³³ COFJ Art. 108, inciso final: (...) La reiteración de estas faltas por tres ocasiones en un período de un año, será motivo de destitución.

¹³⁴ Denuncia que origina el Caso Suing-Durango, Fs. 1v sA.

lo que concuerda con el principio “stare decisis”. Lo contrario significaría ocasionar inseguridad jurídica en detrimento de las relaciones institucionales, y las actuaciones societarias e interpersonales que se producen cotidianamente. Por lo expuesto, en el presente caso se ha demostrado que los sumariados no motivaron suficiente y congruentemente su criterio por el cual se separaron de sus resoluciones y sentencias dictadas anteriormente en juicios similares, evidentemente no idénticos.”¹³⁵

La Resolución no llega hasta un hecho cierto para confrontarlo a la luz de una argumentación que solo tiene que ser lógica para reconocerla, sin embargo, tal como ocurrió con la medida cautelar de suspensión; ha omitido de forma deleznable el Pleno del Cj ¿cómo se *ha sido demostrado* la falta de motivación?, la ausencia del análisis en derecho de ese hecho sorprende, cuando se utiliza la causal de falta de motivación para establecer el cometimiento de una infracción disciplinaria grave aludida a dos jueces, se administra entonces una *justicia abyecta* por parte del Cj.

2.2.1.1. El alejamiento de líneas jurisprudenciales.

“Estos elementos, en anteriores pronunciamientos¹³⁶ devinieron en la ratificación de las glosas de subcapitalización formuladas por el SRI, pero en el presente caso, sin que exista fundamentación alguna conllevan a que la glosa sea eliminada, lo que configura la infracción prevista en el numeral 8 del artículo 108 del Código Orgánico de la Función Judicial.”¹³⁷

La sentencia del caso OCP y las sentencias con las que la Presidenta de la Sala de lo Contencioso Tributario intentó la generación de jurisprudencia vinculante, mismas que constaron en la denuncia del Caso Suing-Durango y que fueron reproducidas en la etapa de prueba; son los elementos que nos permiten determinar si existió razón lógica alguna que movió a los jueces nacionales a tomar su decisión final, para lo cual se cita primeramente la parte pertinente de la sentencia OCP y se la confronta con los demás casos según lo afirmado por el SRI en su denuncia:

¹³⁵ Fs.1089v sA.

¹³⁶ Caso No. 271-2010 Andes Petroleum Ecuador Ltd; Sentencia de 01 de agosto del 2012; Caso No. 442-2010 Andes Petroleum Ecuador Ltd; Sentencia de 14 de septiembre del 2012; Caso No. 357-2011 Occidental Exploration and Production Company (OEPC); Sentencia de 21 de diciembre del 2012.

¹³⁷ Denuncia SRI, fs.3 sA.

- a) Pero el presente caso, difiere de los otros, no sólo porque no se podía exigir condiciones que la ley ni el reglamento había previsto, sino porque además: 1) Consta que en el contrato suscrito por el Estado Ecuatoriano y OCP para la construcción del oleoducto de crudos pesados, se estipula que el financiamiento del proyecto corre a cargo de la Empresa OCP ECUADOR S.A., solo su capital social que debía necesariamente ascender a USD \$ 55´000.000, (cincuenta y cinco millones de dólares) en el caso de ANDES su capital era de USD \$ 2.000); en consecuencia, el crédito subordinado obedece a una cláusula contractual; 2) La Administración Tributaria considera que existe “subcapitalización” por el análisis financiero de la empresa, sin embargo, la actora ha demostrado su capacidad de endeudamiento por los contratos tipo “ship or pay” suscritos con sus clientes, lo cual no está prohibido por nuestra legislación y que le permitió además contratar un crédito por 900 millones de dólares con la banca privada internacional; 3) Demostró que ha pagado intereses sobre el préstamo vinculado y buena parte del capital, lo que desvanece la presunción de simulación, 4) Las retenciones en la fuente por concepto de impuesto a la renta cuyas tasas excedieron los máximos legales, demuestran el cumplimiento de una obligación tributaria material, prevista en la norma transcrita.¹³⁸
- b) Hechos que configuran la “Falta de fundamentación de la sentencia.”

En la parte de los antecedentes, se mencionan tres fallos de la propia Sala de lo Contencioso Tributario referentes a un mismo punto de derecho como es la subcapitalización, los cuales de conformidad con el artículo 19 de la Ley de Casación constituyen precedentes para la aplicación de la Ley, así tenemos:

“... No corresponde a un préstamo en condiciones normales, en donde se debía haber cancelado el capital e intereses o realizar abonos al capital más los intereses, con lo que se evidencia la vinculación de las dos compañías (...) Recurso 271-2010.

“... Las realidades del préstamo realizado a su subsidiaria no corresponden a las condiciones normales entre una institución de carácter financiero y su cliente creando en consecuencia, una simulación relativa (...) Recurso 442-2010.

“... Como lo reconoce la propia empresa actora, sus mecanismos de financiamiento de las obligaciones contractuales están dados por recursos propios, provisiones de casa matriz y estos llamados “préstamos” con partes relacionadas, que bien pidieron ser atendidos mediante el mecanismo de provisión de fondos, de la propia empresa o de la Casa Matriz, solo que en estos casos, no había obligación de cubrir intereses (...) Recurso 357-2011.

En relación a lo dicho, cabe citar el principio jurídico de “Stare decisis”, que implica que las sentencias dictadas por un tribunal crean precedente judicial y vinculan como jurisprudencia a aquellas que sobre el mismo objeto se dicten en el futuro por el mismo tribunal.

¹³⁸ Fs. 13v-14 sA.

La finalidad, por tanto, de este principio es justamente evitar que los jueces emitan fallos arbitrarios y discriminatorios como ha ocurrido en la sentencia de mayoría, materia de la presente denuncia.^{»139}

Por su parte, del sA se desprenden los hechos enmarcados a continuación:

No. de caso	Préstamo Subordinado		Capacidad de endeudamiento		Imposición Contractual		Pago de capital		Pago intereses		¿Hay simulación?		Obs.
	Si	No	Si	No	Si	No	Si	No	Si	No	Si	No	
497-2012 (OCP)	X		X		X		X		X			X	Fs. 13v-14 sA.
271-2010 (Andes P.)	X			X		X		X		X	X		Fs.33v sA.
442-2010 (Andes P.)	X			X		X		X		X	X		Fs. 55v sA
357-2011 (OEPC)	X			X		X		X	X		X		Fs. 60v sA

El hecho que OCP es la única empresa que haya pagado parte del capital y los intereses, desvanece la simulación, porque cumple una característica innata del préstamo, que es su devolución, ello seguido de la capacidad de endeudamiento que demostró OCP respecto de su capital social y su índice de apalancamiento. Dichas valoración está conforme los principios generales del derecho tributario, entre ellos el principio de realidad económica.

Los fallos que utiliza el SRI, el Cj, y la C.C. no reiteran sobre qué entender como subcapitalización, la entelequia de la motivación está fijada hacia el principio de realidad económica que contiene el artículo 17 del Código Tributario (primacía de la sustancia sobre la forma). Es integro criterio que en todos los casos se lo ha aplicado y solamente ha sido sujeto de objeción lo mencionado a fs. 23 sA que no es aplicable a familias jurídicas romano germánicas.

Las líneas jurisprudenciales al no ser vinculantes y no existir ley que condicione el beneficio tributario de la deducción fiscal para el ejercicio económico de 2003, impone al contribuyente a través de una sentencia una carga tributaria que a la fecha en

¹³⁹ Fs. 2v-3 sA.

que presentó su declaración de impuesto a la renta no existía, lo que presupone un quiebre a la seguridad jurídica del accionista.

2.2.2. La causal de error inexcusable

(...) otra infracción en la que han incurrido los denunciados es la comisión de un error inexcusable o injustificable, puesto que existen al menos cuatro fallos de la propia Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, que establecen un criterio uniforme para considerar una transacción como subcapitalización lo que devino en aquellos fallos, en la confirmación de las glosas establecidas por la Administración Tributaria; y sin embargo de lo cual, a pesar de que ya había una línea de criterio jurisprudencial, los Dres. Suing y Durango emitieron un fallo totalmente contrario, sin el debido sustento o justificación.¹⁴⁰

Es importante señalar que el error judicial, en sentido estricto, se produce exclusivamente cuando el mismo se comete en un *acto formal y materialmente jurisdiccional*, que a su vez, puede ser de iure o de facto. El de iure se produce cuando el juzgador se aparta considerablemente de las reglas que para el efecto se establecen en los ordenamientos jurídicos, o bien, cuando dicta una resolución contraviniendo, de cualquier forma, una o varias normas jurídicas vigentes. En cuanto al error judicial de facto se produce cuando el juzgador cambia los hechos materia de la litis, o altera cualquier otro hecho relacionado con las actuaciones del juicio.¹⁴¹ (El énfasis me pertenece)

La “obiter dicta” de la resolución sirve para que el Pleno del Cj tome para sí la competencia de conocer asuntos jurisdiccionales mediante el error inexcusable,¹⁴² ello adquiere cierta consonancia cuanto en el mismo acto, se acota una verdad innegable: la necesidad de toda sentencia de ser lógica y razonable -para que se justifique por sí misma-. Los sumariados continuaron impugnando la competencia del Cj –aún después de la resolución que los destituyó, al afirmar que aquella potestad:

le está vedada al órgano administrativo, por más órgano de gobierno y disciplinario que sea, ya que de lo contrario, equivaldría a establecer, al margen de la ley, un mecanismo administrativo de revisión de los fallos de jueces y tribunales, que no está previsto en ninguna disposición del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por el contrario, sobre este punto, el art. 115 inciso segundo del COFJ a la letra dispone que “Así mismo, no se admitirá a trámite la queja o la denuncia si en ella se impugnan criterios de interpretación de normas jurídicas, valoración de pruebas y otros elementos netamente jurisdiccionales.”¹⁴³

¹⁴⁰ Denuncia del SRI del Caso Suing-Durango, Fs. 2 sA.

¹⁴¹ Resolución del Cj del Caso Suing-Durango, Fs. 1090 sA.

¹⁴² Se debe considerar que para que un error de hecho sea considerado inexcusable, es condición tanto suficiente como necesaria que exista un precepto jurídico que siendo legítimo y estando vigente, contenga un mandato positivo o negativo que fuese claramente identificable, preciso y unívoco, Fs. 1089v sA.

¹⁴³ Caso 0463-2014-MLS, fs. 16.

Específicamente, sobre la causal de error inexcusable la parte procesada argumenta:

II Sobre el presunto error inexcusable (art. 109.7 del COFJ): tampoco el denunciante ha podido demostrar la existencia de error inexcusable, ya que no existe norma que no se haya aplicado o se haya aplicado vulnerando de manera grosera su contenido, cual es la exigencia para sancionar el error inexcusable; el art. 17 del Código Tributario que contiene el concepto de prevalencia de la sustancia sobre la forma, es de aquellas normas denominadas abiertas, que permiten una amplia interpretación, en contraposición a las normas cerradas o rígidas que no admiten otra interpretación que su contenido expreso.

Al no existir precedente obligatorio, los pronunciamientos vertidos sobre el tema de subcapitalización, se mantienen como línea jurisprudencial, sin obligatoriedad para los jueces de la Corte, por lo que tampoco existe vulneración de norma alguna al respecto en el fallo cuestionado.¹⁴⁴

La errónea interpretación que puede hacer un juez bajo la figura técnica de la “subcapitalización” a la cual el propio sumariado dice que le costó media vida entenderlo y por el cual hubo intensos debates en el seno del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, relacionarlo como un error inexcusable aplicables a decisiones judiciales con fallas gruesas que hieran a la lógica legal, tales como enajenar bienes públicos o cuestiones vitales como la libertad, todos aquellos tipos de errores que los pueden sentir la sociedad llana sin necesidad del empleo de conocimientos técnicos, solo mediante la *sindéresis*. Más el hecho de considerar si una transacción es o no “subcapitalización”, se escapará del conocimiento de un lego en derecho. Cuando existe una duda razonable no cabe error inexcusable.

2.2.2.1. La “subcapitalización”.

Cuando la subcapitalización no ha sido definida por la ley, la doctrina se ha encargado de analizar *que se entiende* por “subcapitalización”, pero legalmente no se ha establecido *que es*, por lo que mientras no se encuentre su definición normativa, el concepto mismo de “subcapitalización” posee una duda razonable implícita. Estos son los argumentos que se utilizó en el Caso Suing-Durango para justificar la no “subcapitalización” de las transacciones hechas por OCP a su matriz en las islas Cayman.

¹⁴⁴ Alegato en derecho de Suing, fs. 1079v sA.

3.4. Pese a lo expuesto, que sería suficiente para desechar tan infame denuncia, considero necesario explicar un poco más los razonamientos de la sentencia, pues en un tema tan técnico que nos ha costado la mitad de nuestras vidas entenderlo. Es necesario entonces que no quede la menor duda de nuestro justo y rector proceder, pues mientras más leo lo resuelto, más me convengo de que tengo razón, pese a que, a diferencia de otros, no me considero dueño de la verdad:

3.4.1. Lo que debe entender en primer término cualquier estudiante de contabilidad o de Derecho Tributario (a propósito dejo afuera a los de Economía) es que el dinero tiene un costo, y que para el cálculo del impuesto a la renta el pago de los intereses por deudas contraídas con motivo del giro del negocio son «deducibles» (#2, art. 10 LRTI).

3.4.2. El SRI considera que nadie puede hacerse un préstamo a sí mismo y, en consecuencia, lo hecho por la matriz OCP a su subsidiaria Ecuador debió considerarse un acto de subcapitalización, pues lo que en realidad ha habido es una «pago de intereses al exterior», y no el presupuesto que la ley establece para configurar el tributo.

3.4.3. Para el ejercicio económico de 2003, el Art. 13 de la ley 99-21, publicada el 30 de abril de 1999, cuyo texto se transcribe en el fallo, faculta expresamente la deducción de los gastos efectuados en el exterior cuando se haya efectuado la pertinente retención en la fuente. En su numeral 3, consta que son deducibles los pagos de intereses al exterior, incluso sin la retención, si los créditos externos se registran en el Banco Central del Ecuador, siempre y cuando estos no excedan las tasas máximas fijadas por el Directorio de dicho Banco; o, incluso cuando excedan estas tasas máximas, si se efectuó la retención en la fuente.

3.4.4. Esta situación estuvo vigente en el país hasta la expedición de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador (R.O. 242 del 29 de diciembre de 2007), en la que no es que se elimina la posibilidad de endeudarse con partes relacionadas, sino que se establece un límite (300% del patrimonio) En conclusión, la Ley permitía y permite endeudarse con partes relacionadas, sin que ello presuma o faculte presumir simulación.

(...) 4.3. Se levantó la glosa, porque según el SRI la compañía no demostró capacidad de endeudamiento, y por ello el préstamo a su matriz es una «mera simulación» («Acción de simular. Alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato», DRAE). En otras palabras, se sostiene que no existe tal préstamo (no puede perderse de vista que es una obligación contractual); sin embargo, hay que referir que el costo del proyecto fue mayor al presupuesto inicial, por lo cual OCP no sólo se endeudó con su matriz sino con la banca privada internacional (en ese caso no existe simulación para el SRI), y ante ella demostró su capacidad de endeudamiento con los contratos ship or pay. Como si fuera poco, la empresa ha demostrado no solo que registró los créditos en el Banco Central del Ecuador sino que pagó los intereses y buena parte del capital, todo lo cual desvanece la presunción de simulación alegada y en la que se basa la glosa.

4.4. El hecho de que el denunciante haya manifestado en sus alarmistas y linchadoras ruedas de prensa que la OCP ha pagado una tasa mayor a la permitida por el Banco Central, consta en los autos; pero el Art. 13 de la LRTI vigente a la fecha de disputa no lo prohibía; condicionaba, eso sí, su deducibilidad a que se hubiera hecho previamente la retención del

impuesto a la renta, lo que fue cumplido a cabalidad: sobre esa diferencia en las tasas de interés la compañía pagó el 25% de impuesto.

Por todas estas consideraciones que se expresan en la sentencia y que las reconfirmo ahora, no se encontró ninguna práctica elusiva para el pago del impuesto a la renta de 2003, según las leyes aplicables a dicho ejercicio. Resulta necesario añadir en este punto que, como la sentencia cuestionada es de mayoría, y no unánime, la tercera integrante de la Sala está en desacuerdo con la decisión mayoritaria. Y sin embargo, en el voto salvado de esta causa nada se dice sobre el tema de la subcapitalización, de lo que se puede deducir que la autora del voto salvado tampoco le ha dado la razón al SRI, y seguramente tenía dudas sobre el criterio que había vertido o apoyado en los fallos anteriores, por las condiciones especiales de este caso, según lo hechos relatado.¹⁴⁵

3. La motivación en la destitución

El SRI accionó el proceso sumarial bajo dos postulados: falta de motivación y el error inexcusable. El SRI fija en su queja que se produjo falta de motivación cuando los jueces Suing y Durango resolvieron apartarse de “sentencias similares”, mientras que el Pleno del Cj considera que ha existido una motivación insuficiente,¹⁴⁶ y así lo decide cuando argumenta en su resolución lo siguiente:

En cada una de las sentencias mencionadas, agregadas al expedientes (sic) disciplinario, existe motivación pertinente y suficiente, que concuerda con el análisis del juzgador, concluyendo en resoluciones coherente con las consideraciones previas. Sin embargo, en el caso propuesto, materia del presente expediente, los sumariados no motivaron con suficiencia los criterios por los cuales se apartaron de los fallos que ellos mismos dictaron anteriormente, en casos similares. (...) Por lo expuesto, en el presente caso se ha demostrado que los sumariados no motivaron suficiente y congruentemente su criterio por el cual se separaron de sus resoluciones y sentencias dictadas anteriormente en juicios similares, evidentemente no idénticos.¹⁴⁷

La falta de hechos claros a los cuales haya aludido el Cj oculta cualquier viso de motivación cuando la única manera que se busca para determinarla es compararla con “su contrario”, lo que provoca que se agrave la situación jurídica de Suing y Durango en su sumario y prepare el terreno para tratar la causal que provoca la inmediata destitución.

¹⁴⁵ Fs. 232-234 sA.

¹⁴⁶ El COFJ establece que se sancione por “falta de motivación”. La insuficiente motivación, es así mismo insuficiente para encuadrar la decisión con la sanción disciplinaria.

¹⁴⁷ Fs. 1089v sA.

El error inexcusable es referido en la denuncia del SRI que aconteció cuando se consideró en el fallo de mayoría del caso sub judice que una transacción de OCP no es “subcapitalización”, para lo cual las partes procesales aportaron abundante prueba lo que provocó que el sA contenga más de 1000 páginas. Sin embargo nada se infiere sobre la “subcapitalización” en la argumentación que conduce a la convicción de la destitución por error inexcusable. La “argumentación” del Cj se ha basado en un principio que nunca estuvo en litigio, como lo fue el principio dispositivo, el cual entra al escenario del siguiente modo:

9.3. Sobre el error inexcusable

(...) El artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial consagra el principio dispositivo, en virtud del cual todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las jueces y los jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley, lo cual concuerda con lo dispuesto en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que la sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis.

Por otra parte, el segundo inciso del artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que los jueces no podrán ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

La Corte Suprema de Justicia, mediante resolución No. 466-98, publicada en el Registro Oficial No. 45 de 13 de octubre de 1998, señaló: “Tercero.- El artículo 277 (273) del Código de Procedimiento Civil dispone: “La sentencia deberá decidir únicamente los puntos, sobre lo 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, esta disposición impone al Juez el deber de estudiar en su sentencia tanto las pretensiones deducidas en la demanda como las contrapretensiones expuestas en la contestación a ella, siguiendo un orden lógico ...”

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de casación dictada el 25 de enero de 2007 por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, publicada en la Gaceta Judicial Año CVIII, Serie XVII, No. 3. Página 8884, señaló: “...que el principio de congruencia o armonía del fallo se contrae a la necesidad de que se encuentre en consonancia con las pretensiones deducidas por el demandante en la demanda, o en las oportunidades que la ley le ofrece para proponerlas; y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido invocadas por el demandado, si no se autoriza su declaración oficiosa. O sea que el juez en su sentencia tiene que pronunciarse sobre todo lo que se ha pedido por los litigantes y

solamente sobre lo demandado; pero, además, su decisión no puede fundarla sobre hechos que no están en debate...”.¹⁴⁸

Luego la resolución aterriza en el caso y decide que hay error inexcusable por ser laxos al momento en que se aceptó conocer el fondo de una causal de casación que posteriormente fue rechazada y tal vez por ello no fue materia de impugnación en la denuncia del SRI.

En el presente caso, el recurso de casación planteado por Oleoducto de Crudos Pesados Ecuador S.A., se fundamentó en las causales primera, segunda y cuarta del artículo 3 de la Codificación de la Ley de Casación, sin embargo, los servidores sumariados en el literal a) del considerando cuarto de la sentencia de 18 de julio de 2013, (fs. 93vta.) manifestaron: “...erróneamente lo fundamenta en el numeral 1ro. del Art. 3 de la Ley de Casación, por cuanto estaría más encasillada en la causal 5ta. del referido artículo, pero que esta Sala ha sido laxa en aceptar dicha equivocación y en casos iguales ha procedido a conocer sobre el fondo de la impugnación...”.

De lo anterior se concluye que los sumariados, procedieron contraviniendo lo dispuesto en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, conducta que se agudiza considerando que la casación no es una instancia, sino un recurso extraordinario que procede contra las sentencias o 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, es decir, que no admite que el examen del recurso sea por causal distinta a la propuesta por el recurrente.

(...) Los sumariados de manera oficiosa resolvieron el recurso de casación fundamentándose en causales distintas a las alegadas por Oleoducto de Crudos Pesados Ecuador S.A., lo que a todas luces constituye un proceder abiertamente contrario a lo dispuesto en los artículo 19 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil.¹⁴⁹

Más allá de establecer si los jueces nacionales debieron ser laxos en admitir conocer el fondo de una causal de casación, que se vuelve hasta cierto punto necesaria en materia tributaria ya que al tener una sola instancia, no existe órgano alguno al cual apelar,¹⁵⁰ es importante dejar en claro que fueron destituidos por el tratamiento de una causal que al final de su destino no produjo efecto jurídico alguno, y en tal sentido hubo carencia de daño que motive la destitución.

Esta actuación, se convierte en un *modus operandi* cuando la C.C. utiliza el mismo argumento para declarar la nulidad por falta de motivación en la sentencia del caso OCP

¹⁴⁸ Fs. 1090-1090v. sA.

¹⁴⁹ Fs. 1091 sA.

¹⁵⁰ Apelación que no necesite cumplir formas; tal como es la naturaleza de todo recurso ordinario.

por lo que se infiere que debió haber estado al tanto del sumario administrativo, ya igualmente el SRI en su AEP no hace referencia alguna a la causal de casación de OCP que después de ser conocida, fue rechazada. “¿Qué es arduo? –preguntó el pintor levantando una mano-. Se ha quedado usted corto. Diga mejor que la justicia jamás renuncia a su concepción. Si yo retratase aquí sobre una tela a todos los jueces juntos, y usted se defendiese delante de sus efigies, no conseguiría un resultado mejor que ante los jueces reales.”¹⁵¹

3.1. La indefensión procesal

9.4. Sobre la valoración de pruebas

(...) A lo antes expuesto *se agrega* el hecho de que los jueces sumariados se excedieron en sus competencias, previstas en la Constitución de la República, el Código Orgánico de la Función Judicial y la Codificación de la Ley de Casación. Al haber valorado prueba, *cuando en el considerando cuarto de la sentencia de mayoría, establece lo siguiente “C) de la revisión exhaustiva de la sentencia, se puede colegir que, efectivamente no se ha hecho un pronunciamiento expreso sobre alguna de las Glosas, por cuanto el criterio vertido por las anteriormente señaladas, es el que utiliza la sentencia recurrida para desechar la impugnación de todas las demás”* (...)

De conformidad con la amplia jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, la formación de la convicción sobre los hechos objeto del debate procesal está atribuida al órgano jurisdiccional que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido el ejercicio de dicha facultad, puesto que la errónea valoración de la prueba ha sido excluida del recurso de casación. Es por esta razón que la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación determina, de forma restrictiva, que el recurso de casación sólo podrá fundarse en la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación exclusivamente de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

Precisamente en relación a lo anterior, conforme fallo (sic) que corresponde al proceso de casación No. 668, publicado en el Registro Oficial No. 70 de 28 de abril de 2013, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia señaló: “QUINTO.- ... por la naturaleza del recurso no corresponde a la Sala de Casación efectuar nuevo examen del proceso en los hechos y en el derecho, sino únicamente efectuar una comparación de la sentencia con la norma que se dice ha sido violada, a fin de determinar si el precepto legal ha sido acertadamente aplicado. No puede hacerse nueva valoración de la prueba, como tampoco juzgar los medios intelectivos que condujeron a la formación de la convicción del Tribunal juzgador.”

¹⁵¹ Franz Kafka, *el proceso*, 207.

Los servidores judiciales sumariados valoraron la prueba como si se tratase del antiguo recurso de tercera instancia,¹⁵² aun cuando para el caso y en virtud de la causal cuarta alegada, no correspondía, conforme fallo de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil ya citado, en el cual se menciona: “Solo las causales segunda y tercera permiten restrictamente (sic) entrar a analizar la prueba. Es la casación indirecta”.

(...) En consecuencia, al haber resuelto sobre una causal distinta a la propuesta en el recurso de casación, los servidores judiciales sumariados desnaturalizaron la esencia del recurso de casación, y a la vez, asumieron indebidamente la atribución de valorar la prueba, facultad que no tenía en virtud de que la causal tercera del artículo 3 de la Codificación de la Ley de Casación no fue invocada por la parte recurrente ni analizada por los jueces sumariados.¹⁵³ (El énfasis es mío).

Irrumpe un nuevo hecho a las alturas de la resolución. Como caído del cielo aparece un evento que agrava la situación de los procesados para colocar a Suing y Durango en el ejemplo más claro de un estado de indefensión: al no haberse podido defender de hechos que tampoco le fueron acusados por el SRI. El Cj ha actuado de oficio.

Es decir que el Consejo de la Judicatura se fundamentó para nuestra destitución, en un tema que no fue motivo de la denuncia y concluyó analizando el fondo jurídico de la sentencia, de un tema abordado en ella, una glosa, no de todo el fallo, cual si fuera un órgano administrativo con facultades jurisdiccionales, forzando argumentos en pro de justificar su ilegal decisión, encontrando un error inexcusable en un artículo del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria, y una causal que expresamente fue rechazada. (...) lo que se determinó en el voto de mayoría es que “no existe un el fallo de instancia pronunciamiento expreso sobre algunas glosas”, es de simple lógica, la necesidad de que se realice un ejercicio de valoración de los elementos que obren de proceso sobre la glosa para decidir en consecuencia porque precisamente el juzgador de instancia omitió hacerlo y los jueces, en cualquier instancia y recurso están para “administrar justicia”, sin sacrificarla por la mera omisión de formalidades como lo exige la propia Constitución, de directa y obligatoria aplicación, pues si no se rompe el formalismo del que está revestida la casación, la gran sacrificada será la justicia.¹⁵⁴

Este mismo argumento es utilizado por la C.C. para declarar que la sentencia OCP carecía de motivación. La AEP interpuesta al respecto por el SRI trató sobre el alejamiento de líneas jurisprudenciales sin fundamento jurídico, más no sobre la valoración de prueba que pueda hacer un juez nacional. En todo caso podemos entender que al ser el máximo organismo de justicia constitucional, pueda ir más allá del litigio

¹⁵² De haber sido el caso: sería un recurso de segunda instancia para las materias tributaria y contencioso administrativa, las cuales en el Ecuador carecen de órgano al cual apelar.

¹⁵³ Fs. 1091 sA.

¹⁵⁴ Fs. 24v-25 del juicio 0463-2014-MLS.

judicial que contiene la demanda y su contestación para buscar la justicia detrás del proceso, lo que no podemos justificar es que se utilice aquella potestad para ajustar sanciones, no en pro de derechos.

Otro argumento utilizado por la C.C. es la “vocación de universalidad” que debe tener toda sentencia, la misma que a consideración de la C. C. obligaba a que no salga de la línea de decisiones anteriores, a pesar que las mismas no eran vinculantes al tenor de lo que prescribe la constitución. Lo manifiesta en los siguientes términos

Es decir, el respeto a los propios criterios vertidos en casos análogos por parte de la Corte Nacional de Justicia, aun cuando formalmente no hayan pasado por el procedimiento previsto en el artículo 185 de la Constitución para el establecimiento de jurisprudencia obligatoria, responde a la observancia del principio de igualdad y seguridad jurídica, dado que no es admisible a los juzgadores, a pretexto de que un criterio vertido en uno o varios casos anteriores que no es formalmente jurisprudencia obligatoria, desconociendo sus decisiones, las que deben ser adoptadas con vocación de universalidad, es decir, ante las mismas circunstancia (sic) de casos anteriores, cuando no media circunstancias relevantes para un cambio de criterio, es imperioso resolver como se lo ha hecho en el pasado. Con lo cual, los jueces al administrar justicia deben realizarlo principalmente con sujeción a los derechos constitucionales de igualdad y seguridad jurídica.¹⁵⁵

Previamente la C.C. afirmó que existió falta de competencia en el obrar de los jueces sumariados en la sentencia del Caso OCP en los siguientes términos: “Entonces, en el caso sub judice, los jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional actuaron fuera de sus competencias, pues no se encontraban facultados para valorar la prueba aportada en instancia (...) es obligatorio motivar las decisiones conforme a sus competencias, es decir, porque el patrón fáctico cambia, mas no modificando la valoración de los hechos del caso fijados en instancia.”¹⁵⁶

Para Suing y Durango la valoración de los elementos que obraron en el proceso, los cuales para la C.C. son ciertamente pruebas, *era necesaria*, ya que existió una omisión anterior y su dogma le obligaba a buscar la justicia por sobre lo verosímil de la afirmación del Tribunal A-quo, en el sentido que OCP no aportó prueba alguna que desvanezca la glosa, esto, lo señaló en su sentencia de 02 de agosto de 2008 de la siguiente manera:

¹⁵⁵ C.C., Sentencia del Caso No. 1735-13-EP, 17-18.

¹⁵⁶ *Ibíd*em, 16-17.

"De lo expuesto, una vez revisado y analizado el proceso, en su integridad, la Sala se encuentra de acuerdo con las actuaciones de la Administración, en razón de que la parte actora no ha demostrado documentada ni legalmente los argumentos expuestos dentro de la fase administrativa ni en la contenciosa, pues no ha desvirtuado los cargos que la Administración Tributaria ha establecido mediante el acto de determinación tributaria, ya que las pruebas presentadas no hacen mérito suficiente para desvanecer las glosas que se hayan levantadas a su cargo, consecuentemente, la Resolución No. 117012008RREC013034 de 6 de octubre del 2008, y Acta de Determinación No. 172008100033, levantada en concepto de impuesto a la renta del ejercicio económico 2003, se los considera como actos administrativos válidos y legítimos, llamados a cumplirse ... ".¹⁵⁷

Lo traído a contexto coloca en posiciones contrarias a la C.C. y a los citados jueces sumariados. La C.C., por su parte impone importancia en su escala de valores a la rigurosidad del procedimiento casacional, que en virtud del ciego cumplimiento de sus causales, niega cualquier intento que proponga degradar a la ley escrita que prohíbe la revisión de la prueba por sobre un recto entender que busca llegar a la verdad de un caso, lo que le coloca a la C.C. en el recto saber de la ideología tradicional y costumbrista en este caso particular. Suing y Durango son parte del recto saber que propone la ideología heterodoxa y creadora, al utilizar al derecho natural para intentar llegar a la esencia por sobre la forma legal, para lo cual, tuvieron como cierto en su convicción que es indispensable recurrir a las piezas que obraban en el proceso para emitir un mandato lógico, por lo que han utilizado su *logos* para persuadir y he intentar convencer de la racionalidad de su decisión.

En un caso similar la C.C. ha actuado desde la posición ideológica contraria a la tradicional, al desconocer la potencia de la ley de casación, así:

Dado el carácter del Estado Constitucional de Derechos y Justicia y su nuevo enfoque garantista, la Corte Constitucional debe tutelar el genuino cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales, descartando las extremas formalidades que imponen las leyes procesales las cuales contrarían los principios fundamentales que se consagran en el artículo 169 de la Constitución de la República. El Estado tiene como finalidad la garantía de los derechos de las personas, y la Corte Constitucional tiene como principal atribución asegurar el respeto e inviolabilidad de la Constitución, así como garantizar su eficacia directa. Según el principio de supremacía de la Constitución, la norma suprema prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico; las normas en general deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales y en caso de no hacerlo carecen de eficacia jurídica. El artículo 75 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los

¹⁵⁷ *Ibíd*em, 14.

principios de inmediación y celeridad, sin que en ningún caso pueda quedar en indefensión. (...) La Corte de Casación debió subsanar el error de identificación, que era claramente comprensible, y efectuar sus reflexiones sobre el fondo, evitando obstaculizarlo por meras formalidades, puesto que todos los jueces y operadores de justicia deben hacer primar el principio procesal de *iura novit curia*, esto es, la jueza o juez puede aplicar una norma distinta a la invocada por el demandante o recurrente, a fin de no sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades. (...) La rígida formalidad de la Ley de Casación contraría los principios fundamentales de un Estado constitucional de derechos y justicia, pues genera la violación de derechos constitucionales del casacionista, dejándolo en indefensión al denegar la justicia, en flagrante vulneración a lo dispuesto en el artículo 169 de la Constitución de la República.¹⁵⁸

Este tipo de actuar es el que precisamente se intentará verificar mediante el análisis de las técnicas argumentativas utilizadas en la motivación del mandato a ser expedido y que demostrará la sinceridad de la convicción del administrador de justicia que al no colocar en un lugar fijo de su escala de valores la potencia de las leyes, delata la inseguridad en su forma de ver la vida, lo que nos induce a establecer que existen presiones para resolver sin una convicción firme.

Por mandato del derecho natural es necesario razonar la validez intrínseca del literal c) del Considerando Cuarto de la sentencia OCP, que ha sido acusado de haber desnaturalizado el recurso de casación. Para que se arguya a los sumariados haber valorado nuevamente la prueba de OCP, es ineludible que el Tribunal a-quo la haya primeramente valorado, más si no hace ningún pronunciamiento sobre ellas: no hay valoración, solo el vacío y la nada. Es obvio que ante dicha ausencia el juez se respalde en los recaudos procesales que tiene a su disposición para argumentar su decisión, sin que ello provoque una nueva valoración probatoria, hecho que no está absolutamente vedado al juez nacional, por lo que la validez material del considerando cuarto de la sentencia del caso OCP es real. La vocación de universalidad exigida por la Corte a los sumariados no es pertinente, cuando en el proceso se marcó la crucial diferencia del caso OCP: no se comprobó simulación tributaria alguna.

Estoy seguro de que su conocimiento de la justicia es mucho más amplio que el que yo tengo, que no excede de lo que he oído de ella a algunas personas. Pero sí he podido notar una completa unanimidad en cuanto a asegurar que aún la acusación más desprovista de toda base no queda anulada fácilmente, puesto que la justicia, una vez que ha dado forma a

¹⁵⁸ C.C.; *Sentencia 045-10-SEP-CC, (Caso No. 0731-09-EP)*, Suplemento del Registro Oficial No. 331 de 30 de noviembre de 2010, 66-67.

la acusación, está firmemente persuadida de la culpabilidad del acusado. Todo induce a creer que es sumamente arduo modificar esa concepción.¹⁵⁹

4. Teleología de la destitución.

El plexo axiológico de la resolución del Cj es la falta de motivación cometida por Suing y Durango de forma inexcusable. Su *ratio decidendi* está comprendido en su numeral 9 “Criterios a considerarse”. El numeral 9.1. “Hechos probados” señala:

Dentro del presente sumario administrativo, se han demostrado los siguientes hechos:

A fojas 91 del expediente consta la sentencia de 18 de julio de 2013 expedida por los sumariados, en voto de mayoría, de la que se desprende que: a) Oleoductos de Crudos Pesados Ecuador S.A. (OCP), fundamentó su recurso de casación en las causales contempladas en los numerales primero, segundo y cuarto del artículo 3 de la Ley de Casación; y, b) que los sumariados aceptaron parcialmente el recurso de casación propuesto por el representante legal del Oleoducto de Crudos Pesados Ecuador S.A. (OCP), en la forma y consideraciones que constan en el numeral cuarto de esta sentencia.¹⁶⁰

Sorprende que el primer hecho probado, es de aquellos hechos que no formaron parte de la denuncia del SRI y por lo tal no fueron reproducidos en prueba. Es aquel hecho que irrumpió cuando las partes procesales ya solamente esperaban la resolución que si hubiese sido motivada: sobre la falta de motivación constaría “hechos probados” que lleven a la conclusión que fue ilógica la fundamentación sobre ¿Cuándo considerar que una transacción es “subcapitalización”?, y en tal sentido no debieron haberse desalineado de sentencias consideradas similares. En el sumario el SRI no ha argumentado, ni solicitado probar hecho alguno inherente a las causales de casación. Nunca fue acotado al sumario, lo que presupone que el debate surgió internamente en el seno del Cj mientras estaba indefenso quien recibiría la sanción.

Salta a la vista que el Cj asienta importancia a la solemnidad y rigurosidad de las causales de casación, aquella consideración especial a la ley escrita, nos haría suponer que toda la resolución será positivista y costumbrista. Un juez nacional que intente burlar las causales de casación para conocer el fondo del litigio que colocan en sus manos, no es propio de la familia romano germánica. Además el *civil law* tiende a proscribir a jueces creadores y a primar la actuación de jueces empiristas. Les ha sido indiferente que una vez conocida la causal haya sido desechada: en su escala de valores

¹⁵⁹ Kafka, *el proceso*, 207.

¹⁶⁰ Fs. 1089 sA.

el respeto irrestricto a la autoridad y a la ley le es imposible degradarlo, por ello la transversalidad de aquella jurisprudencia que los jueces destituidos utilizaron para ser laxos y conocer *la materia* del recurso de casación, es para la familia romano germánica nula, sin efecto jurídico alguno; sus jueces formalistas, empiristas y positivistas no degradarán su confianza hacia la ley hecha por el legislador.

Montaña y Alarcón nos reseñan sobre la costumbre ideológica jurídica que ha tenido Ecuador, el cual inició un cambio de *paradigma* hace no más de 10 años con la nueva constitución con un importe considerable de principios que tienden a la creación de un juez activo, que no sea solo boca de la ley, pero que sin embargo se encuentra con varias aristas que trastocan profundas concepciones positivistas que obstaculizan su puesta en marcha.

Una de las transformaciones más importantes promovido por los constituyentes de Montecristi, es la consideración de la jurisprudencia como fuente directa y vinculante del derecho, y en la transformación del papel de los jueces en la estructura del Estado como creadores del derecho vigente.¹⁶¹

En ese sentido, de acuerdo con la doctrina, cuando decimos que los jueces crean derechos, en realidad estamos aludiendo a cuatro cosas diferentes: en primera instancia, si somos positivistas, podemos entender que la expresión creación judicial del derecho no es más que una fórmula retórica, que solo cobra vida en el caso rarísimo y excepcional en que el juez deba sustituir al legislador debido a las lagunas y antinomias que existen en el ordenamiento.¹⁶²

En definitiva, se evidencia en el sistema de fuentes del derecho un conflicto permanente para identificar la *ius* teoría que se halla detrás del sistema jurídico ecuatoriano, pues la corriente de pensamiento jurídico neoconstitucionalista transnacional difundida en el Ecuador al parecer no compatibiliza con los particularismos atinentes a la realidad nacional, y tampoco con las instituciones y principios que se han receptado y permanecen vigentes como consecuencia de la influencia inicial de la familia romano germánica.¹⁶³

Es indiferente para la familia jurídica romano germánica del *civil law* el hecho cierto del rechazo de la causal de casación en la sentencia OCP que posteriormente fue declarada nula en su totalidad por parte del máximo organismo de administración de justicia constitucional. La escala de valores de un juez empirista supedita el

¹⁶¹ Entiéndase derecho vigente en cuanto a la jurisprudencia que haya cumplido los presupuestos establecidos en el artículo 185 de la CRE.

¹⁶² Juan Montaña Pinto, *Prólogo en Repertorio Constitucional 2008-2011*, Luis Ávila Linzán comp. (Quito: V&M Gráficas, 2012), 14-15.

¹⁶³ Pablo Alarcón Pena, *Una mirada al derecho judicial ecuatoriano desde el derecho comparado*, en *Repertorio Constitucional 2008-2011*, Luis Ávila Linzán comp. (Quito: V&M Gráficas, 2012), 30.

cumplimiento de la norma incluso en cuanto a ritualismo se trata, por sobre el hecho de determinar si ha existido un *daño material* por el cual *se motive* el castigo. El desacato es la falta por excelencia del positivismo jurídico: la norma escrita siempre libre de mácula. Sobre una particularidad del desacato Alarcón señala “Queda claro que un tipo penal de estas características resulta incompatible con un juez activo y garante de los derechos, y lo más grave, desconoce la fuerza normativa de la Constitución.¹⁶⁴ En cualquier circunstancias el desacato será siempre una razón de peso para que un juez materialista y empirista no vaya más allá de la norma escrita a pesar que la constitución le faculte para ello, sobre todo en lo atinente a los mandatos de optimización por los cuales se deben cumplir los derechos en su máxima expresión, es decir sin límites que los restrinjan.

Santiago Basabe, propone que “un juez vota de forma sincera cuando su decisión refleja sus preferencias ideológicas puras (Earquharson, 1969). (...) un juez vota estratégicamente cuando en su decisión influyen las orientaciones ideológicas de actores ajenos al tribunal”,¹⁶⁵ por lo que la resolución de destitución del Caso Suing Durango, para que refleje el respeto a una ideología jurídica pura, deberá seguir su argumentación, según la escala de valores propia de la familia jurídica romano germánica y de un juez positivo-empirista.

El reconocimiento del Estado de derecho (s), da cuenta de que en Ecuador conviven una serie de sistemas de fuentes de derecho, entre la ley, fuente predominante en los sistemas integrantes de la familia romano germánica; el derecho indígena de características consuetudinarias y exponente de una fuente ajena a la producción normativa estatal (pluralismo jurídico), la jurisprudencia, con una importante influencia angloamericana, las políticas públicas, el bloque de constitucionalidad, entre otras.¹⁶⁶

Mientras tanto en terreno del derecho natural, alejados de las formas se procede a un reconocimiento interno en la convicción innata del juez, el cual se da al contestar la pregunta ¿Fue un mandato justo?; las causas que motivaron la decisión, ¿están en armonía con la lógica innata de la vida y el derecho?, contestar afirmativamente estas preguntas nos llevarán hacia el dogma de un mandato ético cuando se establezca una

¹⁶⁴ Pablo Alarcón Pena, *Una mirada al derecho judicial ecuatoriano...*, 32.

¹⁶⁵ Santiago Basabe Serrano, *Jueces sin Toga y Voto Judicial en Contexto de Inestabilidad Institucional: El Caso de la Corte Constitucional del Ecuador, 1999-2007* en *Revista Andina de Estudios Políticos* (Perú: IEPA, 2015)3, 4.

¹⁶⁶ Pablo Alarcón Pena, *Una mirada al derecho judicial ecuatoriano*, 32.

relación de causa y efecto que produce todo hecho, el cual desde el iusnaturalismo debe provocar un daño al menos jurídico (causa) para ser justa la imposición de la sanción y del escarnio público (efecto). “Hay muchos planos de causación, pero ninguno escapa a la Ley (...) mirando la vida desde el punto de vista ético, encontramos que la Ley de Causación es la teoría que satisface la justicia y será en armonía con los hechos de la vida que vemos en torno nuestro.”¹⁶⁷ Por el principio de polaridad¹⁶⁸ se establece -en blanco y negro- tan solo dos posibilidades ciertas –materialistas e idealistas- que contienen mandatos éticos. Así de forma binaria, se administra una única justicia ética.

Por otra parte, el segundo “hecho probado” que se hace alusión en la resolución de destitución, no es un hecho de los que se debe comprobar, o que fue materia de litigio. *La casación parcial* fue el hecho cierto que creó el Caso Suing-Durango. El numeral 9.2. “Sobre la falta de motivación”, inicia con dos transcripciones de los artículo 76.7.1) de la CRE y el artículo 130.4, del COFJ, para luego señalar “Del análisis de las piezas procesales que constan en el expediente administrativo, a fojas 25 a 61, que corresponden a las sentencias expedidas por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, suscritas por los sumariados, se desprende casos similares, no idénticos, pues por obvias razones, las acciones judiciales no se proponen sobre hechos y partes exactos.”¹⁶⁹

Al utilizar la lógica por sobre la costumbres el Cj sería un juez iusnaturalista. Al afirmar que el caso OCP es igual a otros sin basarse en norma legal o incluso formal, sino en la lógica obliga a que dicha razón este en plena armonía con la realidad, sin embargo de los hechos que reposan en el proceso en el Caso OCP no existe simulación, por lo que no es similar a los demás casos, en tal sentido el argumento iusnaturalista no tienen valor jurídico y en tal sentido no se lo toma en cuenta.

El Cj para finalizar el numeral 9.2. “Sobre la falta de motivación” acota que no se cumplió en la sentencia OCP el principio “stare decisis”, mismo nace en el seno de la familia jurídica anglosajona y por el que se demuestra la gran confianza que se tiene al

¹⁶⁷ Kybalión, *El Kybalión editado por Ariel Esotérica*, (Guayaquil: Cromograf S.A., 1975) 113.

¹⁶⁸ El principio de polaridad explica muchas paradojas, porque la ley de los aparentemente contrarios se une en sus orígenes. Kybalión..., 41.

¹⁶⁹ Primero nos muestra el nudo prodigiosamente embrollado de un proceso, nudo que el juez va desatando lentamente, lazo tras lazo para su propia perdición. Nietzsche citado en Gerardo Fernández García, *Dramaturgia* (Quito: CCE, 2003), 82

juez, por lo que la discrecionalidad judicial en el *common law* es laxa, allá una figura de error inexcusable es impensable en las condiciones ecuatorianas.

Contrasta a la posición tomada por el Cj sobre el acatamiento del principio “*stare decisis*” el hecho que en el siguiente numeral (9.3. “Sobre el error inexcusable”), se motive la destitución por haber violado el principio dispositivo, principio que proscribía actuar de oficio y que es propio del *civil law*, ya que se necesita de un juez pasivo para cumplirlo. Es netamente positivista y empirista ya que se requiere de impulsos escritos para que avance el juicio. Al respecto Durango aclara que el proceso tributario sería “cuasi oficioso”:

“de allí que incluso, prevé la actuación de pruebas de oficio, luego de vencido el término probatorio, ordenadas a criterio del juzgador (art. 262 del Código Tributario). (...) Mal puede entonces acusarnos de error inexcusable por una norma que para la materia especializada de lo contencioso tributario, el art. 273 del Código de Procedimiento Civil, es supletoria, y no cumple con la exigencia que el propio Consejo arguye como condición tanto suficiente como necesaria para que exista error inexcusable”¹⁷⁰

En la resolución de destitución, al Cj no le importa aquella jurisprudencia por la cual ha sido laxa anteriormente la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia para conocer *la materia* de la causal de casación, cuando esta ha sido erróneamente invocada, posteriormente subsanada y por último desechada, más le interesa el cumplimiento de líneas jurisprudenciales sobre un tema que aún no está definido positivamente en el ámbito legal bajo el amparo de un principio anglosajón, lo que como lo afirma uno de los sumariados “se encasilla en una discusión estrictamente jurídica, de aplicación de una norma de derecho, que no conlleva ninguna conducta ilícita o irregular del juzgador.”¹⁷¹

La conducta de los jueces se adecuó al accionar propio de su función (rol), no hicieron menos de lo que se esperaba, su escala de valores está definida con la búsqueda imperante de la verdad por sobre la verosimilitud,¹⁷² al no haberse contradicho aquel principio del derecho natural con otro del positivismo y dar una solución pragmática al hecho que en materia tributaria no existe aquella doble instancia judicial que exige la

¹⁷⁰ Juicio 463-2014, fs. 21v.

¹⁷¹ Juicio 463-2014, fs. 24.

¹⁷² “Pues, es verosímil que las cosas ocurran contrariamente a la verosimilitud” Aristóteles; citado en Gerardo Fernández..., 227.

Carta Magna ecuatoriana cuando al referirse al derecho a la defensa prescribe en su artículo 76.7. m) la garantía de poder recurrir al fallo o a la resolución en procedimientos que decidan sobre derechos, nos hace concluir que la sentencia OCP fue jurídicamente ética.

Con sinceridad creí que esta sentencia iba a servir para que el gobierno declare públicamente que cuando los jueces tienen razón y el derecho les asiste, aun si sufre la recaudación, lo respeta, enviando así un claro mensaje a los inversores extranjeros de que en este país sí existe seguridad jurídica.- Por el contrario, castigarnos por un criterio jurídico, justo y apegado a la ley, servirá para que la OCP acuda a esos tribunales y declare que en este país no existe libertad.

Es más, en el pedido de aclaración formulada por la propia Administración, en ningún momento cuestiona la supuesta falta de motivación de la decisión, menos específicamente en el punto que es materia de interés del denunciante, pues hacerlo implicaría resentir el principio de independencia del juez y reconocer un mecanismo de impugnación de las decisiones judiciales, a través de un órgano administrativo, que no lo prevé la ley.¹⁷³

Por su parte la posición legalista del Cj se quebró cuando interpuso en su resolución aquel principio del *common law* que merma la potencia de las leyes vigentes. Formalmente trató de justificar su proceder ateniéndose a cada principio jurídico en concreto, pero sin mirarse internamente, aquello que está exigiendo: no lo cumple cuando resuelve sobre cuestiones no sujetas a la litis de las partes procesales, en tal sentido la validez integral de la resolución de destitución es espuria.

Por último, la impugnación sobre la supuesta nueva valoración de las pruebas en casación, se funda en el argumento que los jueces nacionales están llamados a realizar un control de legalidad en sentido formal, esta visión tradicionalista arroja un valor jurídico propio de la escuela romano germánica: la seguridad jurídica. Al respecto la resolución del Cj dice lo siguiente “9.4. Sobre la valoración de la pruebas El carácter extraordinario del recurso de casación determina que únicamente el juez a quo puede valorar la prueba y los jueces que ejercen el control de legalidad están obligados a atenerse a dicha apreciación.”¹⁷⁴

¹⁷³ Fs. 1072v sA.

¹⁷⁴ Fs. 1090v sA.

Al colocar la seguridad en la *espiral de valores jurídicos*: como el valor creador de una justicia pragmática y fundada, se determina que la misma se basa dos principios altamente jerárquicos del *civil law*: el acatamiento irrestricto de la norma vigente y la irretroactividad de la ley. La seguridad jurídica vista desde la resolución del Pleno del Cj, coloca herméticamente al valor seguridad como el respeto de las formas legales por sobre lo material de la litis, lo cual acomete contra la teleología de una decisión justa. La normativa ha sido empleada para justificar lo ritual por sobre lo material, por lo se ha coartado como valores atinentes a la justicia: a la seguridad jurídica y al principio de legalidad.

J. I. Serrano sostiene que “un sistema normativo y cognitivamente cerrado a los valores y los deseos sería un sistema jurídico muerto y capaz de matar la sociedad que la contenga”.¹⁷⁵ Un valor jurídico para ser tal tiene que estar íntimamente articulado con la realidad que lo creó. Su utilización debe ser sincera a la familia jurídica que pertenece, un trato así genera un mandato digno de ser acatado como justo y ético.

¹⁷⁵ J. I. Serrano, citado en Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador* (Quito: Abya-Yala, 2011), 133.

CONCLUSIONES

1.- En el Ecuador la *tutela procesal efectiva* actúa desde el instante que inicia un procedimiento hasta que se ejecute en su totalidad lo que va a ser decidido en el mandato. Tiene como fin el logro de los principios de eticidad (justicia), sociabilidad (eficacia) y operatividad (normatividad) dentro de un procedimiento de índole judicial o administrativo. . A su vez uno de los principios necesarios para la puesta en práctica de la tutela procesal efectiva es que el administrador de justicia trate de forma igual a las partes procesales, hecho que no aconteció en el Caso Suing-Durango por la falta de independencia del Cj.

2.- No existió un interés legítimo ni por parte del SRI ni de la Presidencia de la República como tercero interesado para exigir y coadyuvar a la materialización de una sanción disciplinaria. Debió existir o por lo menos debió ser previsible el que se plasme en la realidad un daño material a la administración de justicia o al Estado con la sentencia OCP, lo cual nunca se pudo comprobar.

3.- Hubo falta de motivación en la decisión final del Cj por cuanto se resolvió sobre situaciones que no estuvieron en la litis del sumario administrativo, ello provocó la carencia de estudiar por lo menos un hecho factual (de aquellos que puso en el tapete litigioso el SRI) que sea subsumido (aunque sea de forma básica) con el derecho. El Cj intentó reemplazar esta carencia utilizando la lógica, la cual al no estar alineada con la realidad fue así mismo inválida.

4.- El respeto a una sola ideología jurídica demuestra la actitud sincera que posee el administrador de justicia que va a plasmar en su decisión, esto en un ambiente “ausente de interferencias”. Teniendo como referencia las técnicas argumentativas utilizadas en la resolución de destitución, se concluye que el Cj ha jugado con principios de las dos escuelas jurídicas a su conveniencia (principio dispositivo y “stare decisis”) para ajustar la destitución a los jueces nacionales. Se ha exigido por una parte el respeto de líneas jurisprudenciales y condenando el respeto de otras líneas jurisprudenciales que le permitían ser laxos en causales de casación en la materia tributaria que no posee un Tribunal de alzada, nos lleva a la conclusión que la resolución del Cj no fue ética.

5.- La figura jurídica del error inexcusable es abstracta e indeterminada. Formalmente permite que un órgano administrativo conozca asuntos estrictamente jurisdiccionales tales como la falta de motivación de una sentencia, ello a pesar que normativamente el propio COFJ prohíbe que tal situación se presente en los sumarios administrativos.

6.- El único criterio unívoco y cierto de las partes intervinientes en el Caso Suing-Durango, es que debe prevalecer la sustancia a la forma, sin embargo los jueces destituidos fueron los únicos que en la práctica lo ejercieron, tanto cuando aceptaron conocer la materia de un recurso de casación por sobre la forma de las causales, como cuando recurrieron a los recaudos procesales en el tema de las glosas para intentar llegar a una verdad que había sido omitida analizar por el Tribunal a-quo, lo que a su vez los definió como jueces racionalistas e idealistas.

RECOMENDACIONES

1.- La figura jurídica del error inexcusable debe ser eliminada del ordenamiento jurídico ecuatoriano y se debe proscribir que a futuro se intente establecer otra forma para que órganos administrativos sin competencia material sancionen a jueces por cuestiones jurisdiccionales.

2.- Se debe crear un Tribunal de Alzada en el ámbito contencioso tributario y contencioso administrativo ante el cual apelar y así cumplir el mandato constitucional del derecho a recurrir del fallo, ello implica la necesidad de un recurso ordinario al cual acceder sin necesidad de cumplir rito alguno.

3.- Deben emanar decisiones sinceras y en tal sentido éticas de los administradores de justicia, para lo cual es necesario su incorporación según su propia convicción a una escuela jurídica en concreto, lo cual generará previsibilidad en los fallos sin afectar la discrecionalidad judicial. En tal sentido es clave la legitimidad que otorgue la sociedad sobre lo ético de una decisión de autoridad competente.

4.- Para establecer el valor de una figura jurídica se propone el empleo de la *espiral jurídica de valores*, para así determinar de forma articulada con la realidad de los hechos

y los principios que otorga el derecho natural; si el destino de aquel valor está dirigido verdaderamente a la justicia, o si en el camino de la espiral fue aberrado o corrompido por agentes externos. Para lo cual se sugiere que el valor esté en consonancia con el cumplimiento de las *verdaderas necesidades básicas*, por lo que habrá de confrontarla con los primeros enunciados que se encuentran en el plano ideal y dogmático de la espiral y que tiene como fin establecer si aquel valor ha nacido de una virtud.

5.- Para establecer cualquier tipo de sanción el primer miramiento debe estar dirigido a si el acto provoca consecuencia jurídicas dañosas, o puede generarlas de forma certera, ya que solamente de ese supuesto o de esa realidad, el accionante que pretende la sanción a su contraparte puede poseer un interés no solamente legal sino sobre todo legítimo.

BIOGRAFÍA

Literatura

- Cervantes Saavedra, Miguel, *Sancho Panza Gobernador en Relatos del Mundo*, comp. Gustavo Salazar, Quito: Editogran, 2014.
- Kafka, Franz, Quito: Editogran, 2014.
- Mera, Juan León, *La escuela doméstica*, Quito: El Fénix, 1880.
- Palacio, Pablo, *El antropófago*, en *Un hombre muerto a puntapiés*, Quito: Editogran: 2013.
- Zola, Émile, *Yo acuso*, Quito: Editogran, 2014.

Doctrina

- Aguirre Castro, Pamela, *El valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano: ¿Cambio de Paradigma?*, en *Revista de Derecho Constitucional Umbral*, Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.
- Alarcón Pena, Pablo, *Una mirada al derecho judicial ecuatoriano desde el derecho comparado*, en *Repertorio Constitucional 2008-2011*, Luis Ávila Linzán comp., Quito: V&M Gráficas, 2012.
- Alexy Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia Ed., 2003.
- Andrade Ubidia, Santiago, *Independencia judicial y estado de derecho* en *Temas de Derecho Constitucional*, Quito: EDLE S.A., 2003.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *Las Garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008*. en *Desafíos Constitucionales, Serie Justicia y Derecho Humano - Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito: Ministerio de Justicia, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador*, Quito: Abya-Yala, 2011.
- Cicerón, Marco Tulio, *Sobre Leyes*, Buenos Aires: Aguilar Ed., 1966.
- Comte, Augusto, *Curso de filosofía positiva*, Barcelona: Orbis, 1980.

- Corwin, Edward, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires: Editorial Fraterna, 1987.
- Eguiguren, Genaro, en *Ediciones Legales, Régimen de Contratos Públicos*, Quito: Ediciones Ecuador, 2010.
- Foucault, Michael, *La ética del cuidado de sí mismo como práctica de la libertad*, en Carlos Gómez Edit., *Doce textos fundamentales de la Ética del siglo XX*, Madrid: Alianza Editorial, 2002.
- García Máñez, Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, México: Fontamara, 1993.
- Gastaldi, Italo, *El hombre un misterio*, Quito: Abya Yala, 2003.
- Gozaini, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional, El Debido Proceso*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Ed., 2004.
- Hobbes, Thomas, *Leviatan*, Madrid: Ed. Nacional, 1980.
- Hobbes, Thomas, *De la condición natural del hombre, en lo concerniente a sus dichas y desdichas*, en John A. Vásquez comp, *Relaciones Internacionales, el pensamiento de los clásicos*, México: Ed. Limusa, 1994.
- Leibniz, Gottfried Wilhelm, *Tres ensayos: El derecho y la equidad, la justicia, la sabiduría*, México: UNAM, 1960.
- Maquiavelo, Nicolás, *De El Príncipe*, en John A. Vásquez comp, *Relaciones Internacionales, el pensamiento de los clásicos*, México: Editorial Limusa, 1994.
- Montaña Pinto, Juan, *Prólogo en Repertorio Constitucional 2008-2011*, Luis Ávila Linzán comp., Quito: V&M Gráficas, 2012.
- Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Madrid: Ed. Tecnos, 1987.
- Moore, Goerge, *El tema de la Ética*, en Carlos Gómez Ed. *Doce textos fundamentales de la Ética del siglo XX*, Madrid: Alianza Editorial, 2002.
- Olmedo, José Joaquín, *Discursos sobre la abolición de las mitas en las Cortes de Cádiz. 12 de octubre de 1812*, en *El movimiento ilustrado y la independencia de Quito*, comp. Carlos Paladines Escudero, Quito: FONSAL, 2009.
- Perrino, Pablo Esteban, *El Derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa*, en *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I.*, Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003.

Platon, *Diálogos IX Leyes libros VII-XII*, Madrid: Ed. Gredos, 1999.

Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires: Ed. Eudeba, 1997.

Soler, Sebastián, *Los valores jurídicos*, Buenos Aires: Imprenta Balmes, 1948.

Jurisprudencia

Corte IDH, Caso de la Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador.

C.C.: Caso No. 0193-09-EP

C.C.: Caso N°. 1735-13-EP

C.C.: Caso No. 1731-09-EP

Virtual

<http://www.elcomercio.com/actualidad/rafaelcorrea-cumbre-latinoamericana-barackobama.html>.

<http://www.eluniverso.com/noticias/2013/11/27/nota/1827101/jalkh-quitar-error-inexcusable-necesita-reforma>

http://expreso.ec/expreso/plantillas/nota_print.aspx?idArt=5508423&tipo=2

<http://edicionimpresa.elcomercio.com/es/1621410108dd12d1-4e83-48d6-9ac7-f8df44dd63a0>

<http://www.frasesypensamientos.com.ar/autor/mario-vargas-llosa.html>

<http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=eclecticismo>

Informes y varios

CJ, ¡Cumplimos!, *Rendición de cuentas del consejo de la judicatura periodo julio 2011 y enero 2013*.

Basabe Serrano, Santiago, *Jueces sin Toga y Voto Judicial en Contexto de Inestabilidad Institucional: El Caso de la Corte Constitucional del Ecuador, 1999-2007* en *Revista Andina de Estudios Políticos*, Perú: IEPA, 2015.

Pásara Luis, *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*.

Veeduría Internacional a la Reforma de la Justicia en Ecuador, *informe final* de 13 de diciembre de 2012.

- Colson, Daniel, *Pequeño léxico filosófico del anarquismo de Proudhon a Deleuze*, Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión 2003.
- Fernández García, Gerardo, *Dramaturgia*, Quito: CCE, 2003.
- Gastaldi, Italo, *El hombre un misterio*, Quito: Abya Yala, 2003.
- Kybalión, Guayaquil: Cromograf S.A., 1975.
- Sumario administrativo No. 9001-2013-0879T.
- Cabanellas de la Torre, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2004.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid.
- Extremoduro, *Segundo Movimiento, lo de afuera*, “La ley innata”, 2008.

ANEXO 1

EL PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA.- Quito, a 20 de diciembre de 2013; a las 11h01.- VISTOS:

EXPEDIENTE DISCIPLINARIO N°: D-0879-UCD-2013-PM.

FECHA DE INICIO DEL EXPEDIENTE: 23 de septiembre de 2013 (fs.8).



1. SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1.1 Accionante:

Carlos Marx Carrasco, en calidad de Director General del Servicio de Rentas Internas.

1.2 Servidores judiciales sumariados:

Doctor José Dionicio Suing Nagua, Juez Nacional de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia; y, doctor Gustavo Adolfo Durango Vela, Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

1.3 Situación actual de los sumariados:

Mediante acción de personal No. 311-DNP de 26 de enero de 2012, se nombró Juez de la Corte Nacional de Justicia al doctor José Dionicio Suing Nagua.

Mediante acción de personal No. 317-DNP de 01 de marzo de 2012, se nombró Conjuez de la Corte Nacional de Justicia al doctor Gustavo Adolfo Durango Vela.

El 23 de septiembre de 2013, en virtud de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 269 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Presidente del Consejo de la Judicatura suspendió en sus funciones a los servidores judiciales sumariados, sin pérdida de remuneración, hasta por 90 días.

2. ANTECEDENTES

Mediante oficio No. 0027802 de 19 de septiembre de 2013, el Servicio de Rentas Internas, a través de su Director General, Carlos Marx Carrasco, presentó una queja relacionada con la actuación de los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela, Juez Nacional y Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente. En la queja presentada se manifestó que en la resolución del recurso de casación N° 497-2010, propuesto dentro del juicio de impugnación N° 26247-308-09-VJ, seguido por Oleoducto de Crudos Pesados Ecuador S.A. (OCP) en contra del Director General del Servicio de Rentas Internas y del Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, los sumariados habrían incurrido en falta de motivación y error inexcusable, infracciones disciplinarias tipificadas y sancionadas en el numeral 8 del artículo 108 y el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, en su orden. La argumentación de la queja se analiza en los numerales octavo y noveno de esta resolución.

3. COMPETENCIA

Por mandato del artículo 178, segundo inciso, de la Constitución de la República, el Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial. Entre las competencias del Consejo de la Judicatura están las consignadas en los numerales 3 y 5 del artículo 181 de la Constitución de la República del Ecuador, que dicen: "...3. Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas.", "...5. Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial". Asimismo, en los artículos

254 y 264, numeral 14 del Código Orgánico de la Función Judicial, se ratifica que el Consejo de la Judicatura es el órgano único de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial; y que el Pleno del Consejo de la Judicatura tiene atribución para imponer las sanciones disciplinarias a las servidoras o los servidores judiciales, o absolverles si fuere conducente.

Por lo tanto, el Pleno del Consejo de la Judicatura es competente para conocer y resolver el presente sumario disciplinario.

4. VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que: *"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso..."*

De la revisión del expediente se desprende el cumplimiento del mandato constitucional referido. Se advierte que con el auto inicial fueron debidamente citados los servidores sumariados, conforme se desprende de las razones de citación que obran a fojas 82 y 84 del expediente. De igual manera se ha constatado que los sumariados han ejercido plenamente su derecho a la defensa, presentando las pruebas de descargo a las que esta resolución se refiere en el numeral 8.3.

Al no haberse incurrido en violación de solemnidad alguna, se declara la validez del procedimiento disciplinario.

5. LEGITIMACIÓN ACTIVA

El artículo 113 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que la acción disciplinaria puede ser ejercida de oficio, por queja o denuncia.

En el presente caso, el Director General del Servicio de Rentas Internas, Carlos Marx Carrasco, presentó queja en contra de los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela, Juez Nacional y Conjuez Nacional de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente. De la revisión del expediente se aprecia que el Director General del Servicio de Rentas Internas fue parte procesal en el recurso de casación No. 497-2010, materia primigenia del presente sumario disciplinario, por lo que tiene interés directo en dicho proceso.

En consecuencia, el Director General del Servicio de Rentas Internas cuenta con legitimación activa para presentar la queja materia de análisis del presente sumario disciplinario.

6. TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN MOTIVO DE ESTE SUMARIO

En el auto de apertura del presente sumario se consideró que los servidores judiciales sumariados son presumiblemente responsables de las infracciones disciplinarias previstas en el numeral 8 del artículo 108 y, en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial.

7. OPORTUNIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

De conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 106 del Código Orgánico de la Función Judicial y vista la fecha de presentación de la queja y de inicio del sumario, se colige que no ha operado la prescripción de la acción disciplinaria.

En consecuencia, el accionante ha interpuesto la queja oportunamente, conforme así se declara.

442-

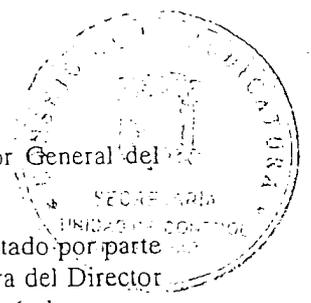
- 1088 -
MIL OCHENTA Y OCHO

EXPEDIENTE DISCIPLINARIO No. D-0879-UCD-2013-PM

8. FUNDAMENTOS PARA RESOLVER

8.1 Argumentos de la queja

En la queja propuesta en contra de los servidores judiciales sumariados, el Director General del Servicio de Rentas Internas señala:



- a) Que los sumariados conocieron el recurso de casación No. 497-2010, presentado por parte de la Compañía Oleoducto de Crudos Pesados Ecuador S.A. (OCP), en contra del Director General y del Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, apartándose en su resolución del criterio jurisprudencial vertido en tres fallos anteriores, en específico dentro de los procesos Nos. 271-2010 del 1 de agosto de 2012, seguido por Andes Petroleum Ecuador LTD. en contra del Director General y Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas; 442-2010 del 14 de septiembre de 2012, seguido por Andes Petroleum Ecuador LTD en contra del Director General y Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas; y, 357-2011 del 21 de diciembre de 2012, seguido por Occidental Exploration and Production Company en contra del Director General y Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas. En criterio del Servicio de Rentas Internas, en todos esos procesos se consideró como subcapitalización un préstamo concedido por la matriz a su subsidiaria con intereses más altos que los máximos permitidos, ya que se entendió en dichos casos que la finalidad del préstamo era disminuir el impuesto a la renta que debían pagar en el Ecuador;
- b) Que los servidores judiciales sumariados, contradiciendo su propio criterio, vertido en anteriores sentencias que en copias certificadas incorporó al expediente y que constan a fojas 25 a 34; 35 a 40; y, 44 a 51 decidieron, sin ningún fundamento, desvanecer la glosa proveniente de la subcapitalización, obviando considerar que existieron elementos iguales tales como la vinculación entre empresas y un crédito que no correspondía a las condiciones normales del negocio;
- c) Que cuando el Servicio de Rentas Internas requirió a la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia que se aclare y amplíe la sentencia de 18 de julio de 2013, en auto de 12 de septiembre de 2013 se pronunció señalando: "*...la falta de trascendencia de que el préstamo sea con una entidad vinculada*", añadiendo que: "*en el que el fallo de mayoría señala que no existe subcapitalización y desvanece la glosa, no tienen ninguna diferencia con la casuística de los otros procesos en los que se confirmaron las glosas levantadas por concepto de subcapitalización, por lo que la conclusión en la sentencia debió haber sido exactamente la misma.*";
- d) Que existe "*... flagrante y clara violación al artículo 17 del Código Tributario*", principal fundamento de las glosas establecidas por el Servicio de Rentas Internas y de los fallos precitados, que sentaron el criterio de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia;
- e) En el anuncio de la prueba el Servicio de Rentas Internas incorporó copia certificada de la sentencia expedida por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N° 544-2010 de 29 de junio de 2012, propuesto por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas Litoral Sur, en contra de la sentencia dictada el 01 de octubre de 2010 por la Cuarta Sala Temporal del Tribunal Distrital Fiscal N° 2, con sede en Guayaquil, dentro de la impugnación propuesta por la compañía Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A., que consta a fojas 41 a 43; y,

1

- f) El Director General del Servicio de Rentas Internas manifestó que en la resolución expedida por los jueces sumariados, habrían incurrido en las infracciones disciplinarias previstas en el numeral 8 del artículo 108 y en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, por falta de motivación y error inexcusable, respectivamente,

8.2 Argumentos del auto de inicio

De conformidad con el artículo 114 del Código Orgánico de la Función Judicial y con lo establecido en el artículo 66 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, el 23 de septiembre de 2013 se dispuso la apertura del presente sumario disciplinario en contra de los doctores José Dionicio Suing Nagua y Gustavo Adolfo Durango Vela, Juez Nacional y Conjuez Nacional de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en su orden, por presumirse que habrían incurrido en falta de motivación y error inexcusable, infracciones disciplinarias tipificadas en el numeral 8 del artículo 108 y en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial.

8.3 Descargos de los servidores judiciales sumariados:

8.3.1 Contestación del Juez de la Corte Nacional de Justicia, doctor José Dionicio Suing Nagua (fojas 210 a 222):

Que no existe ningún hecho, menos aún grave y urgente, ni que haya producido o pueda producir daños a la prestación del servicio pues, según el sumariado, lo que cuestiona el Director General del Servicio de Rentas Internas es la decisión judicial de mayoría, contenida en una sentencia. En tal sentido sostiene que no procede la medida de suspensión provisional dispuesta, considerando el tiempo transcurrido desde la notificación del auto por el cual se atendieron los recursos de aclaración y ampliación, con fecha 12 de septiembre de 2013.

Que la queja presentada ha inducido a engaño al Presidente del Consejo de la Judicatura.

Que no se ha cumplido con la obligación de justificar la gravedad y urgencia de los hechos por los cuales se solicita la medida cautelar, justificación que no consta en el expediente.

Que la medida cautelar adoptada, de suspensión provisional sin pérdida de remuneración, es prematura y atenta contra la independencia interna y externa de los jueces, reconocida y garantizada en la Constitución de la República.

Que respecto a la acusación de falta de motivación y violación de derechos constitucionales señala que se debe tener en cuenta que la motivación es la *"necesaria confrontación de los hechos en disputa, con las normas de derecho aplicables"*. Agrega que la sentencia sobre el punto de la subcapitalización está debidamente motivada. Sostiene que en este caso específico no aplica lo señalado por el Servicio de Rentas Internas, ya que no son casos iguales, existiendo la adecuada ponderación de los hechos confrontados con el derecho, por lo que al tratarse solamente de un punto de la sentencia de los cinco que contiene, no puede existir falta de motivación.

Que la divergencia entre la sentencia materia de análisis con las anteriores sentencias, es la diferencia en el capital, obedeciendo el crédito subordinado a una cláusula contractual.

Que sólo la Corte Constitucional puede establecer que hubo falta de motivación, sin que un órgano administrativo lo pueda hacer sin resentir el principio de independencia de la Función Judicial.

Que justificadamente pueden apartarse de líneas jurisprudenciales e incluso de criterios jurisprudenciales obligatorios por la diversa casuística que se presenta, sin que en este caso exista un precedente jurisprudencial obligatorio.

EXPEDIENTE DISCIPLINARIO No. D-0879-UCD-2013-PM

El sumariado solicita que se deseche la queja, calificándola de maliciosa y temeraria, dejando sin efecto la medida de suspensión provisional.

En el anuncio de prueba el sumariado solicitó varias diligencias, las mismas que fueron debidamente dispuestas y practicadas.

8.3.2 Contestación del Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, doctor Gustavo Adolfo Durango Vela (fojas 250 a 258):

Que el tiempo transcurrido entre la fecha de expedición de la sentencia materia de análisis y de la providencia de apertura del presente sumario disciplinario denota que no hay hechos graves o urgentes que den lugar a la medida de suspensión provisional expedida por el Presidente del Consejo de la Judicatura.

Que en la resolución tomada por ellos no existe error alguno y menos aún falta de motivación, ya que lo único que se impugnó por parte del Director General del Servicio de Rentas Internas es un punto de la misma, esto es, la subcapitalización, y no los cinco puntos que se resolvió, estando suficientemente explicadas las razones por las cuales se apartaron del criterio que en fallos anteriores dictaron, ya que los casos no eran iguales.

Que se puede recurrir ante la Corte Constitucional para verificar si efectivamente hay falta de motivación de la sentencia.

Que la decisión tomada en el recurso de casación No. 497-2010 es totalmente jurídica y que la sanción de suspensión provisional es absurda.

Solicita que se deseche lo propuesto por el Director General del Servicio de Rentas Internas y se califique la queja de temeraria y maliciosa, dejando sin efecto la medida de suspensión provisional.

En el anuncio de las pruebas, el sumariado solicitó varias diligencias, las mismas que fueron debidamente dispuestas y practicadas.

9. CRITERIOS A CONSIDERARSE

9.1 Hechos probados

Dentro del presente sumario administrativo, se han demostrado los siguientes hechos:

A fojas 91 del expediente consta la sentencia de 18 de julio de 2013 expedida por los sumariados, en voto de mayoría, de la que se desprende que: a) Oleoductos de Crudos Pesados Ecuador S.A. (OCP), fundamentó su recurso de casación en las causales contempladas en los numerales primero, segundo y cuarto del artículo 3 de la Ley de Casación; y, b) que los sumariados aceptaron parcialmente el recurso de casación propuesto por el representante legal del Oleoducto de Crudos Pesados Ecuador S.A. (OCP), en la forma y consideraciones que constan en el numeral cuarto de esta sentencia.

9.2 Sobre la falta de motivación

El literal 1) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República dispone que: "*Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*"

El numeral 4 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que es facultad esencial de las juezas y jueces: "*Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.*"

Del análisis de las piezas procesales que constan en el expediente administrativo, a fojas 25 a 61, que corresponden a las sentencias expedidas por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, suscritas por los sumariados, se desprenden casos similares, no idénticos, pues por obvias razones, las acciones judiciales no se proponen sobre hechos y partes exactos.

En cada una de las sentencias mencionadas, agregadas al expediente disciplinario, existe motivación pertinente y suficiente, que concuerda con el análisis del juzgador, concluyendo en resoluciones coherentes con las consideraciones previas. Sin embargo, en el caso propuesto, materia del presente expediente, los sumariados no motivaron con suficiencia los criterios por los cuales se apartaron de los fallos que ellos mismos dictaron anteriormente, en casos similares. En tal sentido, la motivación no debe comprenderse como el simple agregado de consideraciones en un acto jurídico, sino que evidentemente, ese conjunto de razonamientos debe guardar congruencia con los criterios emitidos en las resoluciones adoptadas en el pasado y en el caso que se resuelve por los mismos juzgadores.

Es preciso destacar que el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado, y no hacer lo contrario de lo decidido anteriormente, sin un motivo determinante, suficientemente explicado y razonado, lo que concuerda con el principio "*stare decisis*". Lo contrario significaría ocasionar inseguridad jurídica en detrimento de las relaciones institucionales, y las actuaciones societarias e interpersonales que se producen cotidianamente.

Por lo expuesto, en el presente caso se ha demostrado que los sumariados no motivaron suficiente y congruentemente su criterio por el cual se separaron de sus resoluciones y sentencias dictadas anteriormente en juicios similares, evidentemente no idénticos.

9.3 Sobre el error inexcusable

El numeral 1 del artículo 100 del Código Orgánico de la Función Judicial impone como deber de las servidoras y servidores de la Función Judicial: "*Cumplir, hacer cumplir y aplicar, dentro del ámbito de sus funciones, la Constitución ... y la ley*".

El numeral 2 del artículo 129 del Código Orgánico de la Función Judicial impone como deber de las juezas y jueces "*Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente.*"

En lo que corresponde al error inexcusable, tipificado en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, se debe considerar que para que un error de derecho pueda ser calificado como inexcusable, es condición tanto suficiente como necesaria que exista un precepto jurídico que siendo legítimo y estando vigente, contenga un mandato positivo o negativo que fuese claramente identificable, preciso y unívoco.

El error inexcusable es aquel no susceptible de interpretaciones jurídicas aceptables, como podría ser el del operador de justicia que se separe de toda interpretación admisible, de acuerdo con las reglas de la lógica y de la argumentación jurídica.

Según lo descrito en el Diccionario Jurídico de Cabanellas se entiende como "*Error*" la "*Equivocación, yerro, desacierto. Concepto equivocado. Juicio inexacto o falso. Oposición, disconformidad o discordancia entre nuestras ideas y la naturaleza de las cosas. Lo contrario de la verdad. (...) Acción inconveniente, perjudicial o desafortunada (...)*" y define "*Inexcusable*" como "*Carente de excusa o justificación. Imperdonable. De cumplimiento absolutamente obligatorio*",

señalándose que la figura de error inexcusable es el "yerro o desacierto o concepto equivocado que carece de excusa o justificación y que resultaría imperdonable".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, dentro de la sentencia del 05 de agosto del 2008 manifestó: "(...) el error judicial inexcusable ha sido entendido como aquel que no puede justificarse por criterios jurídicos razonables, lo cual le confiere del carácter de falta grave que amerita la máxima sanción disciplinaria, esto es, la destitución." Señala además, que: "...se trata de un concepto jurídico indeterminado o indefinido, por lo cual se requiere en cada asunto particular ponderar la actitud de un juez normal y de acuerdo a ello y a las características propias de la cultura jurídica del país, establecer el carácter de inexcusable de actuación del funcionario judicial (...)"

Asimismo, se considera lo resuelto en el expediente MOT-086-UCD-012-MEP en el cual el Pleno del Consejo de la Judicatura determinó: "El error judicial, por su propia naturaleza, es atribuible al juzgador más que a cualquier otro servidor judicial. Por otra parte, el error judicial, en sentido estricto se produce exclusivamente cuando se lo comete en un acto formal de la administración de justicia. Para que se configure el error inexcusable, es necesario que una norma jurídica legítima que a su vez, contenga una obligación clara, inequívoca y prescriptiva y que el juzgador conociéndola o teniendo la obligación jurídica de conocerla, actúa de forma abiertamente contraria, sin motivar satisfactoriamente dicho desacato."

Lo anterior concuerda con lo resuelto por el Pleno del Consejo de la Judicatura, dentro del expediente disciplinario No. MOT-620-UCD-011-PM, en el cual se consideró lo siguiente: "Es importante señalar que el error judicial, en sentido estricto, se produce exclusivamente cuando el mismo se comete en un acto formal y materialmente jurisdiccional, que a su vez, puede ser de iure o de facto. El de iure se produce cuando el juzgador se aparta considerablemente de las reglas que para el efecto se establecen en los ordenamientos jurídicos, o bien, cuando dicta una resolución contraviniendo, de cualquier forma, una o varias normas jurídicas vigentes. En cuanto al error judicial de facto se produce cuando el juzgador cambia los hechos materia de la litis, o altera cualquier otro hecho relacionado con las actuaciones del juicio."

El artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial consagra el principio dispositivo, en virtud del cual todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y los jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley, lo cual concuerda con lo dispuesto en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que la sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis.

Por otra parte, el segundo inciso del artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que los jueces no podrán ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

La Corte Suprema de Justicia, mediante resolución No. 466-98, publicada en el Registro Oficial No. 45 de 13 de octubre de 1998, señaló: "TERCERO.- El artículo 277 (273) del Código de Procedimiento Civil dispone: 'La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre los 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. Esta disposición impone al Juez el deber de estudiar en su sentencia tanto las pretensiones deducidas en la demanda como las contrapretensiones expuestas en la contestación a ella, siguiendo un orden lógico...'"

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de casación dictada el 25 de enero de 2007 por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, publicada en la Gaceta Judicial Año CVIII, Serie XVII, No. 3, página 884, señaló: "...que el principio de congruencia o armonía del fallo se contrae a la necesidad de que se encuentre en consonancia con las pretensiones deducidas por el demandante en la demanda, o en las oportunidades que la ley le ofrece para proponerlas; y con las

excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido invocadas por el demandado, si no se autoriza su declaración oficiosa. O sea que el juez en su sentencia tiene que pronunciarse sobre todo lo que se ha pedido por los litigantes y solamente sobre lo demandado; pero, además, su decisión no puede fundarla sobre hechos que no están en debate...”.

Murcia Ballén es citado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en sentencia que corresponde al proceso No. 549.2010, publicada en la Gaceta Judicial Serie XVIII, No. 11, página 4207, en la cual se señala: “... por virtud del carácter extraordinario de la casación, no puede revisarse la sentencia por aspectos que el recurrente no señale, ni por cargos ni infracciones que este no denuncie, a ella (a la Corte) no le es permitido aniquilar el fallo oficiosamente cuando este resulte violatorio de normas sustanciales, las cuales sin embargo no se han citado como quebrantadas en la sentencia.”

En el presente caso, el recurso de casación planteado por Oleoducto de Crudos Pesados Ecuador S.A., se fundamentó en las causales primera, segunda y cuarta del artículo 3 de la Codificación de la Ley de Casación, sin embargo, los servidores sumariados en el literal a) del considerando cuarto de la sentencia de 18 de julio de 2013, (fs. 93 vta.) manifestaron: “...erróneamente lo fundamenta en el numeral 1ro., del Art. 3 de la Ley de Casación, por cuanto estaría más encasillada en la causal 5ta., del referido artículo, pero que esta Sala ha sido laxa en aceptar dicha equivocación y en casos iguales ha procedido a conocer sobre el fondo de la impugnación...”.

De lo anterior se concluye que los sumariados procedieron contraviniendo lo dispuesto en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, conducta que se agudiza considerando que la casación no es una instancia, sino un recurso extraordinario que procede contra las sentencias o 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, es decir, que no admite que el examen del recurso sea por causal distinta a la propuesta por el recurrente.

Aún más, la observación antes expuesta comporta más atención tratándose de servidores judiciales de la Corte Nacional de Justicia, el más elevado Tribunal de Justicia del país, que actúa como Corte de Casación, cuyas ejecutorias deben estar investidas de la mayor rigurosidad ante el mandato de la ley, resultando inaceptable la afirmación de los sumariados, en el numeral cuarto de los considerandos de la sentencia: “...A) En relación a la causa esgrimida como “falta de motivación”, por no resolver todos los puntos de la litis y no pronunciarse sobre las pruebas, como lo exige el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República (Arts. 24 numeral 13 de la Constitución Política de 1998, aplicable al año del litigio), en concordancia con el Art. 273 del Código Tributario y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual por sus efectos de nulidad debe ser afrontado en primer término y que erróneamente lo fundamenta en el numeral 1ro. del Art. 3 de la Ley de Casación, por cuanto estaría más encasillada en la causal 5ta. del referido artículo, pero que esta Sala ha sido laxa en aceptar dicha equivocación y en casos iguales ha procedido a conocer sobre el fondo de la impugnación.” (La negrilla es nuestra).

Los sumariados de manera oficiosa resolvieron el recurso de casación fundamentándose en causales distintas a las alegadas por Oleoducto de Crudos Pesados Ecuador S.A., lo que a todas luces constituye un proceder abiertamente contrario a lo dispuesto en los artículos 19 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil.

9.4 Sobre la valoración de pruebas

El carácter extraordinario del recurso de casación determina que únicamente el juez a quo puede valorar la prueba y los jueces que ejercen el control de legalidad están obligados a atenerse a dicha apreciación. El artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que la casación no constituye instancia ni grado de los procesos, sino recurso extraordinario de control de la legalidad.

A lo antes expuesto se agrega el hecho de que los jueces sumariados se excedieron en sus competencias, previstas en la Constitución de la República, el Código Orgánico de la Función Judicial y la Codificación de la Ley de Casación, al haber valorado prueba, cuando en el considerando cuarto de la sentencia de mayoría, establecieron lo siguiente:

“(C) De la revisión exhaustiva de la sentencia, se puede colegir que, efectivamente no se ha hecho un pronunciamiento expreso sobre algunas de las Glosas, por cuanto el criterio vertido por las anteriormente señaladas, es el que utiliza la sentencia recurrida para desechar la impugnación de todas las demás”. En base a dicho criterio, en el literal D) del mismo considerando de la sentencia, los jueces sumariados manifestaron: “Sobre la Glosa III.2.7 ‘Intereses y comisiones del exterior’, sobre lo cual tampoco hay pronunciamiento expreso de la Sala A quo, resulta obvio, porque así lo requería la Ley de Contratación Pública, que la contratista con el Estado debía rendir las garantías en ella prevista lo cual tiene un costo, habiendo demostrado con la documentación pertinente que, la fórmula de cálculo para el pago de comisiones debía realizarse neto de impuestos, por lo que debió realizar un doble cálculo, lo cual no perjudica los intereses del Estado, por lo que procede dar de baja la mentada glosa.”

De conformidad con la amplia jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, la formación de la convicción sobre los hechos objeto del debate procesal está atribuida al órgano jurisdiccional que, con intermediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido el ejercicio de dicha facultad, puesto que la errónea valoración de la prueba ha sido excluida del recurso de casación. Es por esta razón que la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación determina, de forma restrictiva, que el recurso de casación sólo podrá fundarse en la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación exclusivamente de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

Precisamente en relación a lo anterior, conforme fallo que corresponde al proceso de casación No. 668, publicado en el Registro Oficial No. 70 de 28 de abril de 2013, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia señaló: *“QUINTO.- ... Por la naturaleza del recurso no corresponde a la Sala de Casación efectuar nuevo examen del proceso, en los hechos y en el derecho, sino únicamente efectuar una comparación de la sentencia con la norma que se dice ha sido violada, a fin de determinar si el precepto legal ha sido acertadamente aplicado. No puede hacerse nueva valoración de la prueba, como tampoco juzgar los medios intelectivos que condujeron a la formación de la convicción del Tribunal juzgador.”*

Los servidores judiciales sumariados valoraron la prueba como si se tratase del antiguo recurso de tercera instancia, aún cuando para el caso y en virtud de la causal cuarta alegada, no correspondía, conforme fallo de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil ya citado, en el cual se menciona: *“Solo las causales segunda y tercera permiten restrictivamente (sic) entrar a analizar la prueba. Es la casación indirecta”.*

En consecuencia, al haber resuelto sobre una causal distinta a la propuesta en el recurso de casación, los servidores judiciales sumariados desnaturalizaron la esencia del recurso de casación, y a la vez, asumieron indebidamente la atribución de valorar prueba, facultad que no tenían en virtud de que la causal tercera del artículo 3 de la Codificación de la Ley de Casación no fue invocada por la parte recurrente ni analizada por los jueces sumariados.

10. PARTE RESOLUTIVA

En mérito a las consideraciones expuestas, **EL PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA POR UNANIMIDAD** resuelve:

10.1 Declarar al doctor José Dionicio Suing Nagua, Juez de la Corte Nacional de Justicia, responsable de las infracciones de falta de motivación y error inexcusable, tipificadas en el numeral

8 del artículo 108 y en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, respectivamente.

10.2 Declarar al doctor Gustavo Adolfo Durango Vela, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, responsable de las infracciones de falta de motivación y error inexcusable, tipificadas en el numeral 8 del artículo 108 y en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, respectivamente.

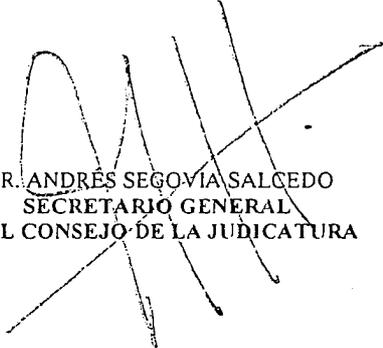
10.3 De conformidad con el artículo 112 del Código Orgánico de la Función Judicial, por existir concurrencia de infracciones, imponer al doctor José Dionicio Suing Nagua la sanción de destitución de su cargo de Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia.

10.4 De conformidad con el artículo 112 del Código Orgánico de la Función Judicial, por existir concurrencia de infracciones, imponer al doctor Gustavo Adolfo Durango Vela la sanción de destitución de su cargo de Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia.

10.5 Actúe la Secretaria de la Unidad de Control Disciplinario.

10.6 Notifíquese y cúmplase.

CERTIFICO.- Que en sesión de 20 de diciembre de 2013, el Pleno del Consejo de la Judicatura por unanimidad aprobó la presente resolución.



DR. ANDRÉS SEGOVIA SALCEDO
SECRETARIO GENERAL
DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA

ANEXO 2



9-
Nove

Forced Corte

RECURSO No. 497-2010

R. del E.

Srs. DIRECTORES GENERAL Y REGIONAL NORTE DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS

Casillero judicial No. 568

Dr. Henry Aguayza Rubio

Quito, 18 de julio del 2013

En el Juicio que sigue: COMPAÑIA OLEODUCTOS DE CRUDOS PESADOS ECUADOR S.A. OCP en contra de los DIRECTORES GENERAL Y REGIONAL NORTE DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, se ha dictado lo que sigue:

RECURSO No. 497-2010

JUEZ PONENTE: DR. GUSTAVO DURANGO VELA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.-

Quito, a 18 de julio de 2013. Las 9H30.-----

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de la Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 emitida por el Consejo de la Judicatura; y, por la Resolución de Conformación de Salas de 30 de enero de 2012 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. En lo principal, mediante sentencia dictada el 2 de agosto de 2010, la Cuarta Sala Temporal del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 1 de Quito, desecha la demanda de impugnación presentada por el señor Wong Loon, representante legal de la compañía OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A. y declara válida la Resolución No. 117012008RRECO13034 de 6 de octubre de

2008, con lo que se confirma el Acta de Determinación Tributaria No. 172008100033, emitida por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, en concepto del impuesto a la renta del año 2003.- Dentro del término concedido en el Art. 5 de la Ley de Casación, el representante de la Empresa actora OCP ECUADOR S.A., presenta su escrito contentivo del pertinente recurso.- Negado que ha sido a trámite por el Tribunal Juzgador en providencia de 19 de agosto de 2010, propone el recurso de hecho y agrega una póliza de seguro de garantía judicial por USD \$ 902.901,11 para suspender la ejecución de la sentencia, por tanto ha subido en conocimiento de esta Sala Especializada de la Corte Nacional para que se confirme o revoque la decisión de la Sala juzgadora, la que ha revocado tal negativa y en consecuencia, ha habilitado el de casación en auto de 25 de octubre del mismo año, en el que además se ha corrido traslado a las partes con los pertinentes escritos, para los fines previstos en el Art. 13 de la Ley de Casación. El Dr. Fabricio Batallas, ofreciendo poder o ratificación del Director General y Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, dentro de tiempo, se han pronunciado en defensa de la sentencia recurrida y ha señalado domicilios donde recibir notificaciones, dicha gestión es ratificada en debida forma por las Autoridades demandadas.- Concluida la tramitación de la causa y siendo su estado el de dictar sentencia, para hacerlo se considera: -----

PRIMERO.- Esta Sala es competente para conocer del presente recurso, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del Art. 184 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 1 de la Ley de Casación y el Art. 185 numeral 1 Parte II del Código Orgánico de la Función Judicial. -----

SEGUNDO: El representante legal de la Empresa actora, en el extenso escrito que contiene su recurso (fs. 6910 a 6954) dice que basa su recurso en las causales contempladas en los numerales primero, segundo y cuarto del art. 3 de la Ley de Casación y que la sentencia ha infringido por falta de aplicación (causal 1ra.) el literal l) del Art. 76, 169 y 425 de la Constitución de la República, Arts. 17, 270, 272 y 273 del Código Orgánico Tributario, numeral 1



RECURSO No. 497-2010

del Art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, numeral 4 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, Art. 51 del Código de Comercio; por omisión de resolver los puntos de la litis (causal 4ta.) el Art. 274 del Código de Procedimiento Civil y Art. 273 del Código Orgánico Tributario. Al fundamentar su recurso, explica que la sentencia no se ha pronunciado sobre los puntos en los que se trabó la litis, dice que se impugnaron veinte y siete glosas y sub glosas que, fueron contestadas por la Administración, de ellas sólo de manera superficial se refiere a la de "reembolsos de gastos", sin siquiera especificar a una de las varias glosas de gastos levantadas en su contra, pero sobre las otras, siendo de gran trascendencia, no dicen nada, por lo que resulta incomprensible que se deseche la demanda sin resolver los puntos controvertidos, lo que contraría las normas ya referidas (273 COT y 274 CPC). Continúa diciendo que la sentencia tampoco ha valorado la abundante prueba que ha sido actuada, lo que le ha llevado a errar en su decisión, transcribe parte de la sentencia (considerando décimo quinto), sin que se hayan valorado las pruebas en su conjunto dentro del más amplio criterio de equidad o judicial (270 COT y 115 CPC), para evidenciar lo cual, hace una relación de cada prueba documentada que según él, desvirtúan las glosas una por una, documentación de la contabilidad que fue revisada, estudiada y sirvió para sustentar los informes de los peritos y que, de acuerdo al Art. 17 del COT demuestran el hecho económico de los gastos relacionados directamente con la generación de la renta, en vista de lo cual y en base a la causal 1ra. del Art. 3 de la Ley de Casación, pide se case la sentencia y se acepte su demanda. Que por lo expuesto la sentencia "carece de falta" de motivación, pues si no resolvió todos los puntos de la litis y nada dice sobre las pruebas, carece de motivación, como lo exige el literal l) del Art. 76 de la Constitución (SIC) y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Sala A quo ha hecho una superficial referencia a la impugnación (considerando décimo segundo), resulta incomprensible que se resuelva una causa sin analizar todas y cada una de las pretensiones de las partes



RECURSO No. 497-2010

procesales y que considere que las pruebas aportadas por la actora no han desvirtuado los cargos levantados en su contra, dejándola en indefensión. Sobre la falta de aplicación del Art. 17 COT dice que, la esencia debe prevalecer sobre la forma como también lo ordena el Párrafo 13 del Marco Conceptual para la Preparación y Presentación de Estados Financieros, en base a los cuales el juzgador debe hacer un detenido análisis sobre la realidad del hecho económico demostrado independiente de la forma jurídica utilizada, pues no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades (Art. 169 C.R.), ya que los gastos incurridos, han sido suficientemente demostrados no pueden ser utilizados como deducciones para el cálculo del impuesto a la renta causando un enriquecimiento injustificado del fisco, pues sus proveedores ya pagaron impuestos sobre los bienes adquiridos por la Empresa OCP, cita jurisprudencia y doctrina; que el Art. 103 de la LRTI es aplicable sólo al IVA y no a la renta para "sustentar que los gastos de un contribuyente deben encontrarse soportados en documentos que cumplan los requisitos de un Reglamento" en franca contradicción con el Art. 17 COT pues sólo a partir de la Ley para la Equidad Tributaria (29 de diciembre del 2007, no aplicable para el ejercicio 2003 por el principio de irretroactividad de la ley) es necesario que se encuentren soportados en documentos que reúnan requisitos reglamentarios y que la única norma pertinente a la deducción era la señalada en el numeral 1 del Art. 10 de la LRTI, aplicable por el orden jerárquico ordenado en el Art. 425 de la Constitución vigente (272 de la anterior), que la sentencia tampoco ha cumplido el mandato del art. 51 del Código de Comercio que dispone que los libros de contabilidad hacen plena fe en contra del comerciante que los lleva, yéndose incluso en contra de los informes de la Auditoría Externa (Ernst & Young) que fueron aceptados y aprobados por el Ministerio de Minas y Petróleos, todo lo cual implica que se ha configurado la causal 1ra. del Art. 3 de la Ley de Casación y pide así se declare. Continúa manifestando que, a más de los vicios in iudicando en la sentencia, ésta ha cometido graves errores in procedendo (causal 2da.) que ha provocado indefensión a su representada,



RECURSO No. 497-2010

pues pese a haberlo solicitado la Sala no expidió la providencia pidiendo autos para sentencia, lo que le hubiera permitido presentar alegatos en derecho, y sin hacerlo procedió a emitir el fallo, lo que contraría lo dispuesto en los Arts. 272 y 273 del COT y el literal c) del numeral 7. del Art. 76 de la Constitución, razones por las que también debe ser casada la sentencia. Pide se fije caución para para que se provea el recurso de casación propuesto. -----

TERCERO: En la contestación al recurso presentado por la parte actora, la Administración Tributaria representada por su Procurador (fs. 7 a 9 del cuadernillo de casación), alega que el recurso planteado por la Empresa OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A. es improcedente, porque no se ha precisado en cada caso los hechos que dice han infringido las normas citadas, condición que debe cumplir un recurso, debiendo demostrar en qué consiste y por qué ha errado la Sala en su sentencia, no basta que enuncie una teórica "falta de aplicación" de normas, deficiencias que fueron detectadas por el auto en que se rechaza el recurso por parte de la Sala juzgadora, el compareciente se ha limitado a enunciar la falta de aplicación de ciertas normas sin establecer las correspondencias entre los presupuestos jurídicos y los criterios y normas aplicados en el fallo, omisión que no puede ser suplida por el juez de casación. En lo que respecta a la causal 2da. no ha precisado cuáles normas de procedimiento han sido omitidas, pues sostiene en forma genérica que no se ha valorado las pruebas, sin señalar la norma de derecho y de valoración presuntamente violadas, y debe precisarse el concepto de la violación, que el recurrente se ha limitado a manifestar que se ha dejado de apreciar una prueba y que ese error condujo a violar una norma de derecho. En cuanto a esta misma causal 2da. no existe ningún incumplimiento del Art. 273 del COT, sin tomar en cuenta que el 10 de febrero de 2010 el propio actor dio por concluido el proceso cuando solicitó se declare cerrado el término probatorio y se pidan autos para sentencia. En relación a la causal 4ta., que pretende que se declare que la sentencia no ha resuelto todos los puntos sometidos al litigio, pero de su revisión, es claro que

se concede al juez el resolver con absoluta discrecionalidad los aspectos inherentes al juicio y los que en relación directa comporten control de legalidad, conforme amplia jurisprudencia de la ex Corte Suprema. Por último sostiene que en casación no cabe una nueva valoración de la prueba, aduciendo una falta de aplicación del Art. 270 del COT y 115 del CPC, pues no se trata de una segunda instancia por tanto, no cabe un nuevo análisis de la prueba conforme la amplia jurisprudencia al respecto. Por todo ello, debe ser rechazado el recurso de la Empresa actora.

CUARTO: Corresponde entonces, analizar si efectivamente la sentencia recurrida, adolece de los defectos que le son imputados por la recurrente, pues esa es la tarea del Tribunal de Casación, determinar si existe violación del Derecho en sus argumentaciones y conclusiones: **A)** En relación a la causal esgrimida como "falta de motivación", por no resolver todos los puntos de la litis y no pronunciarse sobre las pruebas, como lo exige el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República (Arts. 24 numeral 13 de la Constitución Política de 1998, aplicable al año del litigio), en concordancia con el Art. 273 del Código Tributario y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual por sus efectos de nulidad debe ser afrontado en primer término y que erróneamente lo fundamenta en el numeral 1ro. del Art. 3 de la Ley de Casación, por cuanto estaría más encasillada en la **causal 5ta.** del referido artículo, pero que esta Sala ha sido laxa en aceptar dicha equivocación y en casos iguales ha procedido a conocer sobre el fondo de la impugnación. Revisada que ha sido la sentencia, se encuentra que si bien el análisis de los hechos controvertidos, de las pruebas presentadas por las partes, de los informes de los dos peritos insinuados, tanto por la Empresa actora como por la Administración Tributaria, no son tan explícitos y extensos como el caso amerita, han decidido dentro de su más amplio criterio de justicia o equidad; en consecuencia no porque los argumentos esgrimidos por el Tribunal A quo no son compartidos por una de las partes, puede sostenerse que la sentencia carece de motivación, como tampoco puede sostenerse que en una sentencia



RECURSO No. 497-2010

motivada, sus razonamientos sean conforme a Derecho, como así lo ha calificado esta Sala Especializada en casos similares, por lo mismo se rechaza la pretendida causal de casación esgrimida por el recurrente.- B) Es también impugnada la sentencia, porque según el recurrente, no se ha pronunciado sobre los puntos en que se trabó la litis, ya que se impugnaron veinte y siete glosas y sub glosas que, fueron contestadas por la Administración y de ellas, sólo de manera superficial se refiere a la de "reembolsos de gastos" (causal 4ta.), lo que en su parte esencial se considera en la sentencia para rechazar la demanda, es que la parte actora no ha probado documentadamente las impugnaciones hechas, en especial facturas y comprobantes debidamente emitidos e informes de los auditores independientes por lo que concluye aceptando los argumentos de la administración para haber levantado las glosas. En relación a los requisitos formales que han de contener los documentos de soporte de la contabilidad, es necesario referirse a lo señalado en el Art. 104 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que obliga a que los comprobantes de venta, para ser documentos válidos deben reunir los requisitos formales señalados en el respectivo Reglamento, pues no se trata de meras formalidades que puedan eludirse, sino por el contrario elementos sustanciales que permiten la aplicabilidad de la norma legal. En este sentido el art. 38 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención vigente al ejercicio en discusión, establecía de manera obligatoria los requisitos formales que deben reunir los documentos de soporte y que deben ser cumplidos por los contribuyentes; en estas consideraciones, dentro de su más amplio criterio judicial o de equidad, la Sala A quo ha resuelto aceptar las excepciones y rechazar la demanda de impugnación, principalmente en cuanto tiene relación a las Glosas III.1.1.3, III.2.1. y III.2.2. "Reembolso de gastos al exterior sin informes de auditores independientes y sin documentos de soporte", y la III.2. "Determinación de costos y gastos" y todas sus sub glosas, por no haber sido impugnadas expresamente lo cual por ser apreciación de prueba por parte del juzgador, no es motivo de casación, como unánimemente ésta y las demás

Salas de la Corte Nacional de Justicia lo han señalado.- **C)** De la revisión exhaustiva de la sentencia, se puede colegir que, efectivamente no se ha hecho un pronunciamiento expreso sobre algunas de las Glosas, por cuanto el criterio vertido por las anteriormente señaladas, es el que utiliza la sentencia recurrida para desechar la impugnación de todas las demás; sin embargo esta forma ambigua de resolver es impugnada por la Empresa recurrente, que considera se le está denegando justicia con este diminuto proceder, y pretende sea casada la sentencia por haberse dejado de aplicar el Art. 270 del Código Tributario en concordancia con el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, particularmente la glosa III.1.2. levantada por "pago de intereses al exterior", porque según la Administración, el Art. 17 del Código Orgánico Tributario, permite llegar a la esencia de la transacción prescindiendo de su forma y tales provisiones no se tratan de préstamos sino de una provisión de fondos, y por ende no son sino utilidades remesadas al exterior a compañías relacionadas o domiciliadas en paraísos fiscales, puesto que nadie puede hacerse un préstamo a sí mismo, y en consecuencia debió considerarse como un acto de subcapitalización pues lo que ha habido, es una "simulación de préstamo".- Si bien tal negocio está previsto en la ley, para efectos del pago del impuesto a la renta (obviamente en la Ley de Régimen Tributario Interno), esta normativa ha tenido un desarrollo histórico que, se ha dado de la siguiente manera: el numeral 3. del artículo 13 del texto original de la ley, fue sustituido por el Art. 23 de la Ley 99-21 reformativa, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 181 de 30 de abril de 1999, con el siguiente tenor que, en estricto sentido es la norma que estuvo vigente en el ejercicio económico 2003, en disputa, decía: *"Art. 13.- Pagos al exterior.- Son deducibles los gastos efectuados en el exterior que sean necesarios y se destinen a la obtención de rentas, siempre y cuando se haya efectuado la retención en la fuente, si lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador. Serán deducibles, y no estarán sujetos al impuesto a la renta en el Ecuador ni se someten a retención en la fuente, los siguientes pagos al exterior:.. 3.- Los intereses de créditos*

externos registrados en el Banco Central del Ecuador, siempre que no excedan de las tasas de interés máximas referenciales fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador a la fecha de registro de crédito o su novación.

Si los intereses exceden de las tasas máximas fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, se deberá efectuar la retención correspondiente sobre el exceso para que dicho pago sea deducible. La falta de registro conforme las disposiciones emitidas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito" (...) (el resto del extenso artículo no tiene que ver con el caso tratado).- (El subrayado pertenece a la Sala). Este tercer numeral es sustituido por el Art. 75 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 242 de 29 de Diciembre de 2007 (que también suprime el numeral 2), por el siguiente tenor: "...3. Los intereses de créditos externos, exclusivamente pagados por créditos de gobierno a gobierno o concedidos por organismos multilaterales tales como el Banco Mundial, la Corporación Andina de Fomento, el Banco Interamericano de Desarrollo, registrados en el Banco Central del Ecuador, siempre que no excedan de las tasas de interés máximas referenciales fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador a la fecha del registro de crédito o su novación. Si los intereses exceden de las tasas máximas fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, se deberá efectuar la retención correspondiente sobre el exceso para que dicho pago sea deducible. La falta de registro conforme las disposiciones emitidas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito". Conforme a esta redacción, a partir del ejercicio 2008, no son deducibles los pagos de intereses por los préstamos externos obtenidos por los sujetos pasivos, a no ser que sean los concedidos por los organismos señalados en la norma trascrita y siempre que se hayan hecho las retenciones en la fuente, si lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador, reforma que indudablemente haría inútil la discusión para el



RECURSO No. 497-2010

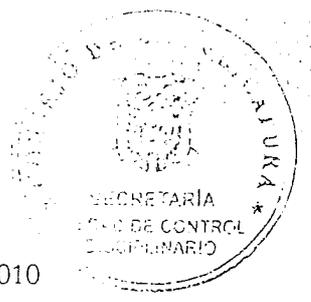
ejercicio 2003; pues si bien la realidad económica que se estaba viviendo en el Ecuador, hizo que el legislador establezca estas restricciones y condiciones para la concesión de la deducción en el pago de intereses por préstamos efectuados desde el exterior (la reforma al III inciso del numeral 2 del Art. 10 de la LRTI de 30 de julio de 2008, establece que el monto de los créditos externos entre partes relacionadas no podrán ser mayores al 300% con respecto del patrimonio de las sociedades), no es menos cierto en que en el 2003, no existía tales condiciones, sin embargo, esta Sala en casos similares (causa N° 27111-2010, Andes Petroleum vs. SRI) ha aceptado la glosa, considerando que tales operaciones de crédito se identifican como "subcapitalización", ya que las realidades de un préstamo realizado por la matriz a una subsidiaria no corresponden a las condiciones normales entre una institución de carácter financiero y su cliente, creando en consecuencia una simulación relativa, pues resulta claro que, aunque existe un acto jurídico auténtico, la verdadera intención es la de obtener un beneficio en contra de la recaudación tributaria, pues la simulación en los convenios con el propósito de disminuir el pago de impuestos, debe ser combatido. Pero el presente caso, difiere de los otros, no sólo porque no se podía exigir condiciones que la ley ni el reglamento habían previsto, sino porque además: 1) Consta que en el contrato suscrito por el Estado Ecuatoriano y OCP para la construcción del oleoducto de crudos pesados, se estipula que el financiamiento del proyecto corre a cargo de la Empresa OCP ECUADOR S.A., salvo su capital social que debía necesariamente ascender a USD \$ 55'000.000, (cincuenta y cinco millones de dólares), (en el caso de ANDES su capital era de USD \$ 2.000); en consecuencia, el crédito subordinado obedece a una cláusula contractual; 2) La Administración Tributaria considera que existe "subcapitalización" por el análisis financiero de la Empresa, sin embargo la actora ha demostrado su capacidad de endeudamiento por los contratos tipo "ship or pay" suscritos con sus clientes, lo cual no está prohibido por nuestra legislación y que le permitió contratar un crédito por 900 millones de dólares con la banca privada

internacional; 3) Demostró que ha pagado intereses sobre el préstamo vinculado y buena parte del capital, lo que desvanece la presunción de simulación; y, 4) Las retenciones en la fuente por concepto de impuesto a la renta cuyas tasas excedieron los máximos legales, demuestran el cumplimiento de una obligación tributaria material, prevista en la norma transcrita. En conclusión, esta Sala Especializada observa que en este caso no es posible, como en otros, establecer hechos que constituyan prácticas elusivas, básicamente tomando en cuenta que el crédito subordinado nace como condición contractual impuesta por el mismo Estado Ecuatoriano. Por todo esto, se desvanece la presente glosa.- D) Sobre la Glosa III.2.7 "Intereses y comisiones del exterior", sobre la cual tampoco hay pronunciamiento expreso de la Sala. A quo, resulta obvio, porque así lo requería la Ley de Contratación Pública, que la contratista con el Estado debía rendir las garantías en ella prevista lo cual tiene un costo, habiendo demostrado con la documentación pertinente que, la fórmula de cálculo para el pago de comisiones debía realizarse neto de impuestos, por lo que debió realizar un doble cálculo, lo cual no perjudica los intereses del Estado, por lo que procede dar de baja la mentada glosa; por último, E) referente a la Glosa III.3 "Recargo de obligación tributaria determinada", en que la recurrente alega que la sentencia no aplica el Art. 300 de la Constitución en concordancia con los Arts. 3 y 311 del Código Orgánico Tributario, al reconocer como válido el 20% de recargo en la obligación tributaria, contraviniendo el principio de irretroactividad de la Constitución y más normas jurídicas tributarias; al respecto, es necesario referirse a la Resolución del Pleno de la Corte Nacional, que acepta el triple fallo reiterativo jurisprudencial de esta Sala, el cual se publica en el Registro Oficial N° 471 de 16 de junio de 2011, cuyo artículo primero es pertinente transcribir: "**PRIMERO:** El recargo del 20% sobre el principal que se aplica en aquellos casos en que el sujeto activo ejerce su potestad determinadora de forma directa, incorporado en el segundo inciso del art. 90 del Código Tributario por el art. 2 del Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial

Suplemento No. 242 de 29 de Diciembre de 2007, tiene una naturaleza sancionatoria, pues, procura disuadir el incumplimiento de las obligaciones por parte del contribuyente. Al constituir el recargo del 20% sobre el principal una sanción, deben aplicársele las normas que sobre la irretroactividad de la ley penal contienen la Constitución, el Código Tributario y el Código Penal, así como las normas sobre la irretroactividad de la ley tributaria, que mandan que las sanciones rigen para lo venidero, es decir, a partir de su vigencia. En consecuencia, no cabe que se aplique el recargo del 20% a las determinaciones iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma, esto es, al 29 de diciembre de 2007, como tampoco cabe que se lo aplique a las determinaciones iniciadas con posterioridad a esa fecha, pero que se refieran a ejercicios económicos anteriores al 2008." (subrayado fuera de texto). Siendo que se discute en el presente caso, una determinación del impuesto a la renta por el ejercicio 2003, el referido recargo del 20% no le aplica a la empresa OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS OCP DEL ECUADOR S.A.-----

Sin que sea menester entrar en otros análisis, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta parcialmente el recurso de casación propuesto por el representante legal de la Empresa actora, en la forma y consideraciones que constan en el numeral Quinto de esta sentencia.- En conformidad a lo señalado en el Art. 12 de la Ley de Casación, se dispone que, el cincuenta por ciento de la caución rendida por la Empresa recurrente le sea entregado al SRI en concepto de indemnización por la demora en la ejecución de la sentencia y el otro cincuenta por ciento, como abono a las deudas tributarias que como consecuencia de la misma se llegue a liquidar.- Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-
ff) Señores: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, **JUEZA PRESIDENTA (V.S)**;
Dr. José Suing Nagua, **JUEZ NACIONAL** y, Dr. Gustavo Durango Vela,

15-
Qu n.



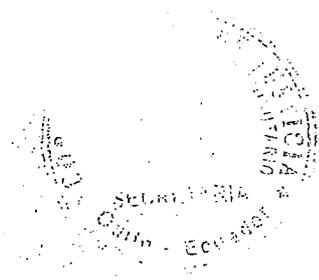
RECURSO No. 497-2010

CONJUEZ. Certifico.-f) Dra. Carmen Elena Dávila Yépez, SECRETARIA
RELATORA ENCARGADA

Lo que comunico a usted para los fines legales pertinentes.

C. Yanila V

Dra. Carmen Elena Dávila Yépez
SECRETARIA RELATORA ENCARGADA





Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR
SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

ACTOR: LOON WONG REPRESENTANTE LEGAL DE OLEODUCTOS DE
(RECURRENTE) CRUDOS PESADOS ECUADOR S.A. (OCP)

DEMANDADO: DIRECTORES GENERAL Y REGIONAL NORTE DEL SERVICIO
DE RENTAS INTERNAS.

Quito, a 18 de julio de 2013. Las 9H30.-----

VISTOS: Avocamos conocimiento del presente juicio, conforme la Resolución N° 004-2012 de 25 de enero de 2012 emitida por el Consejo de la Judicatura y por la Resolución de Conformación de Salas de 30 de enero de 2012, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es competente para conocer y pronunciarse sobre el recurso de casación en virtud de lo establecido en los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República, 185, segundo inciso, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 1 de la Ley de Casación.-----

I. ANTECEDENTES

1.1.- El Sr. Wong Loon en calidad de representante legal de OLEODUCTOS DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A., interpone Recurso de Casación en contra de la sentencia de 2 de agosto de 2010 a las 09h49 y el auto de fecha 11 de agosto de 2010 emitida por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 1, dentro del Juicio de Impugnación N° 26247-308-09-VJ, seguido por LOON WONG representante legal de OLEODUCTOS DE CRUDOS PESADOS ECUADOR S.A. (OCP) en contra del Director General del Servicio de Rentas Internas y el Director Regional Norte de dicha institución, sentencia en la cual se



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**

Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

*"...desecha la demanda de impugnación propuesta por el señor **LOON WONG** en su calidad de Representante Legal de la compañía de **OLEODUCTOS DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A.**, declarando la validez legal del acto administrativo contenido en la Resolución No. 117012008RREC013034 de 6 de octubre del 2008, que confirma el Acta de Determinación No. 172008100033, levantada en concepto de impuesto a la renta del ejercicio económico 2003."* -----

1.2.- El recurrente fundamenta su recurso en las causales primera, segunda y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación; señala que las normas infringidas son el literal I) del numeral 7 del Art. 76, Arts. 169 y 425 de la Constitución de la República, Arts. 17, 270, 272 y 273 del Código Orgánico Tributario, numeral 1 del Art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, numeral 4 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, Art. 51 del Código de Comercio. En relación a la **causal cuarta** arguye que se ha omitido de resolver los puntos de la litis, contrariando el Art. 273 del Código Orgánico Tributario y el Art. 274 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso en razón de que la sentencia no se ha pronunciado sobre los puntos en los que se trabó la litis, establece que se impugnaron distintas glosas y sub glosas relacionadas con la determinación del activo diferido, la determinación de costos y gastos y el recargo por obligación tributaria determinada y que todas ellas fueron contestadas por la administración, trabándose así la litis, y de ellas en el fallo se hace relación exclusivamente y de manera superficial a la glosa de "reembolso de gastos", sin siquiera especificar a una de las varias glosas de gastos levantadas en su contra, por lo que resulta incomprensible que se deseche la demanda sin resolver los puntos. Respecto a la **causal primera** aduce que la sentencia tampoco ha valorado la abundante prueba que ha sido actuada, lo que le ha llevado a errar en su decisión. Arguye que conforme el Art. 270 del Código Tributario y el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria a la materia tributaria según el Art. 223 del Código Orgánico Tributario, el Tribunal estaba en la obligación de valorar todas las pruebas en su conjunto dentro del más amplio criterio judicial o de equidad; posteriormente procede a analizar cada una de las pruebas que según el recurrente desvirtuarían las glosas impugnadas una por una. Adicionalmente bajo esta misma causal determina que existe falta de motivación de la sentencia, ya que al no



Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA



resolver todos los puntos de la litis y al no enunciar y analizar todas las pruebas actuadas dentro del proceso, mal podría haber motivación conforme lo dispuesto en el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República y el Art. 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; reitera que la Sala A quo al haber hecho una superficial referencia a la impugnación, dejando de analizar cada uno de los puntos controvertidos en el juicio, se queda insubsistente el silogismo jurídico que comporta la base de toda la actuación judicial, por lo que el recurrente afirma haber quedado en indefensión. Por otra parte afirma que se ha dejado de aplicar el Art. 17 del Código Orgánico Tributario que establece que cuando el hecho generador se delimite en conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá siempre en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan con independencia de las formas jurídicas que adopten, esta disposición aduce con acuerdo con el principio contable de prevalencia sobre la forma contenido en el párrafo 13 del Marco Conceptual para la Preparación y Presentación de Estados Financieros, publicado mediante Resolución N° FNCE 07.08.99 en el Suplemento del R.O. N° 291 de 5 de octubre de 1999 y el cual se encuentra en concordancia con el Art. 169 de la Constitución de la República que dispone que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades, por lo tanto expresa que en el fallo se ha dejado de aplicar estas garantías ya que no se analiza la documentación de soporte aportada en juicio, ni el hecho económico en cada caso, bajo ese criterio establece que los gastos incurridos, han sido suficientemente demostrados, y que al no poder ser utilizados como deducibles para el cálculo del impuesto a la renta, se ha originado un enriquecimiento injustificado del fisco, ya que el actor y sus proveedores ya pagaron impuestos sobre los bienes adquiridos. En adición afirma que el Art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno es aplicable sólo al IVA y no a la renta en lo que respecta a los documentos de soporte de gastos por lo que existe una franca inobservancia a lo ordenado en el Art. 10, numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno relativa al Impuesto a la Renta, única norma pertinente al caso, y que sólo a partir de la Ley para la Equidad Tributaria del Ecuador publicada en el R.O. N° 42 de 29 de diciembre de 2007, es necesario que los gastos se encuentren soportados en comprobantes de ventas que reúnan requisitos reglamentarios. Arguye también que en el fallo se ha dejado de aplicar Art. 425 de la Constitución de la República



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**

Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

vigente (272 de la Constitución Política), que preveía el orden jerárquico de aplicación de normas, en virtud de lo cual un reglamento no estaría en capacidad de reformar una Ley. Por otra parte el recurrente expresa que la sentencia tampoco ha cumplido el mandato del Art. 51 del Código de Comercio que dispone que los libros de contabilidad hacen plena fe en contra del comerciante que los lleva, puesto que se ha dejado de valorar el contenido de la documentación contable aportada en el proceso, incluido los informes de los Auditores Independientes (Ernst y Young) respecto del ejercicio fiscal 2003, informes que fueron presentados al Estado ecuatoriano y que no fueron en ningún momento observados ni objetados por el Ministerio de Minas y Petróleos. En lo concerniente a la **causal segunda**, expone que la sentencia ha cometido graves vicios in procedendo que ha provocado indefensión a su representada, pues pese a haberlo solicitado, la Sala no ha expedido la providencia que declare cerrado el término probatorio y disponga pasar autos para dictar sentencia, lo que le hubiera permitido presentar alegatos en derecho, y sin hacerlo procedió a emitir el fallo, lo que contraría lo dispuesto en los Arts. 272 y 273 del COT y el literal c) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, razones por las que también debe ser casada la sentencia.-----

1.3.- Aceptado el recurso mediante auto de admisibilidad de 25 de octubre de 2010, a las 16h30, se corrió traslado a las partes. El demandado contesta solicitando se considere que a pesar de tratarse de un amplio escrito contentivo del recurso de casación, no se ha precisado en cada caso en qué consiste tal hecho, es decir en qué consiste el haber "infringido" cada una de las normas citadas. Considera que no es suficiente el enunciar la falta de aplicación de ciertas normas, sin que establezca cuáles son las correspondencias que existen entre las causales o presupuestos jurídicos a los que recurre y los criterios y normas aplicadas por la Sala en la Sentencia o Auto definitivo. En relación a la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, indica que ésta se refiere a errores o vicios in judicando, es decir, cuando el juzgador utiliza indebidamente una norma o da un significado diferente, pues, lo que se trata es de proteger la esencia y contenido de la norma de derecho que consta en un Código o Ley vigente, también, incluidos los precedentes jurisprudenciales, cosa que en el caso cuestionado no ha ocurrido, como correctamente ha señalado la H. Cuarta Sala al rechazar el recurso de casación en una



Justicia que se ve

Recurso de Casación
Nº 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA



primera instancia. Al respecto precisa que la Sala en la providencia que rechazó el recurso de casación, correctamente hace suyos los razonamientos expuestos en los fallos de casación emitidos, en el proceso 325-07, de septiembre 26 del 2007, publicados en el Suplemento del Registro Oficial Nº 338, de 16 de mayo de 2008, que en la parte pertinente del considerando CUARTO, indica: *"...con relación al cargo formulado por la causal primera,... el artículo 6 de la Ley de Casación, establece que los recurrentes deben señalar, respecto de cada una de las normas legales invocadas, que vicio se ha cometido, en qué parte de la sentencia, y no limitarse a enumerar las causales o normas jurídicas que se consideran infringidas, por lo que se rechaza este cargo por falta de debido fundamentación ..."*; y, la Resolución de la Corte Suprema Nº 124- 2003 publicada en el Registro Oficial Nº 154 de 25 de Agosto de 2003, dice: *"6.3. CARGOS QUE SE ENMARCAN EN LA CAUSAL PRIMERA 6.3.1. Los cargos de la causal primera solamente se pasan a considerar una vez que no han sido admitidos el o los demás cargos sustentados en las otras causales que contienen lo que la doctrina denomina errores in procedendo o casación indirecta. La casual primera contiene el o los cargos que constituyen errores in judicando, que se refieren al fondo mismo de la litis en que se analizan las normas sustantivas. Ya no se discuten los hechos sino la calificación de éstos y los efectos dice esta calificación..."*. En consecuencia expone que en el presente caso el compareciente se ha limitado a enunciar la falta de aplicación de ciertas normas, sin establecer cuáles son las correspondencias que existen entre una de las causales o presupuestos jurídicos a los que recurre y los criterios y normas aplicadas por la Sala en el auto recurrido, conforme lo establece la doctrina y los distintos fallos de Casación dictados por la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, por lo que no le corresponde a la Sala suplir esta omisión. En lo que respecta a la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, expresa que el recurrente se limita a señalar una norma e indicar los presupuestos jurídicos que la causal determina, cuando en el escrito de interposición del recurso de casación debe precisarse cuáles son las normas que la Sala ha violado en la sentencia o las solemnidades sustanciales de procedimiento que han sido omitidas; debe además precisarse el concepto de la violación, es decir, el error, la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación, el error en la selección de la norma por parte del juez,



Recurso de Casación
Nº 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

el error en la existencia de la norma y error en el significado de la norma. Por otra parte aduce que el recurrente transcribe lo que determina el Art. 273 del Código Tributario que trata sobre la sentencia, con el fin de argumentar que se ha provocado una indefensión a su representada, sin tomar en cuenta que con fecha 10 de febrero de 2010, el propio actor expresamente dió por concluido el proceso, cuando solicita que se declare cerrado el término probatorio y se disponga que pasen los autos para dictar sentencia, por lo tanto, el hecho de que la Sala haya procedido de conformidad con lo que en reiterados fallos se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, no constituye otra de las causales para interponer el Recurso de Casación. En relación con la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación invocada, que dice referirse a la "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", expresa que la Sala correctamente considera que el Art. 273 del Código Tributario confiere la facultad al Juez para resolver con absoluta discrecionalidad, los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que en relación directa con los mismos, comporten control de legalidad "aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos", como así también se halla señalado por la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia dentro del pronunciamiento en el proceso 100- 2006, del 29 de agosto del 2006, publicado en el R.O. Nº 46 del 20 de marzo del 2007. -----

II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1.- Competencia: Esta Sala es competente para conocer y resolver el recurso en conformidad con los Arts. 184 numeral 1 de la Constitución, 1 de la Codificación de la Ley de Casación y Artículo 185, segundo inciso, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial. -----

2.2.- Validez: En la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se han observado las solemnidades inherentes a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar. -----



Recurso de Casación
Nº 497-2010
VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA



2.3.- Determinación de los problemas jurídicos a resolver: La Sala Especializada de

lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia sujeta al análisis casacional por el legitimario tiene sustento legal y para ello es necesario determinar cuáles son los fundamentos que se plantean dentro del recurso: -----

a) ¿En la sentencia recurrida, se ha configurado la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, ya que existe falta de aplicación del literal l) del numeral 7 del Art. 76 y Arts. 169 y 425 de la Constitución de la República y el numeral 4 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, los Arts. 17 y 270 del Código Tributario y el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, el numeral 1 del Art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno y el Art. 51 del Código de Comercio?. -----

b) ¿En la sentencia recurrida, se ha configurado la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, al existir a criterio del recurrente falta de aplicación de los Arts. 272 y 273 del Código Orgánico Tributario y el literal c) del numeral 7 del Art.76 de la Constitución de la República? -----

c) ¿Se ha incurrido en la causal cuarta, por cuanto la sentencia no ha resuelto todos los puntos de la litis? -----

III.- RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y MOTIVACIÓN

3.1.- Sobre las problemáticas planteadas, esta Sala Especializada analiza lo siguiente: a) El Art. 3 de la Ley de Casación, respecto a la causal primera dispone: "*Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.*". Según el autor Tolosa Villabona Luis Armando (Teoría y Técnica de la Casación, Ed. Doctrina y Ley, Bogotá, Colombia páginas 257 y 359) la aplicación indebida de una norma: "*Es un error de selección de una norma jurídica. El juez aplica una norma que no es llamada a regular, gobernar u operar en el caso debatido. Se trata de una sentencia injusta, y el error es error de subsunción o de aplicación. La norma es entendida rectamente pero se aplica a un hecho no gobernado por la norma, haciéndole producir efectos no contemplados en ella*". En cuanto a la falta



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**

Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

de aplicación de la ley sustancial: Error **contra ius**, falta de aplicación de la ley sustancial indica que implica desconocimiento y señala que: *"Ocurre la falta de aplicación cuando se deja de aplicar un precepto legal, y ello constituye la infracción directa típica, por haberlo ignorado el sentenciador o por haberle restado validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto. Esta conculcación puede estar aparejada de la aplicación indebida de otros preceptos..."*. Finalmente sobre la interpretación errónea de una norma, es decir: Error **iuris in iudicando**, *"se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto yerra en el enfoque verdadero de la norma, en su espíritu y alcances. El sentenciador acierta en la norma pero falla en su verdadero significado alejándose de su espíritu y finalidad. No puede entonces, presentarse falta de aplicación de un precepto mal interpretado. El error se comete en la premisa mayor de la sentencia, es decir, en la ley objeto de aplicación, por desconocimiento del sentenciador de los principios hermenéuticos o interpretativos de la ley; ante textos oscuros o dudosos no tiene en cuenta las fuentes formales del derecho y confunde las clases de interpretación."*. Adicionalmente en lo concerniente a la causal primera, es pertinente señalar, lo que manifiesta el Doctor Santiago Andrade Ubidia en su libro La Casación Civil en el Ecuador: *"La causal primera del artículo 3 contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante en su parte resolutive. Sobre el tema la Primera Sala de lo Civil y Mercantil ha dicho: Se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al Tribunal de Casación examinar a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente"*. Esta Sala Especializada, deja expresamente señalado que en la causal primera se parte de hechos probados, es decir que no cabe una nueva consideración de los mismos, ya que los medios de prueba fueron analizados y apreciados



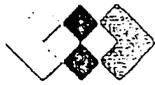
Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA



por el Tribunal A quo; en definitiva lo que persigue la causal primera, es examinar la aplicación indebida de las normas sobre dichos hechos. b) Respecto de las alegaciones del recurrente, él mismo expresó en su recurso que existe falta de aplicación del Art. 270 del Código Tributario y el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto, se omite valorar prueba actuada por su representada, para lo que en extenso realiza un pormenorizado análisis de cada una de las pruebas aportadas en el proceso, relacionándolos con cada glosa que él consideró como injusta y apartada a derecho. Como señalamos en el literal a) de la presente Resolución. La causal primera parte de hechos que han sido probados y determinados en el fallo, estableciéndose la facultad del Juez en el presente recurso, de realizar el respectivo control de legalidad sobre la normativa que ha aplicado el Juez A quo respecto de esos hechos, por lo que no es posible valorar nuevamente la prueba. En consecuencia las normas que cita el actor como indebidamente aplicadas, de ser el caso corresponderían en análisis a la causal tercera del Art. 3 de la Ley de casación, siempre que se diseñe el argumento como un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba. En lo relacionado a la falta de aplicación del literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República y el numeral 4 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, el legitimario determina que el fallo yerra en la violación de dichas normas al no estar debidamente motivado. Dicha acusación corresponde a la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, específicamente dentro de los requisitos que son indispensables para la emisión de la sentencia, previstos en el Art. 273 del Código Tributario en concordancia con los Arts. 274 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte respecto de la acusación de falta de aplicación de los Arts. 169 y 425 de la Constitución de la República, del numeral 1 del Art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno y el Art. 51 del Código de Comercio, artículos por los cuales el actor los relaciona a su entender con el hecho económico y sobre el reconocimiento de los requisitos para la emisión de los comprobantes de venta (únicamente los previstos en la Ley y no en los reglamentos); revisada su fundamentación no se establece específicamente sobre qué hechos probados y establecidos en el fallo se han aplicado indebidamente las normas acusadas, puesto que de manera general habla de los gastos especificados en su impugnación y que a su decir, han sido reales e indiscutiblemente



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**

Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

relacionadas con la generación de ingresos gravados y por otra de un enriquecimiento injustificado del fisco, argumentos que no son suficientes para proceder con el control de legalidad respectivo. En consecuencia respecto a los cargos imputados dentro de la causal primera, este Tribunal por el análisis antedicho no realizará el control de legalidad respectivo. c) El Art. 3 de la Ley de Casación señala: "... 2da. *Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente;*". El Doctor Santiago Andrade en su libro la Casación Civil en el Ecuador páginas 116 y 117 indica: "*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 hubiere influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.*- **3.2.1. Principios que informan la materia** Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio este contemplado en la ley como causa de nulidad y b) que sea de tanta importancia, ésto es trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de especificidad) pero no solamente esto, sino que, además, debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causas, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de trascendencia)". De conformidad con el Art. 346 del Código de Procedimiento Civil son nulidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: "1. *Jurisdicción de quien conoce el juicio;*- 2. *Competencia del juez o tribunal, en el juicio que*



CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA

Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA



se ventila;- 3. Legitimidad de personería;- 4. Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente;- 5. Concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término;- 6. Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y,- 7. Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe.". Por su parte el inciso primero del Art. 273 del Código Tributario dispone: "Concluida la tramitación el tribunal pronunciará sentencia dentro de treinta días de notificadas las partes para el efecto. Antes de sentencia, las partes podrán presentar informes en derecho o solicitar audiencia pública en estrados, con igual finalidad.". d) El recurrente en su escrito objetó que su representada el 10 de febrero de 2010, expresamente solicitó a la Cuarta Sala del H. Tribunal de lo Fiscal N° 1 se sirviera declarar cerrado el término probatorio y disponer pasen autos para dictar sentencia, solicitud que no fue atendida, ya que no se cerró el término probatorio y mucho menos se dispuso pasen autos para sentencia. Revisado la normativa del caso, dicha actuación requerida no es contemplada dentro del procedimiento tributario respectivo, a la vez que de hipotéticamente ser requerida, y a su vez no ser atendida, dicha omisión no está considerada por la Ley como una solemnidad sustancial, como para que se declare la nulidad del fallo o de su expediente. En consecuencia se rechaza el cargo propuesto por el recurrente en este punto. e) Respecto a la causal cuarta esta Sala manifiesta que el Art. 3 de la Ley de Casación instituye:"... 4ta. 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". Para explicar de mejor manera el alcance de la causal también citamos lo que manifiesta el Doctor Santiago Andrade en su libro la Casación Civil en el Ecuador, pág. 147: "La causal cuarta recoge los vicios de ultra petita y de extra petita, así como los de citra petita o minima petita. Constituye ultra petita cuando hay exceso porque se resuelve más de lo pedido. En cambio, cuando se decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, el vicio de actividad será de extra petita". El Doctor Santiago Andrade cita a Jorge Cardoso Icaza, Manual Práctico de Casación Civil , Bogotá, Temis, 1984, pág. 84 y manifiesta: " Se peca por defecto cuando se deja de resolver sobre alguna o algunas de las pretensiones de la demanda o sobre las excepciones, y ello da lugar a la citra petita, llamada también minima petita.". f) El recurrente en su extenso recurso de casación establece de manera



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**

Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

muy general en el numeral III. 1.2 de su escrito que de todas las glosas por él impugnadas, el fallo de instancia solo resolvió de "manera superficial las glosas relacionadas con los reembolsos de gastos". Es criterio de esta Sala que respecto de la causal cuarta en la fundamentación del recurso deben precisarse los puntos de la litis que a criterio del legitimario no han sido resueltas, para que el Juez casacionista pueda fijar su actuación respecto al control de legalidad que debe realizar en virtud de esta causal. En el presente caso se debían identificar en el recurso "cada una" de las glosas que a su criterio no han sido abordadas en sentencia, omisión que no puede ser enderezada por este Tribunal. Por otra parte en el fallo recurrido se señala en el considerando duodécimo observado por el actor que: *"Cabe hacer mención, al hecho de que el actor dentro de cada cuenta que analiza, señala los motivos por los cuales no han sido aceptados por la Administración los valores glosados, para luego argumentar las razones que la empresa tiene para impugnar, no los valores sino el procedimiento administrativo, debiendo hacer hincapié que del análisis de la demanda se desprende que la parte actora en su libelo, efectivamente no impugna los valores determinados por la Administración Tributaria, tampoco realiza cálculo alguno sobre los tributos establecidos, ... al contrario lo que el actor hace, como se expresó anteriormente, es reconocer de manera taxativa la ausencia de documentación, como facturas y comprobantes legalmente autorizados e informes de los auditores independientes, pues frente a ello se hace referencia a los procedimientos contables adoptados por su representada, a las normas legales y a los principios contables que juzga son aplicables al caso, sin tomar en cuenta que para su cumplimiento, éstas se sujetan a la norma reglamentaria..."*. Esta decisión realizada por Tribunal Aquo dentro de su más amplio criterio de justicia y equidad; se considera que afecta a las glosas por las cuales el demandante instaura su accionar, por lo que no se observa que no se hayan abordado los puntos establecidos en la litis. -----

3.2.- De conformidad con el inciso segundo del Art. 273 del Código Tributario que establece la obligación de los jueces de realizar el respectivo control de legalidad dentro de sus sentencias y en aras de velar por el debido acatamiento de las resoluciones de carácter obligatorio de la Corte Nacional de Justicia se analiza lo siguiente: el Art. 90 del



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**

Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA



Código Tributario establece: "Art. 90.- *Determinación por el sujeto activo.- El sujeto activo establecerá la obligación tributaria, en todos los casos en que ejerza su potestad determinadora, conforme al artículo 68 de este Código, directa o presuntivamente.- La obligación tributaria así determinada causará un recargo del 20% sobre el principal.*" (El subrayado le pertenece a la Sala). Por su parte el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución de 4 de mayo de 2011 publicada en el Registro Oficial N° 471 de 16 de junio de 2011, dispuso: "Artículo 1: *Confirmar el criterio expuesto por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el Informe elaborado por dicha Sala, y en consecuencia, declarar la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio, por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho:- PRIMERO: El recargo del 20% sobre el principal que se aplica en aquellos casos en que el sujeto activo ejerce su potestad determinadora de forma directa, incorporado en el segundo inciso del art. 90 del Código Tributario por el art. 2 del Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007, tiene una naturaleza sancionatoria, pues, procura disuadir el incumplimiento de las obligaciones por parte del contribuyente. Al constituir el recargo del 20% sobre el principal una sanción, deben aplicársele las normas que sobre la irretroactividad de la ley penal contienen la Constitución, el Código Tributario y el Código Penal, así como las normas sobre la irretroactividad de la ley tributaria, que mandan que las sanciones rigen para lo venidero, es decir, a partir de su vigencia. En consecuencia, no cabe que se aplique el recargo del 20% a las determinaciones iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma, esto es, al 29 de diciembre de 2007, como tampoco cabe que se lo aplique a las determinaciones iniciadas con posterioridad a esa fecha, pero que se refieran a ejercicios económicos anteriores al 2008.*" (El subrayado es de la Sala). Del estudio de la norma y resolución invocada y de la revisión del expediente de instancia, se observa que el Acta de Determinación N° 1720080100033 fue notificada el 25 de marzo de 2008, por la determinación del Impuesto a la Renta del Ejercicio Fiscal 2003, y que la orden de inicio de determinación N° RNO-ATPAOD2007-0021 fue notificada al contribuyente el 17 de abril de 2007, por lo que se observa que en el presente caso no le era aplicable el recargo establecido en el Art. 90 del Código Tributario. -----



Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

IV.- DECISIÓN

4.1.- Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, expide la siguiente: -----

SENTENCIA

1. Se casa parcialmente la sentencia de instancia conforme el análisis realizado en el numeral 3.2 de la presente resolución. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-----

ff) Señores: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, **JUEZA PRESIDENTA (V.S)**; Dr. José Suing Nagua, **JUEZ NACIONAL** y, Dr. Gustavo Durango Vela, **CONJUEZ**.
Certifico.-f) Dra. Carmen Dávila Yépez, **SECRETARIA RELATORA ENCARGADA**

Lo que comunico a usted para los fines legales pertinentes.

Carmen Dávila Yépez

Dra. Carmen Elena Dávila Yépez

SECRETARIA RELATORA ENCARGADA

